

VÉRONIQUE BOILLET

L'INTERDICTION DE DISCRIMINATION EN RAISON
DE LA NATIONALITÉ AU SENS DE L'ACCORD
SUR LA LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES

Helbing Lichtenhahn

•Neue Literatur zum Recht•Nouvelle littérature juridique•

L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité
au sens de l'Accord sur la libre circulation des personnes

Véronique Boillet

•Nuova letteratura nel campo del diritto•Neue Literatur zum Recht•

•Neue Literatur zum Recht•Nouvelle littérature juridique•

•Nuova letteratura nel campo del diritto•Neue Literatur zum Recht•

•Neue Literatur zum Recht•Nouvelle littérature juridique•

Véronique Boillet

**L'interdiction de discrimination en
raison de la nationalité au sens de l'Accord
sur la libre circulation des personnes**

Helbing Lichtenhahn

•Nuova letteratura nel campo del diritto•Neue Literatur zum Recht•

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek
La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés pour tous pays. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Appartiennent exclusivement à la maison d'édition notamment les droits de reproduction, de représentation, de diffusion, de traduction ou d'adaptation, intégrales ou partielles, ainsi que de transfert et d'enregistrement de l'œuvre, par quelque procédé que ce soit (graphique, technique, électronique et/ou digital, y compris la photocopie et le téléchargement). De telles utilisations de l'œuvre en dehors des limites de la loi sont strictement interdites et requièrent l'accord préalable écrit de la maison d'édition.

ISBN 978-3-7190-2973-9
© 2010 Helbing Lichtenhahn, Bâle
www.helbing.ch

Remerciements

Je tiens à exprimer ici ma très profonde gratitude à mes directeurs de thèse, Messieurs les Professeurs Vincent Martenet et Minh Son Nguyen, pour la qualité et la pertinence des conseils qu'ils m'ont prodigués tout au long de cette étude, ainsi que pour leur soutien sans faille et leur immense disponibilité.

J'adresse également mes sincères remerciements aux membres de la Commission de soutenance, Madame la Professeure Bettina Kahil-Wolff, Directrice de l'Institut du droit des assurances et du travail et Vice-doyenne de la Faculté de droit et des sciences criminelles de l'Université de Lausanne, Madame la Professeure Astrid Epiney, Co-directrice de l'Institut de droit européen de la Faculté de droit et Vice-rectrice de l'Université de Fribourg, et Monsieur Albrecht Dieffenbacher, Chef des affaires juridiques de l'Etat Major de l'Office fédéral des migrations. L'étendue de leur savoir et de leur expérience, de même que l'intérêt qu'ils ont accordé lors de la soutenance aux différentes problématiques de ma thèse, ont donné à ce moment une dimension passionnante.

Un grand merci encore à ma famille, à mes amis, ainsi qu'à mes collègues, pour leurs encouragements chaleureux et leur confiance inébranlable. J'aimerais aussi remercier tout particulièrement Monsieur Antoine Rochat pour le soin immense et minutieux qu'il a consacré à la relecture de mon manuscrit.

Je remercie enfin mon très cher Jean-Noël pour son continuel soutien et ses conseils toujours précieux.

Sommaire

Remerciements	V
Sommaire	VII
Liste des abréviations	XI
Introduction	1
Partie I Libre circulation des personnes en vertu de l'ALCP	5
Chapitre I Généralités	7
Section 1 Droits fondamentaux	7
Section 2 Libre circulation dans l'UE	8
Chapitre II Etapes et sources de la libre circulation des personnes en vertu de l'ALCP	13
Section 1 Etapes ayant conduit à la conclusion de l'Accord sur la libre circulation des personnes	13
Section 2 ALCP et autres sources de la libre circulation	17
Section 3 Mesures transitoires	27
Chapitre III Champ d'application de l'ALCP	37
Section 1 Champ d'application matériel	37
Section 2 Champ d'application personnel	38
Chapitre IV Principes généraux régissant l'ALCP	43
Section 1 Accord mixte	43
Section 2 Principe du parallélisme approprié et clause guillotine	44
Section 3 Rang de l'ALCP dans l'ordre juridique suisse	44
Section 4 Principe de l'application directe	47
Section 5 Principe de l'équivalence des législations	50
Section 6 Cadre institutionnel de l'ALCP	51
Chapitre V Rôle de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes dans le cadre de l'ALCP	53
Section 1 Jurisprudence antérieure à la date de signature	54
Section 2 Distinction entre jurisprudence antérieure et postérieure	59

Section 3	Jurisprudence postérieure à la date de signature	61
Chapitre VI	Libre circulation en vertu de l'ALCP au terme de la période transitoire	75
Section 1	Libre circulation des travailleurs	75
Section 2	Libre circulation des indépendants	76
Section 3	Libre prestation de services	77
Section 4	Libre circulation des non-actifs	80
Chapitre VII	Portée des notions d'entrave à la libre circulation et de citoyenneté européenne dans le cadre de l'ALCP	81
Section 1	Entrave à la libre circulation	81
Section 2	Citoyenneté européenne et libre circulation	94
Partie II	Interdiction de discrimination en raison de la nationalité consacrée par l'ALCP	99
Chapitre I	Sources	101
Chapitre II	Notion de discrimination	105
Section 1	Jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal fédéral	105
Section 2	Étapes de l'examen permettant d'identifier la présence d'une discrimination	107
Chapitre III	Formes de discrimination	117
Section 1	Discrimination directe	118
Section 2	Discrimination indirecte	120
Section 3	Discrimination à rebours	128
Chapitre IV	Champ d'application matériel	141
Section 1	Domaine d'application du Traité CE	142
Section 2	Domaine d'application de l'ALCP	145
Section 3	Délimitation prévue par l'article 12 al. 1 TCE en faveur des dispositions spéciales	153
Section 4	Délimitation prévue par l'article 2 ALCP en faveur des dispositions spéciales	156
Chapitre V	Champ d'application personnel	189
Section 1	Bénéficiaires	189
Section 2	Destinataires	210
Chapitre VI	Limites du droit à l'interdiction de discrimination et à la libre circulation	243

Section 1	Ordre public, sécurité publique et santé publique	243
Section 2	Exercice de la puissance publique	255
Section 3	Autres limitations prévues par l'Accord	273
Section 4	Justifications objectives non écrites	276
Section 5	Droits fondamentaux : justification objective lors de l'application horizontale du principe de non-discrimination	289
Chapitre VII	Conséquences d'une violation de l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité	293
Section 1	Principe de l'interprétation conforme	294
Section 2	Conséquences d'une violation de l'interdiction de discrimination dans une relation liant l'Etat à un particulier	295
Section 3	Conséquences d'une violation de l'interdiction de discrimination dans une relation liant deux particuliers entre eux	306
Conclusion		323
Bibliographie		331
Table des matières		365

Liste des abréviations

a+abréviation	ancien
Abs.	Absatz
Accord	cf. ALCP
AELE	Association européenne de libre échange
aff.	affaire
AI	assurance-invalidité
al.	alinéa(s)
ALCP	Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, du 21 juin 1999 (RS 0.142.112.681)
ALE	Association de libre échange
APF	Abkommen über die Personenfreizügigkeit
art.	article(s)
ATAF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal administratif fédéral suisse
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BverG	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
c.	considérant(s)
CaS	Causa Sport – Die Sport-Zeitschrift für nationales und internationales Recht sowie für Wirtschaft
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)

CE	Communauté européenne
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
CEE	Communauté économique européenne
cf.	confer
CGSS	Cahiers genevois et romands de sécurité sociale
ch.	chiffre(s)
chap.	chapitre(s)
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CO	Code des obligation du 30 mars 1911 (RS 220)
contra	opinion contraire
Cst. féd.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
DFJP	Département fédéral de justice et police
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DöV	Die Öffentliche Verwaltung : Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
E.	Erwägung
EC	European Community
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
EEE	Espace économique européen
EFTA	Europäischen Freihandelsassoziation
EG	Europäische Gemeinschaft

EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
ELR	European law reporter
EMS	Etablissement médico-social
et al.	et alii
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der europäischen Gemeinschaften
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZ	Zeitschrift für Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FF	Feuille fédérale
frs.	francs suisses
FZA	Freizügigkeitsabkommen
GerG/SG	Gerichtsgesetz des Kantons St. Gallen vom 2. April 1987 (RS SG 941.1)
HAVE	Haftung und Versicherung
IDHEAP	Institut des hautes études en administration publique
IMES	Office fédéral de l'immigration, de l'intégration et de l'émigration
IStR	Internationales Steuerrecht
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédé- ration
JO	Journal officiel
JT	Journal des tribunaux
JZ	Juristenzeitung

LACI	Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (RS 837.0)
LAI	Loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (RS 831.20)
LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (RS 832.10)
LAVS	Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (RS 831.10)
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (RS 291)
LECCT	Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail du 28 septembre 1956 (RS 221.215.311)
let.	lettre(s)
LEtr	Loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (RS 142.20)
LLCA	Loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 (RS 935.61)
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (RS 281.1)
LPers	Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (RS 172.220.1)
LPGA	Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (RS 830.1)
LSEE	Loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 (RO 49 279)
LStup	Loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 (RS 812.121)
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.110)
n°	numéro(s)

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer(n)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OASA	Ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 (RS 142.201)
Odét	Ordonnance sur les travailleurs détachés en Suisse du 21 mai 2003 (RS 823.201)
ODM	Office fédéral des migrations
OFFT	Office fédéral de la formation professionnelle et de la technologie
OJ	Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (abrogée par la LTF)
OLCP	Ordonnance sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, la Communauté européenne et ses Etats membres, ainsi qu'entre les Etats membres de l'Association européenne de libre-échange du 22 mai 2002 (RS 142.203)
OLE	Ordonnance limitant le nombre des étrangers du 6 octobre 1986 (RO 1986 1791)
OPers	Ordonnance sur le personnel de la Confédération du 3 juillet 2001 (RS 172.220.111.3)
OR	Obligationenrecht
ÖstVerfGH	Entscheidungen des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs
p.	page(s)
PJA	Pratique juridique actuelle

Protocole I	Protocole à l'accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, concernant la participation, en tant que parties contractantes, de la République tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Chypre, de la République de Lettonie, de la République de Lituanie, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la République de Pologne, de la République de Slovénie et de la République slovaque, à la suite de leur adhésion à l'Union européenne du 26 octobre 2004 (RO 2006 995)
Protocole II	Protocole à l'Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, concernant la participation, en tant que parties contractantes, de la République de Bulgarie et de la Roumanie, à la suite de leur adhésion à l'Union européenne (RO 2009 2421)
RAVS	Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RS 831.101)
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDS	Revue de droit suisse
Rec.	Recueil
RJB	Revue de la Société des juristes bernois
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RNRF	Revue suisse du notariat et du registre foncier
RO	Recueil officiel des lois fédérales
RS	Recueil systématique des lois fédérales
RS FR	Recueil systématique des lois fribourgeoises
RS GE	Recueil systématique des lois genevoises
RS JU	Recueil systématique des lois jurassiennes

RS NE	Recueil systématique des lois neuchâtelaises
RS SG	Recueil systématique des lois saint-galloises
RS TI	Recueil systématique des lois tessinoises
RS VD	Recueil systématique des lois vaudoises
RS VS	Recueil systématique des lois valaisannes
RS ZH	Recueil systématique des lois zurichoises
RSAS	Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle
RSDIE	Revue suisse de droit international et de droit européen
SJ	Semaine judiciaire
ss	et suivant(e)s
TCE	Traité instituant la Communauté européenne du 25 mars 1957 (version consolidée selon le Traité de Nice)
TF	Tribunal fédéral
TPI	Tribunal de première instance des Communautés européennes
TUE	Traité sur l'Union européenne du 7 février 1992
UE	Union européenne
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
vol.	volume
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht

Introduction

6 décembre 1992 : le peuple suisse rejette l'Accord sur l'Espace économique européen (EEE)¹. Le Conseil fédéral décide alors de privilégier la voie bilatérale pour régler ses relations avec l'Union européenne (UE). Près de sept ans plus tard, le 21 juin 1999, un premier paquet de sept accords bilatéraux² sont signés à Luxembourg. L'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP ou Accord) en constitue certainement « la partie la plus importante »³.

L'ALCP a pour objectif de garantir la libre circulation des travailleurs salariés, des travailleurs indépendants ainsi que de certaines catégories de non-actifs, et de faciliter la prestation de services sur le territoire des parties contractantes⁴. Or la réalisation de ces objectifs dépend directement de la mise en œuvre de l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité. Au cœur même du principe de libre circulation, l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité constitue, sans aucun doute, la clé de voûte de l'Accord⁵.

Partant de ce constat, il conviendra d'étudier dans un premier temps le principe de libre circulation (Partie I), puis de nous pencher dans un second temps sur l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité (Partie II).

¹ Arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 6 décembre 1992 (Espace économique européen [EEE]) du 28 janvier 1993, FF 1993 I 147 ss. Voir également BENESCH, 2007, p. 16 ss.

² L'Accord sur la libre circulation des personnes (RS 0.142.112.681), l'Accord sur le transport aérien (RS 0.748.127.192.68), l'Accord sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route (RS 0.740.72), l'Accord relatif aux échanges de produits agricoles (RS 0.916.026.81), l'Accord relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité (RS 0.946.526.81), l'Accord sur certains aspects relatifs aux marchés publics (RS 0.172.052.68) et enfin l'Accord de coopération scientifique et technologique (RS 0.420.513.1).

³ Message du 1^{er} octobre 2004 portant approbation du protocole à l'accord entre la Suisse et la CE sur la libre circulation des personnes, FF 2004, p. 5524 ; Message du 14 mars 2008 concernant la reconduction de l'accord sur la libre circulation des personnes et son extension à la Bulgarie et la Roumanie, FF 2008, p. 1964.

⁴ Cf. art. 1 ALCP.

⁵ Dans le même sens, en droit communautaire, SERVAIS, 2008, p. 74, § 210.

La première partie de notre étude (consacrée à la libre circulation des personnes en vertu de l'ALCP) débutera par un survol des dispositions essentielles à l'appréhension d'un droit fondamental à la libre circulation, ainsi que par une présentation succincte du régime communautaire de libre circulation.

Après avoir rappelé les étapes du cheminement ayant conduit à l'adoption de l'ALCP, et après avoir défini les différentes sources régissant la libre circulation entre la Suisse et les Etats membres de l'UE, nous analyserons ensuite l'ALCP lui-même, en procédant à la détermination de son champ d'application ainsi qu'à l'examen des principes généraux qui le régissent. Cet examen nous amènera alors à déterminer le rôle que devrait jouer la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) dans le cadre de l'Accord.

Fort de cette analyse, nous concluons cette première partie par une présentation du régime de libre circulation tel qu'institué par l'ALCP, sans oublier bien sûr d'évoquer, finalement, la portée du concept d'entrave et de la notion de citoyenneté européenne dans le cadre de ce régime.

La seconde partie de notre étude (consacrée à l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité selon l'ALCP) identifiera, à titre liminaire, les différentes dispositions de l'Accord visant à prohiber les discriminations en raison de la nationalité.

Ces dispositions mises en lumière, nous détaillerons alors les étapes de l'examen permettant de relever la présence d'une discrimination en raison de la nationalité, en nous appuyant sur la jurisprudence de la Cour de justice et celle du Tribunal fédéral d'une part, et sur la doctrine développée en matière d'interdiction de discrimination d'autre part.

Dans la foulée, nous pourrons ainsi présenter les différentes formes que peut revêtir une discrimination. Nous examinerons, en particulier, le régime prévu par la jurisprudence de la Cour de justice et celle du Tribunal fédéral en matière de discriminations à rebours présentant un élément transfrontalier. Suite de quoi nous serons en mesure – après examen des jurisprudences allemande et autrichienne relatives aux situations internes de discriminations à rebours – de procéder à une appréciation critique de la solution adoptée par le Tribunal fédéral en pareilles situations.

A la suite de ces deux chapitres portant sur la notion et sur les formes de discriminations, il y aura lieu de définir le champ d'application matériel et

personnel des différentes dispositions de l'Accord visant à interdire les discriminations en raison de la nationalité. Lors de la définition du champ d'application personnel en particulier, il conviendra, en premier lieu, d'identifier les personnes susceptibles d'invoquer ces différentes dispositions (les bénéficiaires). Cet examen débutera par l'identification des conditions générales communes à l'ensemble des dispositions étudiées. Il se poursuivra par l'analyse des conditions spécifiques de chaque norme, et se terminera par une présentation du régime particulier réservé aux membres de la famille et aux travailleurs détachés. En second lieu, il s'agira de déterminer les sujets de droit à l'encontre desquels ces dispositions sont opposables (les destinataires). Plus précisément, il s'agira d'examiner dans quelle mesure les particuliers, en sus des Etats, peuvent être destinataires des différentes obligations de l'ALCP en matière de libre circulation et d'interdiction de discrimination.

Les champs d'application ayant été définis, il nous restera alors à examiner les différentes dispositions de l'Accord susceptibles de limiter la portée du principe de non-discrimination. Pour ce faire, nous analyserons en détail l'article 5 Annexe I-ALCP qui permet de limiter les droits consacrés par l'Accord pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique. Nous nous pencherons aussi sur les limitations liées à l'exercice de la puissance publique, consacrées par les articles 10, 16 et 22 al. 1 Annexe I-ALCP. Après un passage en revue des dernières dispositions de l'Accord prévoyant des limitations, nous examinerons ensuite dans quelle mesure certains principes non expressément prévus par l'Accord sont également susceptibles de justifier une différence de traitement en raison de la nationalité.

Nous concluons cette étude en analysant les implications juridiques d'une violation de l'interdiction de discrimination, ceci non seulement dans les relations liant l'Etat à un particulier, mais aussi dans celles liant deux particuliers entre eux. Dans le premier cas de figure nous verrons qu'il y a lieu de différencier l'analyse en fonction du type d'acte en question – les implications d'une violation n'étant pas les mêmes selon que l'on se trouve en présence d'une norme, d'une décision ou d'un contrat (de droit administratif ou de droit privé) présentant un caractère discriminatoire. Dans le second cas de figure, il s'agira cette fois-ci de distinguer les implications des conditions discriminatoires en fonction des différentes phases d'une relation contractuelle – aux stades de la conclusion d'un contrat, de son exécution et de sa résiliation.

Partie I Libre circulation des personnes en vertu de l'ALCP

Lorsqu'il est question de l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité, il est nécessaire, à titre liminaire, d'entreprendre une brève présentation de la notion de libre circulation. L'égalité de l'ensemble des citoyens européens, indépendamment de leur nationalité, représente, en effet, la condition essentielle à sa réalisation⁶.

Cette première partie débutera par une présentation générale de différentes dispositions consacrant un droit fondamental à la libre circulation⁷ ainsi que du régime de libre circulation institué par le droit communautaire⁸. Préalablement à la définition du champ d'application de l'ALCP⁹, à l'analyse des principes généraux le régissant¹⁰ ainsi qu'à l'examen du rôle joué par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes lors de son interprétation¹¹, il y aura lieu de présenter les étapes ayant conduit à sa conclusion ainsi que les sources de la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE/AELE¹². Il s'agira enfin d'examiner le régime de libre circulation institué par l'ALCP¹³ et de conclure par une analyse du concept d'entrave¹⁴ ainsi que de la notion de citoyenneté européenne¹⁵.

⁶ VON BOGDANDY, 2005, p. 2, § 1 ; MEYER, 2002, p. 24.

⁷ Cf. Partie I, Chapitre I, Section 1.

⁸ Cf. Partie I, Chapitre I, Section 2.

⁹ Cf. Partie I, Chapitre III.

¹⁰ Cf. Partie I, Chapitre IV.

¹¹ Cf. Partie I, Chapitre V.

¹² Cf. Partie I, Chapitre II.

¹³ Cf. Partie I, Chapitre VI.

¹⁴ Cf. Partie I, Chapitre VII, Section 1.

¹⁵ Cf. Partie I, Chapitre VII, Section 2.

Chapitre I Généralités

Section 1 Droits fondamentaux

En tant que droit fondamental, le droit à la libre circulation présente trois composantes. Il garantit, en premier lieu, le droit d'entrer sur le territoire d'un Etat (art. 3 § 2 du Protocole n° 4 à la CEDH¹⁶ et art. 12 § 4 Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁷) ainsi que l'interdiction de l'expulsion (art. 3 § 1 du Protocole n° 4 à la CEDH); seuls les « ressortissants » d'un Etat peuvent invoquer ces droits, les étrangers n'en bénéficient pas¹⁸. La notion de libre circulation comprend, en deuxième lieu, le droit de circuler et de choisir librement sa résidence sur le territoire d'un Etat. Peuvent se prévaloir de ces droits non seulement les nationaux mais aussi les étrangers qui se trouvent « régulièrement sur le territoire d'un Etat » (art. 2 § 1 Protocole n° 4 à la CEDH)¹⁹. La libre circulation garantit enfin le droit de quitter n'importe quel pays, y compris le sien (art. 2 § 2 Protocole n° 4 à la CEDH; art. 12 § 2 Pacte international relatif aux droits civils et politiques), il peut être invoqué tant par les ressortissants nationaux que par les étrangers²⁰.

Au niveau national, chaque Etat définit, en vertu de sa souveraineté et sous réserve de ses engagements internationaux ainsi que de ses obligations coutumières, les conditions d'accès et de séjour sur son territoire « en distinguant de manière irréductible la situation des nationaux et celle des étrangers »²¹. Concernant la liberté de circulation, si elle semble aller de soi dans un Etat unitaire, « dans un Etat fédéral la garantie de la liberté d'établissement est une nécessité politique, économique et sociale éviden-

¹⁶ Le Protocole n° 4 n'a pas été ratifié par la Suisse. Il est disponible sur le site internet du Bureau des Traités du Conseil de l'Europe à l'adresse : <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/v3DefaultFRE.asp>.

¹⁷ RS 0.103.2.

¹⁸ Le Pacte prévoit le droit de rentrer dans « son propre pays ». Concernant l'interprétation de cette notion, voir SUDRE, 2008, p. 348.

¹⁹ SUDRE, 2008, p. 349.

²⁰ SUDRE, 2008, p. 350.

²¹ DOLLAT, 1998, p. 2.

te »²². En Suisse, l'article 24 de la Constitution fédérale²³ garantit la liberté d'établissement. Cette disposition – qui précise la liberté de mouvement consacrée par l'article 10 al. 2 Cst. féd. *in fine*²⁴ – institue le « droit de s'établir en un lieu quelconque du pays ». Seuls les ressortissants suisses bénéficient de cette liberté, les étrangers ne peuvent pas l'invoquer (art. 24 al. 1 Cst. féd.).

Section 2 Libre circulation dans l'UE

Au sein de l'Union européenne, l'ensemble des citoyens européens bénéficient aujourd'hui de la libre circulation. A l'origine, en revanche, les objectifs poursuivis par les Etats fondateurs de la Communauté européenne étaient essentiellement économiques²⁵. Seuls les travailleurs salariés et non salariés ainsi que les prestataires et destinataires de services étaient titulaires du droit à la libre circulation des personnes²⁶ – le but étant d'instituer un marché commun²⁷. Il a fallu attendre l'adoption, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour de justice²⁸, de trois directives²⁹, le 28 juin 1990, pour que le cercle des bénéficiaires de la libre circulation s'étende aux ressortissants communautaires n'exerçant pas d'activité lucrative³⁰, et la conclusion en 1992 du Traité instituant l'Union européenne

²² AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Les droits fondamentaux*, 2006, p. 361-362, § 754.

²³ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.

²⁴ SCHWEIZER, *Art 10 BV*, 2008, p. 254-255, § 6.

²⁵ HANF, 2007, p. 16.

²⁶ Sur ce point, cf. BARNARD, 2007, p. 249 ; DOLLAT, 1998, p. 21.

²⁷ GROSSEN, 2001, p. 260 ; GROSSEN/DE PALÉZIEUX, 2002, p. 91 ; PACHE, 2006, p. 324, § 1.

²⁸ HAAG, 2003, p. 773, § 1.

²⁹ Directives 90/364/CEE du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour (JO n° L 180, 1990, p. 26) ; 90/365/CEE du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle (JO n° L 180, 1990, p. 28) et 90/366/CEE du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour des étudiants (JO n° L 180, 1990, p. 30) remplacée par la directive 93/96/CEE du Conseil du 29 octobre 1993 relative au droit de séjour des étudiants (JO n° L 317, 1993, p. 59).

³⁰ Ces directives ont été abrogées et remplacées par la directive n° 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres (JO n° L 158, 2004, p. 77). Concernant cette directive,

(TUE)³¹ pour que la libre circulation des inactifs soit garantie par le droit primaire³². L'ensemble des citoyens de l'Union européenne bénéficient ainsi, selon l'article 18 TCE³³, du « droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par le présent traité et par les dispositions prises pour son application ». L'article 18 TCE énonçant, de manière générale, le droit de circuler librement, il ne trouve pas application lorsqu'une disposition plus spécifique peut être invoquée³⁴.

Un régime spécial en faveur des travailleurs salariés est prévu par les articles 39 ss TCE. Les ressortissants européens exerçant une activité salariée bénéficient, en vertu de l'article 39 al. 1 TCE, de la liberté de circulation au sein de l'Union européenne. L'article 39 al. 2 TCE leur garantit l'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail. L'article 39 al. 3 TCE leur accorde enfin le droit de postuler à des emplois, de se déplacer librement à cet effet au sein de l'Union, de séjourner dans un Etat membre afin d'y exercer une activité salariée, et enfin, à certaines conditions, de demeurer dans un Etat membre après y avoir occupé un emploi³⁵.

cf. BARNARD, 2007, p. 251 ; DE BRUYCKER, 2006, p. 21 ss ; GROSSEN/DE COULON, 2007, p. 181 ss, § 141 ss.

³¹ Traité sur l'Union européenne du 7 février 1992 (version consolidée, JO n° C 325, 2002, p. 5). Il est important de mentionner que le Traité de Lisbonne – qui a pour objet de modifier le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne – a été signé le 13 décembre 2007 par les représentants des vingt-sept Etats membres (version consolidée, JO n° C 115, 2008, p. 1). En vertu de son article 6, il entrera en vigueur le premier jour du mois suivant le dépôt du dernier instrument de ratification.

³² La libre circulation des inactifs est aujourd'hui garantie par l'article 18 TCE. BARNARD, 2007, p. 250 ; KLUTH, *Art. 18*, 2007, p. 528, § 1 ; KOLONOVITS, 2005, § 1 ; MAGIERA, 2006, p. 458, § 1.

³³ Traité instituant la Communauté européenne du 25 mars 1957 (version consolidée, JO n° C 325, 2002, p. 33). Cf. note 31.

³⁴ Cf. notamment CJCE, arrêt du 29 février 1996, aff. C-193/94, *Skanavi*, Rec. 1996, p. I-929, § 22 ; CJCE, arrêt du 26 novembre 2002, aff. C-100/01, *Oteiza Olazabal*, Rec. 2002, p. I-10981, § 26 ; CJCE, arrêt du 6 février 2003, aff. C-92/01, *Stylianakis*, Rec. 2003, p. I-1291, § 18 ; KOLONOVITS, 2005, § 10.

³⁵ JAAG, 2003, p. 300, § 3215.

Les articles 43 ss et 49 ss TCE instituent, quant à eux, un régime spécial en faveur des travailleurs non salariés³⁶. En vertu de l'article 43 TCE, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un Etat membre sur le territoire d'un autre Etat membre, ainsi que les restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales par les ressortissants d'un Etat membre sur le territoire d'un autre Etat membre, sont interdites. La liberté d'établissement garantit ainsi aux indépendants le droit de déterminer librement, au sein de l'Union, le lieu où ils désirent exercer leurs activités lucratives³⁷. L'article 49 TCE interdit, quant à lui, toute restriction à la libre prestation de services. La distinction entre la liberté d'établissement au sens des articles 43 ss TCE et la libre prestation de services n'est pas aisée³⁸. Selon la Cour de justice, les articles 43 ss TCE trouvent application lorsque l'activité lucrative est exercée de façon « stable et continue » à partir d'un « domicile professionnel »³⁹. Les articles 49 ss TCE s'appliquent, quant à eux, « aux prestations transfrontalières de services à temps limité dans un autre Etat signataire »⁴⁰ et ne tombent pas sous le coup des dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux ou des personnes (art. 50 al. 1 TCE)⁴¹. Le droit à la libre prestation de services permet non seulement au prestataire de services de se déplacer dans l'Etat membre où le destinataire est établi⁴², mais également d'offrir ses « services sur le territoire d'un Etat membre autre que celui dans lequel il est établi, quel que soit le lieu où

³⁶ Concernant la notion de travailleur non salarié, voir MAYER, 2003, § 11.

³⁷ MAYER, 2003, § 7.

³⁸ MAYER, 2003, § 1.

³⁹ CJCE, arrêt du 30 novembre 1995, aff. 55/94, *Gebhard*, Rec. 1995, p. I-4165, § 28.

⁴⁰ Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p. 5618.

⁴¹ « Le caractère temporaire des activités en cause est à apprécier non seulement en fonction de la durée de la prestation, mais également en fonction de sa fréquence, périodicité ou continuité. Le caractère temporaire de la prestation n'exclut pas la possibilité pour le prestataire de services, au sens du traité, de se doter, dans l'Etat membre d'accueil, d'une certaine infrastructure (y compris un bureau, cabinet ou étude) dans la mesure où cette infrastructure est nécessaire aux fins de l'accomplissement de la prestation en cause » (CJCE, arrêt du 30 novembre 1995, aff. 55/94, *Gebhard*, Rec. 1995, p. I-4165, § 27).

⁴² Voir notamment CJCE, arrêt du 26 février 1991, aff. C-154/89, *Commission/France*, Rec. 1991, p. I-659, § 10 ; CJCE arrêt du 26 février 1991, aff. C-180/89, *Commission/Italie*, Rec. 1991, p. I-709, § 9.

sont établis les destinataires de ces services »⁴³. Il permet, par ailleurs, aux destinataires de services de se rendre dans l'Etat d'établissement du prestataire⁴⁴ et trouve enfin application lorsque seule la prestation de services franchit les frontières⁴⁵.

En vertu du Traité CE, seules les mesures justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique sont susceptibles de limiter la libre circulation des travailleurs (art. 39 al. 3 TCE), la liberté d'établissement (art. 46 TCE) et la libre prestation de services (art. 55 TCE)⁴⁶. Par ailleurs, les activités liées à l'exercice de la puissance publique n'entrent pas dans le champ d'application de ces libertés (art. 39 al. 4, 45 et 55 TCE)⁴⁷.

Il convient enfin de souligner que les dispositions relatives à la libre circulation des personnes (art. 18, art. 39 ss et art. 43 ss TCE) et à la libre prestation de services (art. 49 ss TCE) exigent non seulement l'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité⁴⁸ – les citoyens européens doivent ainsi pouvoir circuler au sein de l'Union sans subir de différences de traitement injustifiées en raison de leur nationalité⁴⁹ –, mais également l'abolition de toute restriction – qu'elle soit discriminatoire ou non – susceptible de leur porter atteinte⁵⁰. Seules les restrictions s'appliquant de

⁴³ Cf. notamment CJCE, arrêt du 26 février 1991, aff. C-154/89, *Commission/France*, Rec. 1991, p. I-659, § 9-10. Voir également BECKER, 2001, p. 4 ; BUDISCHOWSKY, 2003, § 12 ; EHLERS, 2005, p. 179, § 5.

⁴⁴ Voir notamment CJCE, arrêt du 31 janvier 1984, aff. 286/82 et 26/83, *Luisi et Carbone*, Rec. 1984, p. 377, § 10 ; CJCE, arrêt du 29 avril 1999, aff. C-224/97, *Ciola*, Rec. 1999, p. I-2517.

⁴⁵ Les articles 49 ss TCE sont applicables aux services que le prestataire offre à des destinataires établis dans d'autres Etats membres et « qu'il fournit sans se déplacer à partir de l'Etat dans lequel il est établi » (CJCE, arrêt du 10 mai 1995, aff. C-384/93, *Alpine Investments*, Rec. 1995, p. I-1141, § 22). Voir également CJCE, arrêt du 24 octobre 1978, aff. 15/78, *Koestler*, Rec. 1978, p. 1971, § 3 ; BECKER, 2001, p. 4 ; JAAG, 2003, p. 301, § 3220 ; KLUTH, *Art. 49-50*, 2007, p. 818, § 3.

⁴⁶ Sur ce point, cf. Partie II, Chapitre VI, Section 1.

⁴⁷ Sur ce point, cf. Partie II, Chapitre VI, Section 2.

⁴⁸ PACHE, 2006, p. 330, § 21.

⁴⁹ PACHE, 2006, p. 330, § 22.

⁵⁰ Voir notamment CJCE, arrêt du 30 novembre 1995, aff. C-55/94, *Gebhard*, Rec. 1995, p. I-4165, § 37 ; CJCE, arrêt du 25 juillet 1991, aff. C-76/90, *Säger*, Rec. 1991, p. I-4221, § 12-13 ; CJCE, arrêt du 27 janvier 2000, aff. C-190/98, *Graf*, Rec. 2000, p. I-493, § 14, 18 et 23 ; PACHE, 2006, p. 330-331, § 21-27 ; STREINZ, 2003, p. 288, § 671 ; WALTER, 2005, p. 15, § 36. Sur ce point, cf. Partie I, Chapitre VII, Section 1.

manière non discriminatoire, justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général, propres à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et se limitant à ce qui est nécessaire pour atteindre ledit objectif sont admissibles⁵¹.

⁵¹ CJCE, arrêt du 30 novembre 1995, aff. C-55/94, *Gebhard*, Rec. 1995, p. I-4165, § 37. Pour le surplus, cf. Partie I, Chapitre VII, Section 1.

Chapitre II Etapes et sources de la libre circulation des personnes en vertu de l'ALCP

La conclusion entre la Suisse et la Communauté européenne ainsi que ses Etats membres de l'Accord sur la libre circulation des personnes institue un régime spécial en faveur des ressortissants communautaires⁵². Il prévoit l'introduction progressive de la libre circulation des personnes. A l'expiration des périodes transitoires prévues par l'Accord⁵³, « les principes de la libre circulation des personnes – tels qu'ils sont déjà appliqués dans l'UE – vaudront [...] également pour la Suisse »⁵⁴.

Section 1 Etapes ayant conduit à la conclusion de l'Accord sur la libre circulation des personnes

Une participation de la Suisse aux Communautés européennes⁵⁵ s'avérant, selon le Conseil fédéral de l'époque, contraire aux principes d'indépendance et de neutralité⁵⁶, la Suisse a préféré s'engager aux côtés de l'Angleterre, du Danemark, de la Suède, de la Norvège, du Portugal et de l'Autriche, afin de créer une zone de libre-échange⁵⁷. La Convention instituant l'Association européenne de Libre-Echange a ainsi été signée le 4 janvier 1960⁵⁸. Aujourd'hui, seuls quatre Etats sont encore membres de l'AELE (la Norvège, l'Islande, le Liechtenstein et la Suisse), le nombre

⁵² MAHON, *La liberté d'établissement*, 2003, p. 211-212, § 14.

⁵³ Concernant les périodes transitoires, cf. Partie I, Chapitre II, Section 3.

⁵⁴ Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p. 5617.

⁵⁵ Communauté européenne du charbon et de l'acier, Communauté économique européenne et Communauté européenne de l'énergie atomique.

⁵⁶ Message du 5 février 1960 sur la participation de la Suisse à l'Association européenne de libre-échange, FF 1960 I 884.

⁵⁷ BENESCH, 2007, p. 6.

⁵⁸ Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de Libre-Echange, RS 0.632.31. L'Islande, la Finlande et le Liechtenstein sont devenus membres entre 1970 et 1991 (JAAG, 2000, p. 225).

des membres ayant diminué au fur et à mesure de l'élargissement des Communautés européennes⁵⁹.

Dans les années septante, une série d'accords bilatéraux ont été conclus entre la Suisse et la Communauté européenne⁶⁰, dont le plus important est l'Accord de libre-échange (ALE)⁶¹, conclu entre les Etats membres des Communautés européennes et ceux de l'AELE⁶².

Suite au rejet de l'Accord sur l'Espace économique européen par le peuple suisse le 6 décembre 1992⁶³, de nouvelles négociations ont débuté entre la Confédération suisse et la Communauté européenne⁶⁴. La voie des accords sectoriels devait permettre de renforcer la compétitivité de la place économique suisse et faciliter une éventuelle future adhésion de la Suisse à l'Union européenne⁶⁵. Le premier volet des négociations s'est achevé le 11 décembre 1998 à Vienne⁶⁶ et sept accords ont été signés le 21 juin 1999 à Luxembourg⁶⁷. Les sept accords, ainsi que des modifications législatives et des mesures d'accompagnement, ont été acceptés par le Parlement le 8 octobre 1999⁶⁸ et par le peuple le 21 mai 2000⁶⁹.

⁵⁹ BENESCH, 2007, p. 6 ; JAAG, 2000, p. 226.

⁶⁰ Cf. Annexe 4 : liste des accords entre la Suisse et les CE, in : Felder Daniel/Kaddous Christine (édit.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, p. 759 ss, Bâle/Genève/Munich 2001.

⁶¹ Accord du 21 juillet 1972 entre la Confédération suisse et la CEE, RS 0.632.401.

⁶² JAAG, 2000, p. 226 ; KADDOUS, 2001, p. 78.

⁶³ Arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 6 décembre 1992 (Espace économique européen [EEE]) du 28 janvier 1993, FF 1993 I 147 ss. Voir également BENESCH, 2007, p. 16 ss.

⁶⁴ Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p. 5441 ; BENESCH, 2007, p. 24-25 et p. 31 ss.

⁶⁵ BENESCH, 2007, p. 28 ; KAHIL-WOLFF/MOSTERS, 2001, p. 5.

⁶⁶ KADDOUS, 2001, p. 78 ; NYFFENEGGER, 2001, p. 81.

⁶⁷ L'Accord sur la libre circulation des personnes (RS 0.142.112.681), l'Accord sur le transport aérien (RS 0.748.127.192.68), l'Accord sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route (RS 0.740.72), l'Accord relatif aux échanges de produits agricoles (RS 0.916.026.81), l'Accord relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité (RS 0.946.526.81), l'Accord sur certains aspects relatifs aux marchés publics (RS 0.172.052.68) et enfin l'Accord de coopération scientifique et technologique (RS 0.420.513.1).

⁶⁸ RS 0.142.112.681 ; RS 0.748.127.192.68 ; RS 0.740.72 ; RS 0.916.026.81 ; RS 0.946.526.81 ; RS 0.172.052.68 ; RS 0.420.513.1.

⁶⁹ Arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 21 mai 2000, FF 2000, 3538 ss. Les accords sectoriels entraînent une unification multilatéra-

L'Accord sur la libre circulation des personnes – ainsi que les six autres accords – sont entrés en vigueur le 1^{er} juin 2002. L'ALCP a pour objet l'introduction par étapes de la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne.

Tout au long des négociations, le Conseil de l'Union européenne a manifesté sa volonté de garantir un parallélisme approprié⁷⁰ entre les accords car, selon lui, seul l'ensemble des accords correspond à l'intérêt mutuel de la Suisse et de l'UE⁷¹. Ainsi, en vertu de l'exigence du parallélisme approprié, tous les accords ont dû être acceptés et entrer en vigueur simultanément, le refus d'un accord entraînant le refus des six autres⁷².

Hormis l'Accord de coopération scientifique, tous les accords ont été conclus pour une durée indéterminée⁷³. Dans le cas où l'un des sept ne serait pas prolongé ou serait résilié, les autres doivent également prendre fin (clause guillotine)⁷⁴. Cette clause lie ainsi le destin des accords entre eux⁷⁵.

L'adoption par le peuple, le 25 septembre 2005, du Protocole entre la Suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres,

le du droit, c'est pourquoi ils sont soumis au référendum facultatif prévu à l'article 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst. féd. (Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p. 5739).

⁷⁰ BENESCH, 2007, p. 32 et p. 45 ss ; FELDER, 2001, p. 123.

⁷¹ Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p. 5467 ; FELDER, 2001, p. 123.

⁷² Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p. 5467 ; FELDER, 2001, p. 123 ; THÜRER/HILLEMANN, 2002, p. 28.

⁷³ THÜRER/HILLEMANN, 2002, p. 28. Concernant l'Accord sur la libre circulation des personnes, la Suisse a dû, avant une première échéance de sept ans, se prononcer sur la poursuite de l'Accord par la voie d'un arrêté fédéral soumis au référendum. Cf. Arrêté fédéral portant approbation de la reconduction de l'accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, FF 2008, p. 1995. Cet arrêté a été accepté en votation populaire le 8 février 2009.

⁷⁴ Article 25 de l'Accord sur la libre circulation des personnes, article 36 de l'Accord sur le transport aérien, article 58 de l'Accord sur les transports terrestres, article 17 de l'Accord relatif aux échanges de produits agricoles, article 21 de l'Accord sur la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité, article 18 de l'Accord sur les marchés publics, article 14 de l'Accord sur la coopération scientifique et technologique.

⁷⁵ THÜRER/HILLEMANN, 2002, p. 28.

d'autre part, concernant la participation, en tant que parties contractantes, de la République tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Chypre, de la République de Lettonie, de la République de Lituanie, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la République de Pologne, de la République de Slovénie et de la République slovaque, à la suite de leur adhésion à l'Union européenne (Protocole I à l'ALCP)⁷⁶, a permis d'étendre l'Accord sur la libre circulation des personnes à ces dix nouveaux Etats membres. Le Protocole I à l'ALCP est entré en vigueur le 1^{er} avril 2006.

Par ailleurs, l'Assemblée fédérale a approuvé, le 13 juin 2008, le Protocole relatif à l'extension de l'Accord sur la libre circulation des personnes à la Bulgarie et à la Roumanie (Protocole II à l'ALCP)⁷⁷ par le biais d'un arrêté fédéral soumis au référendum⁷⁸. Cet arrêté ayant été accepté par le peuple le 8 février 2009, le Protocole II à l'ALCP est entré en vigueur le 1^{er} juin 2009⁷⁹.

Reste enfin à mentionner les accords bilatéraux II qui ont été signés le 26 octobre 2004⁸⁰. Ils constituent le résultat d'un nouveau cycle de négociations entre la Suisse et l'UE et couvrent neuf nouveaux dossiers⁸¹.

⁷⁶ RO 2006 995.

⁷⁷ Protocole à l'Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, concernant la participation, en tant que parties contractantes, de la République de Bulgarie et de la Roumanie, à la suite de leur adhésion à l'Union européenne, FF 2008, p. 2009.

⁷⁸ Arrêté fédéral portant approbation de la reconduction de l'accord entre la Suisse et la Communauté européenne et ses Etats membres sur la libre circulation des personnes, ainsi qu'approbation et mise en oeuvre du protocole visant à étendre l'accord sur la libre circulation à la Bulgarie et à la Roumanie, RO 2009 2411.

⁷⁹ Protocole à l'Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, concernant la participation, en tant que parties contractantes, de la République de Bulgarie et de la Roumanie, à la suite de leur adhésion à l'Union européenne, RO 2009 2421.

⁸⁰ Cf. Communiqué de presse de la Chancellerie fédérale du 26 octobre 2004.

⁸¹ Accord relatif à la coopération dans les domaines de la justice, de la police, de l'asile et de la migration (Schengen : RS 0.360.268.1 ; Dublin : RS 0.142.392.68) ; Accord relatif à la fiscalité de l'épargne (RS 0.641.926.81) ; Accord relatif à la lutte contre la fraude (RS 0.351.926.81) ; Accord relatif aux produits agricoles transformés (RS 0.632.401.23) ; Accord en matière d'environnement (RS 0.814.092.681) ; Accord relatif à la coopération dans le domaine statistique (RS 0.431.026.81) ; Accord relatif aux programmes communautaires MEDIA (RS 0.784.405.226.8) ; Accord relatif aux

Contrairement aux accords bilatéraux I, leur entrée en vigueur a eu lieu de manière indépendante⁸².

Section 2 ALCP et autres sources de la libre circulation

Lorsqu'il est question de libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne, il est d'usage de mentionner uniquement l'Accord sur la libre circulation des personnes. Or la libre circulation n'est, en réalité, pas uniquement régie par l'Accord du 21 juin 1999⁸³ – Accord complété par les Protocoles I et II à l'ALCP –, mais également par l'Accord du 21 juin 2001 amendant la Convention instituant l'Association européenne de libre-échange⁸⁴ dont le Protocole concernant la libre circulation des personnes entre la Suisse et le Liechtenstein⁸⁵ fait partie intégrante.

De plus, parallèlement à l'ALCP et à l'Accord amendant la Convention instituant l'AELE, d'autres sources de droit communautaire et de droit interne ont pour objet de régler la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne. Il convient d'en faire une brève présentation.

§ 1 Accord sur la libre circulation des personnes

L'ALCP se compose d'une partie générale – prévoyant notamment une disposition interdisant les discriminations en raison de la nationalité (art. 2 ALCP) –, de trois annexes, de protocoles, ainsi que d'un acte final (art. 15

pensions (RS 0.672.926.81); Echange de lettres dans le dossier éducation, formation professionnelle, jeunesse, disponible sur le site du DFAE à l'adresse suivante : <http://www.europa.admin.ch/dokumentation/00438/00464/00646/index.html?lang=fr>

⁸² TOBLER, 2008, p. 18.

⁸³ Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, RS 0.142.112.681.

⁸⁴ RS 0.632.31

⁸⁵ Ce Protocole a été remplacé par un Accord-cadre (Accord-cadre du 3 décembre 2008 entre la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein sur la collaboration concernant la procédure de visa, l'entrée et le séjour ainsi que sur la coopération policière dans la zone frontalière, RS 0.360.514.2.) entré en vigueur le 12 décembre 2008. Sur ce point, cf. Partie I, Chapitre II, Section 3, § 2.

ALCP). L'Annexe I-ALCP établit « des règles spécifiques au droit des étrangers »⁸⁶, l'Annexe II-ALCP prévoit la coordination des systèmes de sécurité sociale, l'Annexe III-ALCP traite de la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles, l'acte final, enfin, contient des déclarations mutuelles et unilatérales des parties devant être prises en considération lors de l'interprétation de l'Accord⁸⁷.

Comme mentionné précédemment⁸⁸, dix nouveaux Etats ont adhéré à l'Union européenne le 1^{er} mai 2004⁸⁹, deux autres le 1^{er} janvier 2007⁹⁰. Or une des conditions d'adhésion est la reprise par les nouveaux membres de l'acquis communautaire, acquis dont les traités conclus avec des Etats tiers constituent une partie intégrante⁹¹. Il convient cependant de distin-

⁸⁶ NGUYEN, 2003, p. 337, note 13.

⁸⁷ Cf. art. 31 II let. a et b de la Convention de Vienne sur les traités du 23 mai 1969 (RS 0.111) ; KAHIL-WOLFF/MOSTERS, 2001, p. 6.

⁸⁸ Cf. Partie I, Chapitre II, Section 1.

⁸⁹ Cf. Traité entre le Royaume de Belgique, le Royaume de Danemark, la République fédérale d'Allemagne, la République hellénique, le Royaume d'Espagne, la République française, l'Irlande, la République italienne, le Grand-Duché de Luxembourg, le Royaume des Pays-Bas, la République d'Autriche, la République portugaise, la République de Finlande, le Royaume de Suède, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (Etats membres de l'Union européenne) et la République tchèque, la République d'Estonie, la République de Chypre, la République de Lettonie, la République de Lituanie, la République de Hongrie, la République de Malte, la République de Pologne, la République de Slovénie, la République slovaque relatif à l'adhésion de la République tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Chypre, de la République de Lettonie, de la République de Lituanie, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la République de Pologne, de la République de Slovénie et de la République slovaque à l'Union européenne (JO n° L 236, 2003, p. 17).

⁹⁰ Traité entre le Royaume de Belgique, la République tchèque, le Royaume de Danemark, la République fédérale d'Allemagne, la République d'Estonie, la République hellénique, le Royaume d'Espagne, la République française, l'Irlande, la République italienne, la République de Chypre, la République de Lettonie, la République de Lituanie, le Grand-Duché de Luxembourg, la République de Hongrie, la République de Malte, le Royaume des Pays-Bas, la République d'Autriche, la République de Pologne, la République portugaise, la République de Slovénie, la République slovaque, la République de Finlande, le Royaume de Suède, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (Etats membres de l'Union européenne) et la République de Bulgarie et la Roumanie, relatif à l'adhésion de la République de Bulgarie et de la Roumanie à l'Union européenne (JO n° L 157, 2005, p. 11).

⁹¹ Message du 1^{er} octobre 2004 portant approbation du protocole à l'accord entre la Suisse et la CE sur la libre circulation des personnes, FF 2004, p. 5529 ; Message du

guer entre les traités qui relèvent de la compétence exclusive de la Communauté européenne et ceux pour lesquels, selon la répartition des compétences au sein de la CE, tant les organes communautaires que les Etats membres sont compétents (on parle ici d'accords mixtes)⁹². Les premiers sont repris automatiquement par les Etats adhérant à l'Union, les seconds doivent faire l'objet de négociations⁹³. L'ALCP constituant un accord mixte⁹⁴, son extension aux nouveaux Etats membres a fait l'objet de nouvelles négociations⁹⁵ et son adoption a nécessité l'accord de la Suisse, de la Communauté européenne ainsi que de ses Etats membres⁹⁶.

Le Protocole I à l'ALCP a été accepté par le peuple en votations populaires le 25 septembre 2005⁹⁷, et il est entré en vigueur le 1^{er} avril 2006. Le

14 mars 2008 concernant la reconduction de l'accord sur la libre circulation des personnes et son extension à la Bulgarie et la Roumanie, FF 2008, p. 1933-1934.

⁹² Message du 1^{er} octobre 2004 portant approbation du protocole à l'accord entre la Suisse et la CE sur la libre circulation des personnes, FF 2004, p. 5529 ; Message du 14 mars 2008 concernant la reconduction de l'accord sur la libre circulation des personnes et son extension à la Bulgarie et la Roumanie, FF 2008, p. 1934.

⁹³ Message du 1^{er} octobre 2004 portant approbation du protocole à l'accord entre la Suisse et la CE sur la libre circulation des personnes, FF 2004, p. 5529 ; Message du 14 mars 2008 concernant la reconduction de l'accord sur la libre circulation des personnes et son extension à la Bulgarie et la Roumanie, FF 2008, p. 1934 ; HIRSBRUNNER, 2004, p. 47.

⁹⁴ Sur cette notion, cf. Partie I, Chapitre IV, Section 1.

⁹⁵ Message du 1^{er} octobre 2004 portant approbation du protocole à l'accord entre la Suisse et la CE sur la libre circulation des personnes, FF 2004 p. 5529 ; Message du 14 mars 2008 concernant la reconduction de l'accord sur la libre circulation des personnes et son extension à la Bulgarie et la Roumanie, FF 2008, p. 1934.

⁹⁶ En vertu de l'article 6 de l'acte relatif aux conditions d'adhésion de la République tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Chypre, de la République de Lettonie, de la République de Lituanie, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la République de Pologne, de la République de Slovénie et de la République Slovaque, et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne (JO, n° L 236, 2003, p. 33) ainsi qu'en vertu de l'article 6 du protocole relatif aux conditions et modalités d'admission de la République de Bulgarie et de la Roumanie à l'Union européenne (JO, n° L 157, 2005, p. 29), le Conseil de l'Union européenne est compétent pour l'extension des accords mixtes aux nouveaux Etats membres. Cf. également art. 6 al. 1 du Protocole I à l'ALCP et art. 6 al. 1 du Protocole II à l'ALCP.

⁹⁷ Arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre du protocole relatif à l'extension de l'accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes aux nouveaux Etats membres de la Communauté européenne et portant approbation de la ré-

Protocole II à l'ALCP a, quant à lui, été approuvé par le peuple le 8 février 2009⁹⁸ et est entré en vigueur le 1^{er} juin 2009⁹⁹. Les Protocoles I et II font partie intégrante de l'ALCP (art. 4 Protocole I à l'ALCP et art. 5 al. 2 Protocole II à l'ALCP).

Ces Protocoles prévoient principalement l'introduction d'un régime transitoire et fixent des contingents progressifs. Concernant la coordination des systèmes de sécurité sociale et la reconnaissance des diplômes, seules des adaptations d'ordre technique sont envisagées. Les Protocoles resteront en vigueur aussi longtemps et selon les mêmes modalités que l'Accord (art. 8 des Protocoles I et II à l'ALCP). Ainsi, sept ans après l'entrée en vigueur de l'ALCP, le peuple suisse a non seulement pu se prononcer – dans le cadre d'un référendum facultatif – sur la poursuite de l'application de l'ALCP, mais également sur celle du Protocole I à l'ALCP¹⁰⁰. La question de la reconduction ayant été liée à la question de l'extension de l'Accord à la Roumanie et la Bulgarie, la votation populaire sur la reconduction a également eu lieu le 8 février 2009.

§ 2 Accord amendant la Convention instituant l'AELE et le Protocole concernant la libre circulation des personnes entre la Suisse et le Liechtenstein

Lors des négociations bilatérales entre la Suisse et l'UE est déjà apparue la nécessité de garantir aux ressortissants des Etats membres de l'AELE un traitement équivalant à celui des ressortissants des Etats membres de

vision des mesures d'accompagnement concernant la libre circulation des personnes, RO 2006 979.

⁹⁸ Arrêté fédéral portant approbation de la reconduction de l'accord entre la Suisse et la Communauté européenne et ses Etats membres sur la libre circulation des personnes, ainsi qu'approbation et mise en oeuvre du protocole visant à étendre l'accord sur la libre circulation à la Bulgarie et à la Roumanie, RO 2009 2411.

⁹⁹ Protocole à l'Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, concernant la participation, en tant que parties contractantes, de la République de Bulgarie et de la Roumanie, à la suite de leur adhésion à l'Union européenne, RO 2009 2421.

¹⁰⁰ Message du 1^{er} octobre 2004 portant approbation du protocole à l'accord entre la Suisse et la CE sur la libre circulation des personnes, FF 2004, p. 5533.

l'UE¹⁰¹. Deux textes ont dès lors été adoptés afin d'étendre le contenu de l'ALCP aux Etats membres de l'AELE, à savoir l'Accord du 21 juin 2001 amendant la Convention du 4 janvier 1960 instituant l'AELE et le Protocole concernant la libre circulation des personnes entre la Suisse et le Liechtenstein¹⁰², qui fait partie intégrante de ladite convention¹⁰³.

Il ressort du Message du Conseil fédéral relatif à l'approbation de l'Accord amendant la Convention AELE que – afin de garantir une égalité de traitement entre les ressortissants de l'UE et ceux de l'AELE en ce qui concerne la libre circulation des personnes – l'ALCP « est étendu aux Etats de l'AELE de façon pratiquement inchangée »¹⁰⁴.

Ainsi, le régime prévu par l'Accord amendant la Convention AELE se calquant sur celui de l'ALCP, nous nous limiterons, dans ce travail, à la mention des dispositions applicables aux ressortissants de l'UE. Nous ne ferons référence à l'Accord amendant la Convention AELE que dans les cas où celui-ci prévoit une réglementation distincte de celle établie par l'ALCP¹⁰⁵.

¹⁰¹ Message du 12 septembre 2001 relatif à l'approbation de l'Accord du 21 juin 2001 amendant la Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de libre-échange (AELE), FF 2001, p. 4736. Voir également BENESCH, 2007, p. 55 ss.

¹⁰² Ce Protocole a été remplacé par un Accord-cadre (Accord-cadre du 3 décembre 2008 entre la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein sur la collaboration concernant la procédure de visa, l'entrée et le séjour ainsi que sur la coopération policière dans la zone frontalière, RS 0.360.514.2.) entré en vigueur le 12 décembre 2008. Sur ce point, cf. Partie I, Chapitre II, Section 3, § 2.

¹⁰³ NGUYEN, 2003, p. 338.

¹⁰⁴ Message du 12 septembre 2001 relatif à l'approbation de l'Accord du 21 juin 2001 amendant la Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de libre-échange (AELE), FF 2001, p. 4749.

¹⁰⁵ L'objectif de l'Accord amendant la Convention instituant l'AELE étant de calquer sa réglementation sur celle de l'ALCP, les deux accords doivent, selon le Tribunal fédéral, être appliqués et interprétés de manière identique [TF, arrêt du 1^{er} février 2005, 2P. 130/2004 (c. 3.4.4)]. Des distinctions sont toutefois prévues en ce qui concerne les contingents ainsi que le calendrier de mise en œuvre de la libre circulation entre la Suisse et le Liechtenstein (Message du 12 septembre 2001 relatif à l'approbation de l'Accord du 21 juin 2001 amendant la Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de libre-échange (AELE), FF 2001, p. 4748 ; NGUYEN, 2003, p. 101-102).

§ 3 Actes auxquels l'ALCP se réfère

L'ALCP fait référence à un certain nombre d'actes de droit communautaire¹⁰⁶.

L'article 16 al. 1 ALCP prévoit que « les parties contractantes prendront toutes les mesures nécessaires pour que les droits et obligations équivalant à ceux contenus dans les actes juridiques de la Communauté européenne auxquels il est fait référence trouvent application ». Selon cet article, la Suisse se voit uniquement dans l'obligation d'adopter une *législation équivalente*¹⁰⁷. Il convient toutefois de noter que, dans la plupart des cas, le droit national équivalent se contente de renvoyer aux actes de droit

¹⁰⁶ L'ALCP fait notamment référence au règlement (CEE) 1251/70 (JO n° L 142, 1970, p. 24) et à la directive 75/34/CEE (JO n° L 14, 1975, p. 10) relatifs au droit de demeurer après une activité salariée ou non salariée (art. 4 al. 2 Annexe I-ALCP), aux directives 64/221/CEE (JO n° 56, 1964, p. 850), 72/194/CEE (JO n° L 121, 1972, p. 32) et 75/35/CEE (JO n° L 14, 1975, p. 14) concernant la réserve de l'ordre public, de la sécurité publique et de la santé publique (art. 5 Annexe I-ALCP), à la directive 96/71/CE (JO n° L 18, 1997, p. 1) relative au régime juridique des travailleurs détachés (art. 22 al. 2 Annexe I-ALCP) et aux directives et règlements mentionnés à la section A des Annexes II et III-ALCP (cf. NGUYEN, 2003, p. 338). Il convient encore de signaler que le Parlement européen et le Conseil ont adopté la directive n° 2004/38, du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres (JO n° L 158, 2004, p. 77). L'ALCP n'y fait pas référence, mais cette directive « est d'intérêt pour l'interprétation et l'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes, puisqu'elle remplace un certain nombre de directives existantes et abroge deux articles du règlement n° 1612/68 sur la libre circulation des travailleurs, qui ont inspiré les dispositions de l'ALCP » (KADDOUS/TOBLE, 2005, p. 615). Par ailleurs, en juin 2008, le Conseil fédéral a déclaré vouloir reprendre la nouvelle directive relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (Directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, JO n° L 255, 2005, p. 22) dans l'Annexe III de l'Accord. L'adaptation de l'Annexe III nécessitant une décision consensuelle des parties à l'Accord dans le cadre du comité mixte et des travaux préparatoires devant être entrepris pour permettre la mise en œuvre de cette directive, celle-ci pourra vraisemblablement entrer en vigueur dans le courant de l'année 2010 (cf. communiqué de presse de l'Office fédéral de la formation professionnelle et de la technologie du 18 juin 2008. Voir également la Déclaration conjointe sur l'adaptation de l'annexe III prévue par le Protocole II ainsi que le Message du 14 mars 2008 concernant la reconduction de l'accord sur la libre circulation des personnes et son extension à la Bulgarie et la Roumanie, FF 2008, p. 1981).

¹⁰⁷ FILLIEZ, 2001, p. 198. Concernant la notion de législation équivalente, cf. Partie I, Chapitre IV, Section 5.

communautaire « qui par un tour de passe-passe aur[ont] [ainsi] été <hélvétisé[s]> et déployer[ont] un effet direct <indirect> »¹⁰⁸. Le principe de la législation équivalente n'a dès lors que rarement conduit à l'adoption d'une législation autonome ; en réalité, elle a entraîné une reprise indirecte de l'acquis communautaire¹⁰⁹.

Reste à déterminer les conséquences de la non-exécution par la Suisse de son obligation d'adopter une législation équivalente. On peut déduire de ce qui précède que, dans un tel cas, les dispositions des actes communautaires auxquels il est fait référence trouveront en principe directement application dans l'ordre juridique suisse, à la condition d'être suffisamment claires et précises¹¹⁰.

§ 4 Jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes

Selon l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP, il sera tenu compte de la jurisprudence de la Cour de justice antérieure à la date de signature de l'ALCP lorsque l'application de l'Accord implique des notions de droit communautaire. La jurisprudence rendue avant le 21 juin 1999 constitue une véritable source du droit. La jurisprudence postérieure doit, quant à elle, être communiquée à la Suisse, le comité mixte ayant la compétence de déterminer ses implications (art. 16 al. 2, 2^{ème} phrase, ALCP)¹¹¹.

De plus, en vertu de l'article 17 al. 1 ALCP, les parties contractantes doivent s'informer en cas de modifications de leur jurisprudence et il appartient au comité mixte de déterminer les conséquences de ces modifications¹¹². La CJCE – contrairement au TF – ne précisant que rarement si sa décision modifie une ancienne jurisprudence¹¹³, il est difficile de détermi-

¹⁰⁸ FILLIEZ, 2001, p. 198 ; dans le même sens, KADDOUS, 2007, p. 539.

¹⁰⁹ FILLIEZ, 2001, p. 198.

¹¹⁰ BUCHER, 2001, p. 97 ss, § 17 ss ; CARDINAUX, 2008, p. 20 ss, § 29 ss ; FILLIEZ, 2001, p. 194 ; KADDOUS, 2007, p. 539 ainsi que, de la même auteure, 2008, p. 165-166 ; KAHIL-WOLFF/SONNENBERG, 2007, p. 115.

¹¹¹ Concernant le rôle de la jurisprudence de la Cour européenne de justice dans le cadre de l'ALCP, voir Partie I, Chapitre V.

¹¹² KADDOUS, 2001, p. 94.

¹¹³ BREITENMOSE/ISLER, 2002, p. 1013.

ner si un arrêt de la Cour de justice se limite à préciser une ancienne jurisprudence ou s'il la modifie¹¹⁴.

§ 5 Droit interne suisse

I. Ordonnance sur l'introduction de l'ALCP (OLCP) et directives OLCF

Il convient également de mentionner l'ordonnance sur l'introduction de l'ALCP¹¹⁵ ainsi que les directives OLCF.

L'ordonnance sur l'introduction progressive de l'ALCP du 23 mai 2001¹¹⁶ a été édictée afin de réglementer l'introduction par étapes en Suisse de l'Accord. A la suite de la première extension de l'ALCP aux dix nouveaux Etats membres de AELE, cette première ordonnance a été abrogée et remplacée par l'ordonnance du 22 mai 2002¹¹⁷. Cette deuxième ordonnance a par ailleurs fait l'objet d'une modification le 13 mars 2009 suite à l'extension de l'Accord à la Roumanie et la Bulgarie¹¹⁸. Elle « réglemente l'introduction progressive de la libre circulation des personnes, selon les dispositions de l'Accord sur la libre circulation des personnes et les dispositions de la Convention instituant l'AELE, compte tenu des réglementations transitoires » (art. 1 OLCF).

En outre, l'Office fédéral de l'immigration, de l'intégration et de l'émigration (IMES) – devenu aujourd'hui l'Office fédéral des migrations (ODM) – a émis des directives et commentaires concernant l'introduction progressive de la libre circulation des personnes entre la Confédération suisse et la Communauté européenne ainsi que ses Etats membres, et entre la Confédération suisse et les Etats membres de l'AELE, la Norvège,

¹¹⁴ KAHIL-WOLFF/MOSTERS, 2001, p. 7. Pour le surplus, cf. Partie I, Chapitre V.

¹¹⁵ Cf. BENESCH, 2007, p. 64 ss.

¹¹⁶ RO 2002 1729 ss.

¹¹⁷ Ordonnance du 22 mai 2002 sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, la Communauté européenne et ses Etats membres, ainsi qu'entre les Etats membres de l'Association européenne de libre-échange, RS 142.203.

¹¹⁸ RO 2009 1825.

l'Islande et la Principauté du Liechtenstein (directives OLCP)¹¹⁹. Ces directives ne constituent pas une véritable source du droit. En effet, « les destinataires en sont ceux qui sont chargés de l'exécution d'une tâche publique, non pas (du moins directement) les administrés »¹²⁰. Elles n'apportent ainsi qu'une « aide en vue de l'application des textes législatifs »¹²¹.

II. Loi sur les travailleurs détachés

La population suisse craignant que l'introduction de la libre circulation des personnes n'entraîne un dumping social et salarial, le Conseil fédéral a décidé d'adopter un certain nombre de mesures d'accompagnement¹²². Ces mesures ont pour but de garantir un marché du travail équilibré tout en respectant le principe de l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité ; elles s'appliquent donc tant aux ressortissants suisses qu'aux ressortissants de l'Union européenne¹²³.

C'est dans le cadre de ces mesures que la loi sur les travailleurs détachés¹²⁴ ainsi que son ordonnance ont été adoptées. Elles sont entrées en

¹¹⁹ Disponible sur le site de l'Office fédéral des migrations (ODM) à l'adresse http://www.bfm.admin.ch/bfm/fr/home/themen/rechtsgrundlagen/weisungen_und_kr_eisschreiben/weisungen_und_rundschreiben.html.

¹²⁰ MOOR, 1994, p. 264.

¹²¹ *Directives OLCP*, ch. 1.1.

¹²² Trois mesures ont été adoptées : la loi fédérale sur les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés en Suisse et sur les mesures d'accompagnement du 8 octobre 1999 (Loi sur les travailleurs détachés, RS 823.20) ainsi que son ordonnance du 21 mai 2003 sur les travailleurs détachés en Suisse (Odét, RS 823.201), les articles 360a ss CO qui prévoient la possibilité d'adopter des contrats-types fixant un salaire minimum (RS 220) ainsi que l'article 1a de la LECCT qui introduit une procédure facilitée d'extension des dispositions d'une convention collective portant sur la rémunération minimale et sur la durée du travail lui correspondant ainsi que l'extension des dispositions relatives aux contrôles paritaires (RS 221.215.311). Sur ces mesures, cf. BENESCH, 2007, p. 59 ss ; HEINE, 2006, p. 471-472 ; SPESCHA, *Freizügigkeitsabkommen*, 2008, p. 579 ss ; TIEFENTHAL, 2008, § 10 ss ; VEUVE, 2001, p. 291.

¹²³ VEUVE, 2001, p. 292.

¹²⁴ Voir BENESCH, 2007, p. 59 ss.

vigueur le 1^{er} juin 2004. Leur objectif est d'empêcher une détérioration des conditions de travail et de salaire en Suisse¹²⁵.

Un deuxième paquet de mesures d'accompagnement est entré en vigueur le 1^{er} avril 2006¹²⁶.

§ 6 Rapport avec la loi fédérale sur les étrangers (LEtr)

Depuis le 1^{er} mai 2002, les ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne¹²⁷, les membres de leur famille et les travailleurs détachés par une société dont le siège statutaire, l'administration centrale ou l'établissement principal se trouve sur le territoire d'un Etat membre de la CE ou de l'AELE sont soumis au régime prévu par l'ALCP (art. 2 OLPC ; 1, 5 et 7 ALCP). Les dispositions de la loi fédérale sur les étrangers¹²⁸ – qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008 et a ainsi remplacé la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE)¹²⁹ ainsi que ses règlements d'exécution – ne leur sont applicables que de manière subsidiaire, lorsque l'Accord ne prévoit rien ou lorsque la LEtr contient des dispositions plus favorables (art. 2 al. 2 et 3 LEtr à partir du 1^{er} janvier 2008 ; art. 1 LSEE jusqu'au 31 décembre 2007 ; art. 12 ALCP)¹³⁰. Ainsi,

¹²⁵ HEINE, 2006, p. 471.

¹²⁶ Arrêté fédéral portant approbation et mise en oeuvre du protocole relatif à l'extension de l'accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes aux nouveaux Etats membres de la Communauté européenne et portant approbation de la révision des mesures d'accompagnement concernant la libre circulation des personnes, RO 2006 979. Concernant ce deuxième paquet de mesures, cf. TIEFENTHAL, 2008, § 35 ss.

¹²⁷ Les Etats membres lors de la signature de l'Accord (le 21 juin 1999) étaient l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la Finlande, la France, la Grande-Bretagne, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal et la Suède. A la suite de l'entrée en vigueur, le 1^{er} avril 2006, du Protocole I à l'ALCP et, le 1^{er} juin 2009, du Protocole II à l'ALCP, les ressortissants des nouveaux Etats membres de la CE sont également soumis à l'ALCP.

¹²⁸ Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers, RS 142.20.

¹²⁹ Loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers, RO 49 279.

¹³⁰ GROSSEN/DE PALÉZIEUX, 2002, p. 105 ; HÄNNI, 2007, p. 349 ; KÄLIN, 2002, p. 19 ; NGUYEN, 2003, p. 340 ; SPESCHA, 2001, p. 110 ; *Directives OLCP*, ch. 1.4.

la LEtr trouve notamment application¹³¹ à l'égard des prestataires de services ressortissant des Etats membres, lorsque leur activité n'est pas régie par des accords spécifiques relatifs à la prestation de services et qu'elle dure plus de 90 jours ouvrables par année civile¹³² ainsi qu'en matière d'octroi d'autorisations d'établissement¹³³.

Section 3 Mesures transitoires

« Le Conseil fédéral a négocié [...] un accord qui prévoit un passage graduel et non automatique à la libre circulation des personnes »¹³⁴. Cet Accord consiste en un compromis entre, d'une part, la détermination de l'UE à garantir une application inconditionnelle du principe de libre circulation et, d'autre part, la volonté de la Suisse – à la suite du rejet de l'EEE – d'introduire par étapes la libre circulation¹³⁵. En vertu de ce compromis, les principes de libre circulation et de non-discrimination n'ont réellement été introduits à l'égard des ressortissants des 15 anciens Etats de l'Union¹³⁶ qu'à la suite d'un délai transitoire, le 1^{er} juin 2007¹³⁷. Durant ce délai, un régime particulier consacré à l'article 10 ALCP a trouvé applica-

¹³¹ *Directives OLCP*, ch. 1.4. Elle reste également applicable en ce qui concerne la procédure de déclaration d'entrée et d'autorisation (art. 9 OLCP), en matière de fin de séjour et de mesures d'éloignement (art. 23 à 25 OLCP), de sanctions administratives (art. 32 OLCP) et enfin en ce qui concerne les exceptions au contingent (art. 12 al. 1 OLCP). Sur ce point, cf. KÄLIN, 2002, p. 19 ; SPESCHA, 2001, p. 110.

¹³² Sur ce point, cf. art. 15 OLCP et *Directives OLCP*, ch. 3.4.1 et 6.3.5.

¹³³ Sur ce point, cf. *Directives OLCP*, ch. 9.1 ; UEBERSAX, 2009, p. 282, § 7.225 et 7.226.

¹³⁴ Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p. 5619.

¹³⁵ MACH, 2001, p. 313.

¹³⁶ UE-15 : Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Grande-Bretagne, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Suède. Il convient de mentionner que les ressortissants de Malte et de Chypre ont également été soumis à ce régime transitoire à partir du 1^{er} avril 2006, date de l'entrée en vigueur du Protocole I à l'ALCP (cf. Partie I, Chapitre II, Section 3, § 3).

¹³⁷ Les périodes transitoires prévues par l'Accord amendant la Convention instituant l'AELE correspondent à celles prévues par l'ALCP [Message du 12 septembre 2001 relatif à l'approbation de l'Accord du 21 juin 2001 amendant la Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de libre-échange (AELE), FF 2001, p. 4747].

tion à leur rencontre. Les ressortissants des nouveaux Etats membres sont, quant à eux, encore soumis au régime transitoire¹³⁸.

§ 1 Phases prévues par l'ALCP à l'égard des ressortissants de l'UE-15

I. Première phase

Durant la première phase¹³⁹, l'accès à une activité économique faisait l'objet de restrictions tant qualitatives que quantitatives¹⁴⁰.

Ainsi, toutes les personnes soumises au régime évolutif – c'est-à-dire les travailleurs salariés, les indépendants, les frontaliers et les prestataires de services, à moins qu'ils ne soient libéralisés par un accord spécifique relatif aux prestations de services entre les parties contractantes (art. 10 al. 2 ALCP) – devaient respecter les principes qualitatifs de priorité des travailleurs indigènes¹⁴¹ et de contrôle des conditions de salaire et de travail¹⁴² (art. 10 al. 2 ALCP). Les membres de leur famille désirant exercer une activité lucrative étaient, quant à eux, uniquement soumis au contrôle des conditions de salaire et de travail¹⁴³.

Parallèlement aux limitations qualitatives, l'Accord prévoyait également des restrictions quantitatives à l'égard des ressortissants des anciens Etats membres (art. 10 al. 1 et 3 ALCP). Ainsi, en vertu de l'article 10 al. 1, les séjours d'une durée supérieure à 4 mois et inférieure à 12 mois ainsi que

¹³⁸ Cf. Partie I, Chapitre II, Section 3, § 3 et § 4.

¹³⁹ La première phase a débuté le 1^{er} juin 2002 et s'est terminée le 31 mai 2004.

¹⁴⁰ Cf. BENESCH, 2007, p. 86 ss.

¹⁴¹ Afin de pouvoir engager un travailleur ressortissant CE/AELE, l'employeur devait prouver avoir entrepris les démarches nécessaires afin de trouver un employé suisse et démontrer que ses démarches n'avaient pas abouti (BENESCH, 2007, p. 86-87 ; NYFFENEGGER, 2001, p. 90 ; HIRSBRUNNER/NYFFENEGGER/ET AL., 2004, p. 448).

¹⁴² Les cantons avaient l'obligation de vérifier systématiquement si les travailleurs CE/AELE bénéficiaient des mêmes conditions de travail et de rémunération que les travailleurs indigènes en fonction du lieu et de la branche (BENESCH, 2007, p. 86-87 ; NYFFENEGGER, 2001, p. 89 ; HIRSBRUNNER/NYFFENEGGER/ET AL., 2004, p. 449).

¹⁴³ GROSSEN/DE PALÉZIEUX, 2002, p. 113.

ceux d'une durée égale ou supérieure à 12 mois faisaient l'objet d'un contingentement¹⁴⁴.

II. Deuxième phase

La deuxième phase¹⁴⁵ s'est caractérisée par la suppression des limites qualitatives. Celles-ci ont été remplacées par des mesures d'accompagnement¹⁴⁶. L'application des limites quantitatives s'est, quant à elle, poursuivie aux mêmes conditions¹⁴⁷.

III. Troisième phase

La troisième phase¹⁴⁸ a marqué l'abolition du système de contingentement. La libre circulation des personnes a ainsi été introduite à l'essai¹⁴⁹, une clause de sauvegarde restant toutefois applicable. Cette clause accorde la possibilité à la Suisse de réintroduire des limitations quantitatives en cas d'immigration massive. Ainsi, si le nombre de nouveaux titres de séjour délivrés aux salariés et aux indépendants est supérieur à la moyenne des trois années précédentes de plus de 10%, la Suisse peut, unilatéralement, pour l'année suivante, limiter le nombre de nouveaux titres de séjour de cette catégorie à la moyenne des trois années précédentes majorée de 5%. Le recours à cette clause est toutefois soumis à une limitation : le nombre de nouveaux titres délivrés ne peut pas être inférieur aux contin-

¹⁴⁴ Cf. BENESCH, 2007, p. 88 ss.

¹⁴⁵ La deuxième phase a débuté le 1^{er} juin 2004 et s'est terminée le 31 mai 2007.

¹⁴⁶ Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p. 5619 ; BENESCH, 2007, p. 92-93 ; CICÉRON BÜHLER/FERNANDEZ/ET AL., 2005, p. 340 ; JAAG, 2000, p. 237-238 ; GABATHULER, 1999, p. 35 ; GROSSEN/DE PALÉZIEUX, 2002, p. 114 ; MACH, 2001, p. 317 ; NGUYEN, 2003, p. 344 ; SCHÄFER, 2005, p. 331.

¹⁴⁷ NGUYEN, 2003, p. 344.

¹⁴⁸ Elle a débuté le 1^{er} juin 2007 et s'est terminée au terme de la 7^{ème} année, le 31 mai 2009.

¹⁴⁹ Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p. 5619 ; BENESCH, 2007, p. 93 ; JAAG, 2000, p. 237 ; GABATHULER, 1999, p. 34 ; GROSSEN/DE PALÉZIEUX, 2002, p. 115 ; MACH, 2001, p. 317 ; NGUYEN, 2003, p. 344.

gents minima prévus par l'article 10 al. 3 ALCP (art. 10 al. 4, § 2 ALCP)¹⁵⁰.

Il est enfin important de rappeler que l'Accord a été conclu pour une période de 7 ans. L'UE s'étant déclarée prête à le reconduire tacitement¹⁵¹, seule la Suisse a dû, à l'issue de cette période, décider si elle était prête à reconduire l'Accord (art. 25 al. 2 ALCP). Elle s'est ainsi prononcée par la voie d'un arrêté fédéral soumis au référendum facultatif qui a été accepté en votations populaires le 8 février 2009¹⁵². Soulignons que si l'ALCP n'avait pas été reconduit, les six autres accords auraient automatiquement été annulés (clause guillotine)¹⁵³.

IV. Quatrième phase

Les différentes parties à l'Accord ayant décidé de le reconduire, une nouvelle phase¹⁵⁴ de 5 ans de libre circulation à l'essai a été introduite. Le 1^{er} juin 2014, la libre circulation sera instaurée à titre définitif, sous réserve de la clause de sauvegarde consensuelle¹⁵⁵. En vertu de cette clause, le comité mixte peut adopter, en cas de difficultés sérieuses d'ordre économique ou social, des mesures appropriées afin de remédier à la situation (art. 14 al. 2 ALCP).

¹⁵⁰ Lors de sa séance du 21 mai 2008, le Conseil fédéral a décidé de s'abstenir d'invoquer la clause de sauvegarde spéciale. Cf. communiqué de presse du Département de justice et police du 21 mai 2008.

¹⁵¹ MACH, 2001, p. 318.

¹⁵² Arrêté fédéral portant approbation de la reconduction de l'accord entre la Suisse et la Communauté européenne et ses Etats membres sur la libre circulation des personnes, ainsi qu'approbation et mise en oeuvre du protocole visant à étendre l'accord sur la libre circulation à la Bulgarie et à la Roumanie, RO 2009 2411.

¹⁵³ GROSSEN/DE PALÉZIEUX, 2002, p. 115 ; NGUYEN, 2001, p. 345 ; THÜRER/HILLEMANN, 2002, p. 29. Concernant la clause guillotine, cf. Partie I, Chapitre IV, Section 2.

¹⁵⁴ Elle a débuté le 1^{er} juin 2009 et se terminera le 31 mai 2014.

¹⁵⁵ Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p. 5619 ; BENESCH, 2007, p. 95 ; JAAG, 2000, p. 237 ; GABATHULER, 1999, p. 34 ; GROSSEN/DE PALÉZIEUX, 2002, p. 115 ; MACH, 2001, p. 318 ; NGUYEN, 2003, p. 345.

§ 2 Régime de libre circulation instauré entre la Suisse et le Liechtenstein

Le régime applicable aux ressortissants du Liechtenstein a été établi à la suite de plusieurs phases de négociations : la première a donné lieu à l'échange de notes du 30 mai 2003 entre le Conseil fédéral suisse et le gouvernement de la Principauté du Liechtenstein sur la mise en œuvre du Protocole concernant la libre circulation des personnes signé dans le cadre de l'Accord amendant la Convention AELE¹⁵⁶. Selon ce premier échange de notes, les ressortissants du Liechtenstein résidant déjà en Suisse se sont vu accorder le droit à la libre circulation. Ces ressortissants ont dès lors bénéficié du même traitement que les ressortissants CE/AELE¹⁵⁷. Par ailleurs, la Suisse a accordé aux prestataires de services du Liechtenstein le droit de fournir des prestations de services transfrontalières dans le secteur des arts et métiers.

La deuxième phase de négociations a débuté au lendemain du 1^{er} juin 2003 et a débouché le 29 octobre 2004 sur un deuxième échange de notes¹⁵⁸. Selon ce deuxième échange de notes, les ressortissants du Liechtenstein ne résidant pas en Suisse ont pu jouir de la libre circulation intégrale à partir du 1^{er} janvier 2005. Le statut juridique accordé aux ressortissants de la Principauté s'est donc révélé plus favorable que celui accordé aux ressortissants des autres Etats de l'AELE¹⁵⁹.

La mise en œuvre de l'Accord de Schengen en Suisse et au Liechtenstein nécessitant une adaptation de la collaboration bilatérale dans le domaine des étrangers¹⁶⁰, une nouvelle phase de négociations a dû être engagée entre ces deux Etats. Elle a abouti à la conclusion d'un Accord-cadre¹⁶¹ – qui s'est substitué à l'ancienne base juridique (art. 19) – ayant pour objet

¹⁵⁶ RS 0.142.115.144. Il est entré en vigueur le 1^{er} juin 2003 (ch. 2.1 du Protocole).

¹⁵⁷ *Circulaire Liechtenstein*, p. 2.

¹⁵⁸ Deuxième échange de notes du 21 décembre 2004 entre le Conseil fédéral suisse et le gouvernement de la Principauté du Liechtenstein sur la mise en œuvre du protocole concernant la libre circulation des personnes signé dans le cadre de l'accord amendant la Convention AELE, RS 0.142.115.144.2 ; *Circulaire Liechtenstein*, p. 2.

¹⁵⁹ *Circulaire Liechtenstein*, p. 3.

¹⁶⁰ *Rapport explicatif*, p. 5.

¹⁶¹ Accord-cadre du 3 décembre 2008 entre la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein sur la collaboration concernant la procédure de visa, l'entrée et le séjour ainsi que sur la coopération policière dans la zone frontalière, RS 0.360.514.2.

la réglementation des différents thèmes relatifs aux étrangers¹⁶². Cet accord est entré en vigueur une fois l'acquis de Schengen mis en application par les deux Etats parties (art. 22), le 12 décembre 2008¹⁶³.

§ 3 Etapes prévues par le Protocole sur l'extension de l'Accord aux 10 Etats membres ayant rejoint l'UE en 2004 (Protocole I à l'ALCP)

Comme mentionné ci-dessus¹⁶⁴, dix nouveaux Etats sont devenus membres de l'UE le 1^{er} mai 2004. Hormis Chypre et Malte qui ont automatiquement bénéficié des dispositions communautaires¹⁶⁵, ces nouveaux Etats ont été soumis à un régime transitoire instauré par l'Acte d'adhésion (art. 24 ss)¹⁶⁶.

Le Protocole I à l'ALCP s'est inspiré de la réglementation communautaire. En effet, dans le but d'ouvrir progressivement et de manière contrôlée le marché de l'emploi suisse aux ressortissants des nouveaux Etats membres, une période transitoire relative aux conditions d'accès au marché du travail a été instaurée¹⁶⁷. Par ailleurs, de même que dans le cadre de l'Acte relatif aux conditions d'adhésion à l'UE, Malte et Chypre n'ont pas été soumis au régime transitoire prévu par le Protocole (art. 10 al. 1a ALCP *a*

¹⁶² *Rapport explicatif*, p. 6. Les articles 6 à 9 traitent des conditions relatives au séjour, à l'établissement, à l'exercice d'une activité économique ainsi qu'aux prestations de services.

¹⁶³ *Rapport explicatif*, p. 7.

¹⁶⁴ Cf. Partie I, Chapitre II, Section 2, § 1.

¹⁶⁵ Les ressortissants de Chypre et de Malte ont bénéficié de la liberté de circulation à partir du 1^{er} mai 2004, cf. annexes VII et XI de l'Acte d'adhésion (JO n° L 236, 2003, p. 819 et 859).

¹⁶⁶ Acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne de la République tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Chypre, de la République de Lettonie, de la République de Lituanie, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la République de Pologne, de la République de Slovaquie et de la République slovaque, et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne (JO n° L 236, 2003, p. 33). Cf. GASTALDI, 2006, p. 872 ss.

¹⁶⁷ L'article 10 ALCP a été modifié par l'article 2 let. b du Protocole I à l'ALCP.

contrario). Les ressortissants de ces deux Etats ont fait l'objet du même régime que les ressortissants des anciens Etats membres¹⁶⁸.

Trois phases ont été instaurées par le Protocole I à l'ALCP. Durant la première phase¹⁶⁹, qui a débuté le 1^{er} avril 2006 et s'est terminée le 31 mai 2007, les travailleurs et les indépendants ressortissants des huit nouveaux Etats membres faisaient l'objet de restrictions quantitatives (art. 10 al. 1a, § 1 ALCP)¹⁷⁰. Par ailleurs, l'octroi de nouveaux titres de séjour aux travailleurs et aux prestataires de services¹⁷¹ était soumis aux contrôles de la priorité des travailleurs intégrés dans le marché régulier du travail¹⁷² ainsi que des conditions de salaire et de travail (art. 10 al. 2a, § 1 ALCP). Parallèlement à ces contrôles, l'attribution de titres de séjour d'une durée inférieure à quatre mois ainsi que de titres de séjour en faveur des prestataires de services devaient remplir des conditions de qualification (art. 10 al. 2, § 1 ALCP)¹⁷³. En revanche, les travailleurs salariés et les indépendants qui, au moment de l'entrée en vigueur du Protocole I à l'ALCP, étaient autori-

¹⁶⁸ Message du 1^{er} octobre 2004 portant approbation du protocole à l'accord entre la Suisse et la CE sur la libre circulation des personnes, FF 2004, p. 5537 ; DE COULON, 2007, p. 415. Il convient toutefois de mentionner que, selon l'article 2 let. b du Protocole I à l'ALCP (art. 10 al. 4b ALCP), Malte peut décider d'invoquer les dispositions contenues dans la section 2 « Libre circulation des personnes » de l'annexe IX de l'Acte d'adhésion lorsque son marché du travail connaît des perturbations. Les mesures restrictives prises par Malte envers les autres Etats de l'UE s'appliqueront également à l'égard de la Suisse. Dans un tel cas, la Suisse pourra prendre des mesures restrictives équivalentes à l'encontre de Malte. La Suisse et Malte peuvent recourir à cette procédure jusqu'au 30 avril 2011.

¹⁶⁹ Jusqu'à l'entrée en vigueur du Protocole I à l'ALCP le 1^{er} avril 2006, les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants des dix nouveaux Etats membres étaient définies par la LSEE (aujourd'hui remplacée par la LEtr). Cf. CICÉRON BÜHLER/FERNANDEZ/ET AL., 2005, p. 348.

¹⁷⁰ Les séjours d'une durée inférieure à quatre mois (art. 10 al. 1a, § 1 ALCP) et l'accès des membres de la famille au marché du travail n'ont pas fait l'objet d'un contingentement (GASTALDI, 2006, p. 893).

¹⁷¹ Seuls les prestataires de services des secteurs des services annexes à la culture et à l'aménagement des paysages, de la construction – y compris les domaines liés –, des enquêtes et de la sécurité ainsi que des activités de nettoyage sont concernés (art. 10 al. 2a ALCP). Les prestataires de services libéralisés par un accord spécifique relatif à la prestation de services entre les parties contractantes ne sont pas soumis au contrôle de la priorité des travailleurs intégrés dans le marché du travail.

¹⁷² Ce principe accorde la priorité aux travailleurs suisses ainsi qu'aux travailleurs ressortissants de l'UE-15, de Malte et de Chypre (GASTALDI, 2006, p. 889).

¹⁷³ Cette disposition s'applique uniquement aux quatre secteurs mentionnés à la note 171.

sés à exercer une activité économique sur le territoire de la Suisse n'étaient pas soumis aux dispositions transitoires des alinéas 1a, 2a, 3a, 4a et 4b de l'article 10 ALCP (art. 10 al. 5a, § 1 ALCP).

Au terme de cette première phase, la Suisse a notifié au comité mixte son intention de prolonger¹⁷⁴, durant une seconde phase¹⁷⁵, le contingentement des travailleurs salariés¹⁷⁶ et de poursuivre l'application des limitations qualitatives aux travailleurs salariés, aux prestataires de services et aux titulaires d'un titre de séjour d'une durée inférieure à quatre mois (art. 10 al. 1a, § 2 et al. 2a § 2)¹⁷⁷.

La troisième phase¹⁷⁸ aurait dû marquer l'abolition des restrictions quantitatives et qualitatives. La Suisse a toutefois décidé de faire usage de son droit consacré à l'article 10 al. 4a, § 2 ALCP lui permettant de continuer à soumettre les travailleurs salariés aux restrictions prévues par les alinéas 1a, 2a et 3a de l'article 10 ALCP¹⁷⁹.

On signalera encore qu'en cas d'immigration massive la Suisse peut invoquer, jusqu'en 2014, la clause de sauvegarde prévue à l'article 10 al. 4 ALCP, afin de réintroduire des contingents (art. 10 al. 4a, § 1 ALCP).

§ 4 Etapes prévues par le Protocole sur l'extension de l'Accord à la Bulgarie et à la Roumanie (Protocole II à l'ALCP)

Comme nous l'avons vu précédemment¹⁸⁰, la Bulgarie et la Roumanie sont devenues membres de l'UE le 1^{er} janvier 2007. Suite à cette adhésion, des négociations portant sur l'adoption d'un nouveau Protocole rela-

¹⁷⁴ Notification de la Suisse du 29 mai 2007 relative à la prolongation de la réglementation transitoire appliquée aux huit Etats membres d'Europe centrale, membres de l'UE depuis 2004, RO 2008 573.

¹⁷⁵ Elle s'est étendue du 1^{er} juin 2007 au 31 mai 2009.

¹⁷⁶ Les indépendants ont été soumis aux contingents jusqu'au 31 mai 2007.

¹⁷⁷ CICÉRON BÜHLER/FERNANDEZ/ET AL., 2005, p. 348.

¹⁷⁸ Elle a débuté le 1^{er} juin 2009 et se terminera le 30 avril 2011.

¹⁷⁹ Notification de la Suisse du 29 mai 2009 relative à la prolongation de la réglementation transitoire appliquée aux huit Etats membres d'Europe centrale, membres de l'UE depuis 2004, RO 2009 3075 ; Communiqué de presse du Département fédéral de justice et police du 13 mai 2009.

¹⁸⁰ Cf. Partie I, Chapitre II, Section 2, § 1.

tif à l'extension de l'Accord à ces nouveaux Etats membres ont été ouvertes. Elles ont abouti à l'adoption du Protocole à l'Accord entre la Confédération Suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, concernant la participation, en tant que parties contractantes, de la République de Bulgarie et de la Roumanie, à la suite de leur adhésion à l'Union européenne¹⁸¹.

Le régime transitoire¹⁸² prévu par ce protocole s'inspire de celui appliqué aux Etats ayant adhéré à l'UE le 1^{er} mai 2004¹⁸³. Ainsi, pendant une première phase de deux ans dès l'entrée en vigueur du Protocole II à l'ALCP¹⁸⁴, les travailleurs et les indépendants ressortissants de la Bulgarie et de la Roumanie font l'objet de restrictions quantitatives (art 10 al. 1b, § 1 ALCP)¹⁸⁵. Par ailleurs, l'octroi de nouveaux titres de séjour aux travailleurs et aux prestataires de services¹⁸⁶ est soumis aux contrôles de la priorité des travailleurs intégrés dans le marché régulier du travail ainsi que des conditions de salaire et de travail (art. 10 al. 2b, § 1 ALCP). En sus de ces contrôles, des conditions de qualification peuvent être maintenues pour les titres de séjour d'une durée inférieure à quatre mois ainsi que les titres de séjour en faveur des prestataires de services visés à l'article 5 al. 1 ALCP dans les quatre secteurs mentionnés (art. 10 al. 2b, § 1 *in fine* ALCP)¹⁸⁷. En revanche, les travailleurs salariés et les indépendants qui, au moment de l'entrée en vigueur du Protocole II à l'ALCP, sont déjà autorisés à exercer une activité économique sur le territoire de la Suisse ne sont

¹⁸¹ FF 2008, p. 2009.

¹⁸² L'article 10 ALCP a été modifié par l'article 2 let. b du Protocole II à l'ALCP.

¹⁸³ Message du 14 mars 2008 concernant la reconduction de l'accord sur la libre circulation des personnes et son extension à la Bulgarie et la Roumanie, FF 2008, p. 1972.

¹⁸⁴ Cette première phase a débuté le 1^{er} juin 2009 et se terminera le 31 mai 2011.

¹⁸⁵ Les séjours d'une durée inférieure à quatre mois ne sont pas contingentés s'ils remplissent les conditions prévues par l'article 23 LEtr (Message du 14 mars 2008 concernant la reconduction de l'accord sur la libre circulation des personnes et son extension à la Bulgarie et la Roumanie, FF 2008, p. 1976).

¹⁸⁶ Seuls les prestataires de services dans le domaine de l'horticulture, de la construction et des branches connexes, de la sécurité et du nettoyage industriel sont concernés. Les prestataires de services libéralisés par un accord spécifique relatif à la prestation de services entre les parties contractantes ne sont pas, quant à eux, soumis au contrôle de la priorité des travailleurs intégrés dans le marché du travail (art. 10 al. 2b. § 1 ALCP).

¹⁸⁷ Cette disposition s'applique uniquement aux quatre secteurs mentionnés à la note 171.

pas soumis aux dispositions transitoires et jouissent d'un droit à la libre circulation dès l'entrée en vigueur du Protocole (art. 10 al. 5b ALCP).

A la suite de cette première phase, la Suisse pourra notifier au comité mixte son intention de prolonger, durant une deuxième phase (de trois ans)¹⁸⁸, le contingentement des travailleurs salariés¹⁸⁹ et de poursuivre l'application des limitations qualitatives aux travailleurs salariés, aux prestataires de services et aux titulaires d'un titre de séjour d'une durée inférieure à quatre mois (art. 10 al. 1b, § 2 et al. 2b, § 2 ALCP)¹⁹⁰.

La troisième phase marquera l'abolition des restrictions quantitatives et qualitatives (art. 10 al. 1b, § 3 et al. 2b, § 3 ALCP). En cas de perturbations graves ou de menaces de perturbations graves de son marché de l'emploi, la Suisse gardera cependant le droit de maintenir les restrictions prévues aux alinéas 1b, 2b et 3b de l'article 10 ALCP pendant deux ans supplémentaires (art. 10 al. 4c, § 2 ALCP). En cas d'immigration massive, la Suisse bénéficiera enfin du droit d'invoquer, jusqu'à la fin de la dixième année à compter de l'entrée en vigueur du Protocole II à l'ALCP, la clause de sauvegarde prévue à l'article 10 al. 4 ALCP afin de réintroduire des contingents (art. 10 al. 4c, § 1 ALCP).

¹⁸⁸ Cette deuxième phase courra du 1^{er} juin 2011 au 31 mai 2014.

¹⁸⁹ Le contingentement des indépendants ne pourra pas être appliqué durant la deuxième phase (Message du 14 mars 2008 concernant la reconduction de l'accord sur la libre circulation des personnes et son extension à la Bulgarie et la Roumanie, FF 2008, p. 1977).

¹⁹⁰ CICÉRON BÜHLER/FERNANDEZ/ET AL., 2005, p. 348.

Chapitre III Champ d'application de l'ALCP

Section 1 Champ d'application matériel

L'ALCP a pour objectif, en vertu de son premier article, d'accorder un droit d'entrée, de séjour et d'accès à une activité économique, de faciliter la prestation de services, de garantir un droit de séjour et d'entrée aux personnes sans activité économique et enfin d'accorder les mêmes conditions de vie, d'emploi et de travail que celles dont bénéficient les nationaux¹⁹¹. Cet Accord tend donc à garantir la libre circulation des travailleurs salariés, des indépendants, des prestataires de services ainsi que des personnes sans activité lucrative sur la base des dispositions valables dans l'UE au 21 juin 1999¹⁹². Il doit permettre la création d'un marché unique grâce à la suppression des restrictions en matière de circulation transfrontalière et à l'harmonisation des règles de droit¹⁹³. L'ALCP se distingue de l'Accord EEE en ce sens qu'il ne vise pas à étendre l'application du droit communautaire à l'ordre juridique suisse ni à créer une instance supranationale garante de l'évolution et de la bonne application de l'Accord¹⁹⁴.

L'ALCP prévoit en outre la coordination des systèmes de sécurité sociale¹⁹⁵ et une « libéralisation ponctuelle des acquisitions immobilières »¹⁹⁶. De plus, il reprend les principes communautaires relatifs à la reconnaissance des diplômes afin de faciliter l'accès à une activité lucrative¹⁹⁷. Il ne

¹⁹¹ Concernant le champ d'application matériel des dispositions de l'Accord interdisant les discriminations, voir Partie II, Chapitre IV.

¹⁹² EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 2-3 ; GABATHULER, 1999, p. 34 ; GASSER, 2001, p. 272 ; KAHIL-WOLFF, 2001, p. 99.

¹⁹³ THÜRER/HILLEMANN, 2002, p. 19.

¹⁹⁴ SPINNER, 2001, p. 13.

¹⁹⁵ Art. 8 ALCP et Annexe II-ALCP.

¹⁹⁶ Art. 25 Annexe I-ALCP. GASSER, 2001, p. 272 ; KADDOUS, 2001, p. 80.

¹⁹⁷ Art. 9 ALCP et Annexe III-ALCP. GASSER, 2001, p. 272 ; KADDOUS, 2001, p. 80. Rappelons également que le Conseil fédéral a déclaré, en juin 2008, vouloir reprendre la nouvelle directive relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (Directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, JO n° L 255, 2005, p. 22) dans l'Annexe III de l'Accord. L'adaptation de l'Annexe III nécessitant une décision consensuelle des parties à l'Accord dans le cadre du comité mixte et des travaux

comporte toutefois pas de dimension politique ; en effet, contrairement au droit communautaire¹⁹⁸, la notion de citoyenneté n'est pas présente dans l'Accord¹⁹⁹.

Il convient enfin de préciser que l'ALCP ne s'applique pas aux situations purement internes, c'est-à-dire qui ne présentent aucun élément transfrontalier²⁰⁰.

Section 2 Champ d'application personnel

L'ALCP (ainsi que l'Accord amendant la Convention instituant l'AELE) et l'OLCP s'appliquent aux ressortissants des différents Etats parties (art. 2 al. 1 OLCP)²⁰¹. Sont également soumis à cette réglementation – indépendamment de leur nationalité – les membres de leur famille qui remplissent les conditions relatives au regroupement familial ainsi que les travailleurs détachés en Suisse par des sociétés constituées conformément à la législation d'un Etat membre de l'UE ou de l'AELE et dont le siège, l'administration centrale ou l'établissement principal se situe sur le territoire d'un Etat membre de la Communauté européenne ou de l'AELE en vue de fournir des prestations de services (art. 2 al. 2 et 3 OLCP)²⁰². Ces travailleurs doivent avoir été intégrés auparavant de façon durable²⁰³ dans

préparatoires devant être entrepris pour permettre la mise en œuvre de cette directive, celle-ci pourra vraisemblablement entrer en vigueur dans le courant de l'année 2010 (cf. communiqué de presse de l'Office fédéral de la formation professionnelle et de la technologie du 18 juin 2008. Voir également la Déclaration conjointe sur l'adaptation de l'annexe III prévue par le Protocole II ainsi que le Message du 14 mars 2008 concernant la reconduction de l'accord sur la libre circulation des personnes et son extension à la Bulgarie et la Roumanie, FF 2008, p. 1981).

¹⁹⁸ La citoyenneté européenne est prévue par l'article 17 TCE.

¹⁹⁹ Cf. Partie I, Chapitre VII, Section 2, § 2.

²⁰⁰ Sur ce point, voir Partie II, Chapitre III, Section 3.

²⁰¹ BENESCH, 2007, p. 77. Concernant le champ d'application personnel des dispositions de l'Accord interdisant les discriminations, cf. Partie II, Chapitre V.

²⁰² GROSSEN/DE COULON, 2007, p. 140, § 13.

²⁰³ Pendant au moins 12 mois selon les *Directives OLCP* (ch. 1.3.1). Au vu de la jurisprudence communautaire, cette pratique doit être jugée contraire à l'ALCP (CJCE, arrêt du 19 janvier 2006, aff. C-244/04, *Commission/Allemagne*, Rec. 2006, p. I-885 et son analyse in : EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2006, p. 106-107).

le marché régulier du travail de l'un des Etats membres CE/AELE (art. 2 al. 3 OLCP)²⁰⁴.

Selon l'article 3 al. 1 OLCP en relation à l'article 43 al. 1 let. a à d, 2 et 3 OASA²⁰⁵, ne sont pas soumis aux dispositions de l'ALCP ni de l'OLCP – à la condition d'être au bénéfice d'une pièce de légitimation délivrée par le Département des affaires étrangères –, les ressortissants CE/AELE et les membres de leur famille, lorsqu'ils travaillent au sein de missions diplomatiques et permanentes ou au sein de postes consulaires (43 al. 1 let. a OASA), lorsqu'ils sont fonctionnaires d'organisations internationales ayant leur siège en Suisse (let. b), ou lorsqu'ils font partie du personnel travaillant pour ces organisations (let. c) ou du personnel privé au service des personnes désignées aux lettres a à c (let. d)²⁰⁶.

En cas de perte de leur pièce de légitimation, les ressortissants d'un Etat membre de la CE/AELE exerçant une activité mentionnée à l'article 43 al. 1 let. a à c OASA et les membres de leur famille tombent dans le champ d'application de l'ALCP. Le même régime s'applique aux membres de la famille en provenance d'un Etat membre de la CE ou de l'AELE – qui possèdent une pièce de légitimation DFAE –, dans le cas où ils renoncent intentionnellement à leur statut (par exemple en cas de divorce du titulaire principal)²⁰⁷.

Avant de conclure ce chapitre, il se justifie encore de mentionner un arrêt du Tribunal fédéral particulièrement troublant²⁰⁸. Il concerne le droit de séjour d'un ressortissant britannique qui, après avoir été condamné par la justice de son pays à une peine de neuf ans d'emprisonnement pour une affaire de fraude fiscale, s'est évadé de son lieu de détention et a tenté d'entrer en Suisse au moyen de faux papiers alors qu'il était recherché par Interpol à la demande des autorités britanniques. Dans cet arrêt, le Tribunal se fonde sur les raisons motivant le ressortissant communautaire à faire usage de son droit à la libre circulation pour écarter l'application de l'Accord. Selon lui, « le recourant n'est pas venu en Suisse, à proprement

²⁰⁴ GROSSEN/DE PALÉZIEUX, 2002, p. 105 ; KÄLIN, 2002, p. 14 ; NYFFENEGGER, 2001, p. 82.

²⁰⁵ Ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative, RS 142.201.

²⁰⁶ *Directives OLCP*, ch. 1.5.

²⁰⁷ *Directives OLCP*, ch. 1.5.

²⁰⁸ ATF 134 II 25.

parler, pour exercer son droit à la libre circulation, mais pour échapper à la justice britannique. Or, pareille hypothèse n'est pas visée et protégée par l'Accord sur la libre circulation des personnes : la liberté de circuler présuppose en effet que celui qui s'en prévaut ne soit pas seulement autorisé à entrer librement dans le pays d'accueil, mais aussi qu'il puisse librement quitter le pays d'origine. Du reste, l'exercice du plus simple et du plus élémentaire des droits liés à la libre circulation, soit celui d'entrer sur le territoire d'une partie contractante ou d'en sortir, exige «la présentation d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité» (cf. art. 1 par. 1 Annexe I-ALCP), soit d'un document qui ne peut être établi que par l'Etat d'origine. Par ailleurs, comme il l'exprime dans son préambule, l'Accord repose sur l'affirmation que «la liberté des personnes de circuler sur les territoires des parties contractantes constitue un élément important pour le développement harmonieux de leurs relations». Or, un tel esprit de concorde et de coopération serait mis à mal si une partie contractante était amenée à délivrer une autorisation de séjour au ressortissant d'une autre partie contractante recherché par la justice de cet Etat. Dans ces conditions, le recourant ne peut pas se prévaloir des droits garantis par l'Accord sur la libre circulation »²⁰⁹.

Cet arrêt est critiquable à plusieurs égards²¹⁰. En premier lieu, le Tribunal fédéral semble soumettre l'exercice du droit à la libre circulation à la condition de pouvoir quitter librement son pays d'origine. Or une telle condition ne se déduit nullement de l'Accord²¹¹. Il en va par ailleurs de même de la question de la prise en compte des raisons motivant le recourant, celles-ci ne doivent en rien conditionner l'exercice du droit à la libre circulation tel qu'il est consacré par l'Accord²¹².

En second lieu, le Tribunal fédéral lie à tort les questions de libre circulation et d'extradition²¹³. Le droit à la libre circulation peut être limité aux conditions prévues par l'article 5 Annexe I-ALCP²¹⁴ mais ne peut être

²⁰⁹ ATF 134 II 25 (31).

²¹⁰ Pour une analyse détaillée, cf. EPINEY/CIVITELLA, *Rechtsprechung*, 2008, p. 229-230.

²¹¹ EPINEY/CIVITELLA, *Rechtsprechung*, 2008, p. 229. Voir également KADDOUS/TOBLER, 2008, p. 370.

²¹² EPINEY/CIVITELLA, *Rechtsprechung*, 2008, p. 330 et les références citées. Voir également KADDOUS/TOBLER, 2008, p. 370.

²¹³ EPINEY/CIVITELLA, *Rechtsprechung*, 2008, p. 330.

²¹⁴ Cf. Partie II, Chapitre VI, Section 1.

dénié à un ressortissant communautaire en raison du fait que celui-ci est recherché par la justice de son Etat d'origine²¹⁵.

²¹⁵ EPINEY/CIVITELLA, *Rechtsprechung*, 2008, p. 330.

Chapitre IV Principes généraux régissant l'ALCP

Section 1 Accord mixte

L'ALCP est une convention multilatérale de droit international public²¹⁶. Il relève non seulement de la compétence de la Confédération suisse et de la Communauté européenne, mais également de la compétence de ses Etats membres²¹⁷. En effet, bien que l'article 63 al. 1 ch. 3 let. a TCE crée une compétence communautaire en matière de politique d'immigration, cette matière ne constitue pas une compétence exclusive de la CE, le deuxième alinéa de cet article permettant aux Etats membres de maintenir ou d'introduire des dispositions nationales dans ce domaine²¹⁸. L'ALCP doit dès lors être qualifié d'accord mixte²¹⁹. Il a dû être accepté par le Parlement européen et les parlements nationaux des Etats membres avant de pouvoir être ratifié par le Conseil²²⁰. Cela implique, comme nous l'avons mentionné ci-dessus²²¹, qu'à la suite de l'élargissement de la Communauté européenne l'ALCP ne s'est pas automatiquement étendu aux nouveaux Etats membres. En effet, toute extension de l'Accord doit être négociée et acceptée par la Suisse, la CE et ses Etats membres²²².

²¹⁶ BREITENMOSER/ISLER, 2002, p. 1004 ; CARDINAUX, 2008, p. 17, § 22 ; FEHRENBACHER, 2002, p. 278 ; FELDER, 2001, p. 121 ; GROSSEN/DE COULON, 2007, p. 141, § 18 ; PÄRLI, 2007, p. 28.

²¹⁷ BREITENMOSER, 2003, p. 1143 ; CARDINAUX, 2008, p. 17, § 22 ; GROSSEN/DE COULON, 2007, p. 141, § 18 ; THÜRER/HILLEMANN, 2007, p. 39, § 2 ; WEIGELL, 2006, p. 192.

²¹⁸ BREITENMOSER, 2003, p. 1143 ; BREITENMOSER/ISLER, 2002, p. 1005.

²¹⁹ Message du 1^{er} octobre 2004 portant approbation du protocole à l'accord entre la Suisse et la CE sur la libre circulation des personnes, FF 2004, p. 5529 ; Message du 14 mars 2008 concernant la reconduction de l'accord sur la libre circulation des personnes et son extension à la Bulgarie et la Roumanie, FF 2008, p. 1934 ; BREITENMOSER/HUSHEER, 2002, p. 600, § 1235 ss ; CARDINAUX, 2008, p. 17, § 22 ; FEHRENBACHER, 2002, p. 278 ; GROSSEN/DE COULON, 2007, p. 141, § 18 ; JAAG/ZIHLMANN, 2007, p. 68, § 2 ; STREINZ, 2003, p. 185, § 428 ss.

²²⁰ GROSSEN/DE COULON, 2007, p. 141, § 18 ; GROSSEN/DE PALÉZIEUX, 2002, p. 106 ; JAAG, 2000, p. 229 ; KADDOUS, 2001, p. 79 ; KAHIL-WOLFF/MOSTERS, 2001, p. 6.

²²¹ Cf. Partie I, Chapitre II, Section 2, § 1.

²²² Au sein de l'Union européenne, la compétence de négocier et d'approuver l'extension des accords mixtes a été déléguée au Conseil des ministres. Cf. note 96.

Section 2 Principe du parallélisme approprié et clause guillotine

Lors des négociations des accords bilatéraux, il est clairement ressorti des déclarations de l'UE que seul l'ensemble des sept accords pouvait remplir tant les intérêts de la Suisse que ceux de la CE et de ses Etats membres²²³. Le principe du parallélisme approprié a dès lors été adopté. Selon ce principe, les sept accords doivent être conclus, approuvés et entrer en vigueur simultanément, le refus de l'un des accords entraînant le refus des six autres²²⁴. De plus, chaque accord prévoit une *clause guillotine*²²⁵. Selon cette clause, tous les accords prennent fin en cas de dénonciation ou de non-reconduction de l'un des accords.

Section 3 Rang de l'ALCP dans l'ordre juridique suisse

Les accords bilatéraux étant « conçus et voulus comme des accords classiques de droit international »²²⁶, les principes relatifs au rang des traités développés par la jurisprudence et la doctrine doivent nous permettre de déterminer le rang qu'occupe l'ALCP dans la hiérarchie des normes en Suisse.

L'obligation pour un Etat d'appliquer les normes qui le lient (*pacta sunt servanda*, art. 26 de la Convention de Vienne) et l'interdiction d'invoquer des dispositions du droit interne pour justifier la non-exécution des traités (art. 27 de la Convention de Vienne) constituent les fondements du principe de la primauté du droit international²²⁷.

²²³ Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p. 5467.

²²⁴ Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p. 5467 ; FELDER, 2001, p. 124 ; JAAG/ZIHLMANN, 2007, p. 68, § 3 ; KAHIL-WOLFF, 2001, p. 82 ; THÜRER/HILLEMANN, 2002, p. 18-19 ainsi que, des mêmes auteurs, 2007, p. 40-41, § 5.

²²⁵ Par exemple : art. 25 al. 4 ALCP, art. 58 Accord sur les transports terrestres. FELDER, 2001, p. 124 ; JAAG, 2000, p. 234 ; THÜRER/HILLEMANN, 2002, p. 18-19 ainsi que, des mêmes auteurs, 2007, p. 53, § 21 ; ZÄCH, 2002, p. 7.

²²⁶ FILLIEZ, 2001, p. 184.

²²⁷ Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997, p. 136 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *L'Etat*, 2006, p. 457, § 1294 ; BENESCH,

En droit national, ce principe est consacré par l'article 5 al. 4 Cst. féd.²²⁸. Cette disposition ne permet toutefois pas de résoudre un conflit entre une norme de droit international et une norme de droit suisse²²⁹. Il en va par ailleurs de même en ce qui concerne l'article 190 Cst. féd.²³⁰, il se contente d'instituer une obligation pour le Tribunal fédéral et les autres autorités d'appliquer les lois fédérales et le droit international. Quant aux articles 139 (nouveau) al. 3, 139 (ancien) al. 3, 193 al. 4 et 194 al. 2 Cst. féd., ils précisent certes que toute révision de la Constitution doit respecter les dispositions impératives du droit international, mais ne permettent pas de régler les conflits pouvant survenir entre une disposition de la Constitution et les autres règles du droit international²³¹.

Si l'on applique les principes développés par la doctrine et la jurisprudence, les dispositions de l'ALCP priment sur le droit cantonal, intercantonal ainsi que sur les ordonnances du Conseil fédéral²³². En cas de conflit avec une loi fédérale, il convient, en premier lieu, d'appliquer le principe de l'interprétation conforme²³³. Si la loi ne peut être interprétée conformément aux normes internationales, les autorités judiciaires ou administratives appliqueront, selon la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, le principe de la primauté du droit international, que la règle nationale soit

2007, p. 68 ; BREITENMOSER, 2003, p. 1149-1150 ; FILLIEZ, 2001, p. 191. Selon le Tribunal fédéral, « le principe de la primauté du droit international sur le droit interne découle de la nature même de la règle internationale, hiérarchiquement supérieure à toute règle interne » [ATF 122 II 485 (487), JT 98 IV p. 94.3].

²²⁸ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *L'Etat*, 2006, p. 457, § 1294 ; RHINOW/SCHEFER, 2009, p. 726, § 3615.

²²⁹ Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997, p. 136 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *L'Etat*, 2006, p. 458, § 1295 ; COTTIER/HERTIG, 1999, p. 12 ; THÜRER/HILLEMANN, 2002, p. 21 ; TSCHANNEN, 2007, p. 166-167, § 15 et les références citées.

²³⁰ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *L'Etat*, 2006, p. 458, § 1295.

²³¹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *L'Etat*, 2006, p. 459-460, § 1300-1301.

²³² ATF 109 V 224 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *L'Etat*, 2006, p. 458, § 1297 ; BREITENMOSER, 2003, p. 1150-1151 ; BUCHER, 2001, p. 156, § 89 ; COTTIER/HERTIG, 1999, p. 13 ; EPINEY/ZBINDEN, 2009, p. 49 ; MICHEL, 2001, p. 69, § 26 ; RHINOW/SCHEFER, 2009, p. 729-730, § 3636 ; THÜRER/HILLEMANN, 2002, p. 21.

²³³ ATF 94 I 669 (678), JT 1970 I p. 316 ; ATF 112 II 1 (13), JT 1986 I p. 633 ; ATF 125 II 417 (424), SJ 2000 I 202 ; ATF 128 IV 201 (205) ; ATF 130 I 312 (317) ; Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997, p. 137 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *L'Etat*, 2006, p. 459, § 1298 et p. 461, § 1302 ; BREITENMOSER, 2003, p. 1150 ; CARDINAUX, 2008, p. 24, § 44 ; COTTIER/HERTIG, 1999, p. 11.

antérieure ou postérieure²³⁴. En effet, après avoir soumis, dans un arrêt *Schubert* de 1973²³⁵ confirmé ensuite par différents arrêts²³⁶, le principe de la primauté du droit international à une réserve²³⁷, le Tribunal fédéral semble aujourd'hui y avoir renoncé²³⁸ ; il assure la primauté du droit international, ce principe découlant « de la nature même de la règle internationale, hiérarchiquement supérieure à toute règle interne, de sorte que l'argument de la *lex posterior* est inapplicable »²³⁹.

Enfin, en cas de conflit entre une norme figurant dans l'ALCP et une norme constitutionnelle « préexistante », la Suisse doit appliquer les dispositions de l'Accord ; cela découle de l'article 5 al. 4 Cst. féd. ainsi que des articles 26 et 27 de la Convention de Vienne²⁴⁰. En cas d'adoption d'une norme constitutionnelle contraire à l'Accord, la Suisse doit appliquer le principe de l'interprétation conforme au droit international. Si la norme constitutionnelle ne peut être interprétée conformément à l'ALCP et que telle est indiscutablement la volonté du constituant, la Suisse devra chercher à renégocier l'ALCP ou le dénoncer selon la procédure prévue à

²³⁴ ATF 117 IV 124 (128), JT 1993 IV p. 189 ; ATF 118 Ib 277 (281) ; ATF 119 V 171 (177), SJ 1994 p. 113 ; ATF 122 II 485 (487), JT 98 IV p. 94 ; ATF 125 II 417 (424), SJ 2000 I 202. Concernant l'ALCP, ATF 133 V 367 (387 ss). Voir également AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *L'Etat*, 2006, p. 462, § 1303 ; BREITENMOSER, 2003, p. 1151 ; BUCHER, 2001, p. 156, § 89 ainsi que, de la même auteure, 2008, p. 415 ; EPINEY/ZBINDEN, 2009, p. 49 ; METRAL/MOSER-SZELESS, 2007, p. 163 ; TSCHANNEN, 2007, p. 173, § 31.

²³⁵ ATF 99 Ib 39 (44).

²³⁶ ATF 111 V 201 (203) ; ATF 116 IV 262 (268) ; ATF 117 IV 124 (128), JT 1993 IV p. 189 ; ATF 118 Ib 277 (281).

²³⁷ Selon cette réserve, lorsque le législateur édicte intentionnellement une norme contraire à un traité liant la Suisse, cette norme l'emporte sur le traité. Cette jurisprudence allait à l'encontre de l'article 27 de la Convention de Vienne et de l'article 5 al. 4 Cst (Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997, p. 136-137 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *L'Etat*, 2006, p. 463, § 1305). Concernant la position de la doctrine face à cet arrêt, cf. COTTIER/HERTIG, 1999, p. 14 et les références citées.

²³⁸ FILLIEZ, 2001, p. 188 ; KADDOUS, 2007, p. 537. Moins catégorique : RHINOW/SCHEFER, 2009, p. 730-731, § 3637 ss ; TSCHANNEN, 2007, p. 173-174, § 33-34. Contra : BENESCH, 2007, p. 69.

²³⁹ ATF 122 II 485 (487). Cf. également ATF 122 II 234 (239), JT 1997 I p. 556 ; ATF 122 III 414 (416), JT 1997 I p. 641 ; ATF 125 II 417 (425), SJ 2000 I p. 202.

²⁴⁰ BREITENMOSER, 2003, p. 1150-1151 ; KÄLIN/EPINEY/ET AL., 2006, p. 99. Contra : THÜRER/HILLEMANN, 2007, p. 44, § 11.

l'article 25 al. 3 ALCP²⁴¹. A supposer que la Suisse renonce à la dénonciation de l'Accord, elle devra alors le respecter en vertu du principe *pacta sunt servanda* afin de ne pas engager sa responsabilité internationale²⁴².

Section 4 Principe de l'application directe

La question de l'application directe des dispositions de l'ALCP n'est pas expressément réglée par l'Accord²⁴³. Afin de déterminer le régime s'imposant aux dispositions de l'ALCP, il convient de faire appel aux principes généraux relatifs à l'application des traités internationaux²⁴⁴.

En Suisse, suivant la conception moniste, le droit interne et le droit international ne forment qu'un ordre juridique²⁴⁵. De plus, contrairement à la conception dualiste, les obligations de droit international ne doivent pas faire l'objet d'un acte de transformation²⁴⁶, mais sont directement *incorporées* dans l'ordre juridique suisse²⁴⁷. Ces principes ressortent des arti-

²⁴¹ TSCHANNEN, 2007, p. 166, § 14.

²⁴² AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *L'Etat*, 2006, p. 459, § 1299.

²⁴³ KÄLIN, 2002, p. 18.

²⁴⁴ KADDOUS, 2008, p. 165.

²⁴⁵ BREITENMOSER, 2003, p. 1145-1146 ; BUCHER, 2001, p. 93, § 10 ; COTTIER/DIEBOLD, 2009, p. 6 ; KADDOUS, 2008, p. 163.

²⁴⁶ ATF 120 Ia 1 (11), JT 1996 I p. 627.

²⁴⁷ ATF 120 Ib 360 (366), JT 1996 I p. 311 ; ATF 127 II 177 (181) ; Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997, p. 136 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *L'Etat*, 2006, p. 456, § 1293 ; BREITENMOSER/ISLER, 2002, p. 1006 ; BUCHER, 2001, p. 93, § 10-11 ; CARDINAUX, 2008, p. 18, § 24 ; COTTIER/DIEBOLD, 2009, p. 6 ; IMHOF, *Auslegungsmethode – Teil 1*, 2007, p. 159 ; KADDOUS, 2007, p. 537 ; KÄLIN, 2002, p. 18 ; TSCHANNEN, 2007, p. 163, § 6.

cles 5 al. 4²⁴⁸, 166 al. 2²⁴⁹, 140 al. 1 let. b, 141 al. 1 let. d²⁵⁰ et 190 Cst. féd.²⁵¹.

Le juge interne est compétent pour déterminer si une norme de droit international est directement applicable ou non²⁵². Le Tribunal fédéral a ainsi établi des critères permettant de déterminer si une norme de droit international est d'application directe : sont directement applicables les dispositions qui créent des droits et des obligations à l'égard des particuliers et qui sont suffisamment claires et précises pour permettre de décider dans un cas d'espèce²⁵³. Par opposition, ne sont pas directement applicables, les dispositions-programmes qui se limitent à esquisser les principes généraux d'un domaine ou attribuent un large pouvoir d'appréciation ; de telles normes s'adressent généralement au législateur²⁵⁴.

En ce qui concerne l'ALCP, un grand nombre de dispositions de l'ALCP lui-même *stricto sensu* et en particulier des dispositions de son annexe I créent des droits et des obligations à l'égard des particuliers et sont suffisamment claires et précises pour être susceptibles d'être directement applicables sans qu'une transposition soit nécessaire²⁵⁵. Les dispositions des

²⁴⁸ Selon cet article, tous les organes de l'Etat doivent respecter le droit international (Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997, p. 136).

²⁴⁹ En vertu de cet article, l'Assemblée fédérale approuve les traités internationaux, la promulgation d'un acte de transformation n'est pas nécessaire (TSCHANNEN, 2007, p. 163, § 6).

²⁵⁰ Ces articles prévoient un référendum spécial pour les traités internationaux, indépendant du référendum prévu pour la Constitution ou pour les lois (TSCHANNEN, 2007, p. 164, § 6).

²⁵¹ Cet article impose au Tribunal fédéral et aux autres autorités d'appliquer le droit international. Il ressort dès lors de cet article que les traités internationaux constituent une source directe du droit (AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *L'Etat*, 2006, p. 456, § 1293).

²⁵² AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *L'Etat*, 2006, p. 452, § 1282 ; FILLIEZ, 2001, p. 193.

²⁵³ Cf. notamment ATF 119 V 171 (177), SJ 1994 p. 113 ; ATF 121 V 246 (248-249) ; ATF 124 II 293 (308) ; ATF 124 III 90 (91), JT 1998 I p. 272 ; ATF 129 I 265 (278).

²⁵⁴ Cf. notamment ATF 119 V 171 (177), SJ 1994 p. 113 ; ATF 121 V 246 (248-249) ; ATF 124 II 293 (308) ; ATF 124 III 90 (91), JT 1998 I p. 272 ; ATF 129 I 265 (278).

²⁵⁵ ATF 129 II 249 (257-258), JT 2005 I p. 359 ; TF, arrêt du 17 janvier 2003, 2A. 226/2002 (c. 3.3). Selon KAHIL-WOLFF/MOSTERS, toutes les dispositions de l'Accord accordant des droits aux particuliers sont directement applicables (KAHIL-WOLFF/MOSTERS, 2001, p. 7). Voir également Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p. 5740 ; BREITENMOSER, 2003, p. 1147 ; BREITENMOSER/ISLER, 2002, p. 1008 ; CARDINAUX,

annexes II et III relatives à la coordination des systèmes de sécurité sociale et à la reconnaissance des diplômés n'ont pas, quant à elles, de caractère self-executing²⁵⁶.

Concernant en particulier le principe de non-discrimination, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer sur la question de son caractère directement applicable. Selon lui, « il appartient au juge d'examiner si les dispositions nationales en cause sont conformes à l'interdiction communautaire respectivement conventionnelle de discrimination – directement applicable (self-executing) – et de ne pas appliquer d'éventuelles conditions discriminatoires »²⁵⁷.

On signalera enfin que l'Accord est mis en œuvre selon la répartition nationale des compétences²⁵⁸. Les Etats parties sont responsables de sa bon-

2008, p. 19-20, § 28 ; FELDER, 2001, p. 125 ; FILLIEZ, 2001, p. 194-195 ; GASSER, 2001, p. 273 ; GROSSEN/DE PALÉZIEUX, 2002, p. 107 ; HINNY, 2004, p. 171 ; IKEN, 2003, p. 95 ss ; KADDOUS, 2007, p. 538 ; KADDOUS, 2008, p. 165-166 ; KÄLIN, 2002, p. 18-19 ; MACH, 2001, p. 318-319 ; THÜRER/HILLEMANN, 2002, p. 25 ainsi que, des mêmes auteurs, 2007, p. 47, § 14 ; ZÄCH, 2002, p. 6.

²⁵⁶ Les dispositions relevant du domaine de la coordination des systèmes de sécurité sociale ne sont théoriquement pas directement applicables. Elles le sont néanmoins en pratique, des dispositions équivalentes à celles contenues dans les actes auxquels il est fait référence n'ayant pas été introduites dans les lois nationales d'assurance sociale. En effet, le législateur s'est limité à introduire dans les lois nationales des clauses de renvoi à l'Accord, à l'Annexe II-ALCP et aux divers règlements. Cette pratique du législateur nous laisse supposer que, même en l'absence de clause de renvoi, les dispositions de l'Accord, de l'Annexe II-ALCP ou des divers règlements doivent directement trouver application dans l'ordre juridique suisse. En ce qui concerne le domaine de la reconnaissance des diplômés, l'Annexe III-ALCP renvoie aux directives communautaires pertinentes qui sont directement applicables dans l'ordre juridique suisse. Dans ce domaine, différentes lois – telle que la loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (RS 935.61) – ont été adoptées afin de répondre aux exigences des directives européennes. Cf. Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p. 5624, 5651 et 5662 ; BREITENMOSER, 2003, p. 1147-1148 ; BREITENMOSER/ISLER, 2002, p. 1009 ; BUCHER, 2001, p. 97 ss, § 17 ss ainsi que, de la même auteure, 2009, p. 389 ; CARDINAUX, 2008, p. 20 ss, § 29 ss ; COTTIER/DIEBOLD, 2009, p. 10-11 ; SPIRA, *L'application*, 2001, p. 372 ; WILD, 2001, p. 401. Voir également Partie I, Chapitre II, Section 2, § 3.

²⁵⁷ ATF 131 V 390 (398) et les références citées. Dans le même sens, CJCE du 22 décembre 2008, aff. C-13/08, *Stamm*, non encore publié au Recueil, § 49, concernant l'article 15 al. 1 Annexe I-ALCP. Voir également BENESCH, 2007, p. 203 ; BUCHER, 2001, p. 94-95, § 14 ; DELLI, 2009, p. 25.

²⁵⁸ JAAG/ZIHLMANN, 2007, p. 77 ss, § 25 ss ; KAHIL-WOLFF/MOSTERS, 2001, p. 6.

ne exécution²⁵⁹. Ils s'engagent, en vertu de l'article 16 al. 1 ALCP, à prendre toutes les mesures nécessaires à l'exécution de leurs obligations figurant dans l'Accord et s'abstiennent de toutes mesures susceptibles d'aller à l'encontre de la réalisation des objectifs de l'Accord²⁶⁰. Ils doivent, en d'autres termes, adopter les mesures propres à garantir l'application effective de l'Accord²⁶¹.

Section 5 Principe de l'équivalence des législations

L'Accord sur la libre circulation des personnes est dominé par le principe de l'équivalence des législations²⁶². Selon ce principe, les Etats parties à l'Accord reconnaissent l'équivalence de leurs législations. Il n'est pas nécessaire que celles-ci soient identiques, il suffit qu'elles se correspondent en ce qui concerne leur portée et leurs effets²⁶³. L'autonomie législative des Etats parties est ainsi en partie garantie²⁶⁴.

On notera qu'il est dans l'intérêt des parties de maintenir une législation équivalente, le défaut d'équivalence pouvant faire obstacle au bon fonctionnement de l'Accord. Il s'est dès lors avéré indispensable de prévoir une procédure d'information et/ou de consultation s'appliquant dans les cas où une partie décide de modifier sa législation dans un domaine cou-

²⁵⁹ En cas d'inexécution, c'est la responsabilité internationale de la Confédération qui est engagée *in fine*.

²⁶⁰ Cette formulation s'inspire de l'article 22 de l'Accord de libre-échange de 1972, accord se basant lui-même sur l'article 10 TCE qui sert de fondement au principe de coopération loyale. Cf. Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p. 5469 ; CICÉRON BÜHLER/FERNANDEZ/ET AL., 2005, p. 362 ; FELDER, 2001, p. 131 ; FELDER/GRESCH/ET AL., 2004, p. 423 ; FILLIEZ, 2001, p. 205-206 ; JAAG, 2002, p. 40 ; KADDOUS, 2001, p. 95 ainsi que, de la même auteure, 2007, p. 533.

²⁶¹ Dans le même sens ATF 130 II 113 (126) ; CARDINAUX, 2008, p. 62, § 106 ; FILLIEZ, 2001, p. 205-206 ; JAAG, 2002, p. 40.

²⁶² Ce principe se déduit de l'article 16 al. 1 ALCP. Sur ce point, voir également Partie I, Chapitre II, Section 2, § 3.

²⁶³ FELDER/GRESCH/ET AL., 2004, p. 425 ; THÜRER/HILLEMANN, 2007, p. 53-54, § 24.

²⁶⁴ Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p. 5470 ; GROSSEN/DE COULON, 2007, p. 141, § 19 ; GROSSEN/DE PALÉZIEUX, 2002, p. 106 ; THÜRER/HILLEMANN, 2002, p. 29 ; ZACH, 2002, p. 8.

vert par l'ALCP (art. 17 ALCP)²⁶⁵. Ainsi, la Suisse doit être informée de toute évolution du droit communautaire par le biais du comité mixte²⁶⁶. Contrairement à l'Accord EEE qui prévoit une adaptation dynamique du droit, les modifications du droit communautaire ne s'imposent pas automatiquement à la Suisse²⁶⁷.

Section 6 Cadre institutionnel de l'ALCP

L'ALCP se fonde sur le principe de « la coopération intergouvernementale classique »²⁶⁸. Un comité mixte formé de représentants des parties contractantes est responsable de la gestion de l'Accord. Le nombre des représentants a peu d'importance puisque cet organe est paritaire, que ses représentants sont liés aux instructions de la Commission, respectivement du Conseil fédéral, et qu'ils votent en commun²⁶⁹. Le comité prend ses décisions à l'unanimité (art. 14 al. 1 ALCP). Chaque partie peut demander la convocation du comité mais celui-ci se réunit en tous les cas au moins une fois par an (art. 14 al. 4 ALCP).

Plusieurs activités relèvent de la compétence du comité mixte. En premier lieu, afin d'éviter l'accomplissement des procédures internes prévues en cas de révision de l'Accord (art. 18, 1^{ère} phrase, ALCP), le comité mixte s'est vu attribuer la compétence de modifier les dispositions techniques des annexes II et III (art. 18, 2^{ème} phrase, ALCP)²⁷⁰.

En deuxième lieu, lorsque l'application de l'Accord implique des notions de droit communautaire, l'Accord prévoit la prise en compte de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice des Communautés européennes antérieure à la date de signature de l'ALCP. La jurisprudence postérieure

²⁶⁵ Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p. 5470.

²⁶⁶ Cf. Partie I, Chapitre IV, Section 6.

²⁶⁷ BREITENMOSER, 2003, p. 1159-1160 ; MACH, 2001, p. 319.

²⁶⁸ Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p. 5468.

²⁶⁹ BENESCH, 2007, p. 214 ; JAAG, 2002, p. 50 ; JAAG/ZIHLMANN, 2007, p. 85, § 38 ; GROSSEN/DE COULON, 2007, p. 179, § 136 ; THÜRER/HILLEMANN, 2007, p. 41, § 8.

²⁷⁰ Sur ce point, cf. CARDINAUX, 2008, p. 15 ss, § 20-21.

doit être communiquée à la Suisse et il appartient au comité, sur demande des parties, de déterminer ses implications (art. 16 al. 2 ALCP)²⁷¹.

En vertu de l'article 17 ALCP, les parties doivent s'informer, par le biais du comité mixte, de tout projet de modification de leur législation interne dans un domaine couvert par l'ALCP. Le comité mixte examine ses implications sur le bon fonctionnement de l'Accord. Il peut constater que la modification n'entraîne aucune conséquence sur l'Accord, qu'elle est conforme à l'Accord ou enfin qu'elle nécessite une révision de l'Accord²⁷².

Le comité mixte veille à la bonne exécution de l'Accord. A cette fin, il permet des échanges d'informations et des consultations entre les parties (art. 14 al. 3 ALCP). Il peut également formuler des recommandations pour garantir le bon fonctionnement de l'Accord (art. 14 al. 1, 2^{ème} phrase, ALCP). En cas de difficultés sérieuses d'ordre économique ou social, le comité mixte se réunit sur demande des parties. Il examine l'opportunité d'adopter des mesures permettant de remédier à la situation (art. 14 al. 2 ALCP).

L'Accord n'ayant pas prévu l'institution d'une juridiction commune, il appartient enfin au comité mixte de régler les différends relatifs à l'interprétation et à l'application de l'Accord qui pourraient naître entre les parties contractantes (art. 19 al. 1 ALCP)²⁷³. Le comité mixte n'est cependant pas compétent en ce qui concerne les litiges liés à l'application des dispositions de l'ALCP survenant entre les ressortissants des parties contractantes²⁷⁴. L'Accord leur garantit un droit de recours auprès des autorités compétentes (art. 11 al. 1 ALCP).

²⁷¹ Sur ce point, voir Partie I, Chapitre V, Section 3.

²⁷² JAAG, 2002, p. 54 ; JAAG/ZIHLMANN, 2007, p. 90, § 53 ; HONEGGER, 2004, p. 77-79.

²⁷³ Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p. 5469 ; BREITENMOSER, 2003, p. 1155-1156 ; FELDER, 2001, p. 135 ; FELDER/GRESCH/ET AL., 2004, p. 430 ; GASSER, 2001, p. 286. JAAG, 2000, p. 232 ; JAAG/ZIHLMANN, 2007, p. 94, § 61 ss ; KADDOUS, 2007, p. 533 ; KAHIL-WOLFF, 2001, p. 84.

²⁷⁴ BREITENMOSER, 2003, p. 1155 ; KADDOUS, 2007, p. 534.

Chapitre V Rôle de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes dans le cadre de l'ALCP

La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes joue un rôle essentiel dans le cadre de l'Accord²⁷⁵. Selon l'article 16 al. 2 ALCP²⁷⁶, il y a lieu de tenir compte de la jurisprudence de la CJCE antérieure à la date de signature de l'Accord²⁷⁷, lorsque son application implique des notions de droit communautaire. Quant à la jurisprudence postérieure à la date de signature, elle doit être communiquée à la Suisse et c'est au comité mixte qu'il appartient de déterminer ses implications.

La formulation de cet article n'est pas explicite. Il convient donc de déterminer quelle portée doit être accordée aux termes « tenu compte »²⁷⁸, quelles notions peuvent être qualifiées « de droit communautaire »²⁷⁹, sur quels motifs doit se fonder la distinction entre jurisprudence antérieure et postérieure²⁸⁰, et, enfin, quel rôle est censé jouer le comité mixte²⁸¹.

²⁷⁵ L'ALCP constituant un traité de droit international public, il est soumis aux principes d'interprétation consacrés par l'article 31 de la Convention de Vienne sur les traités du 23 mai 1969. L'article 16 al. 2 ALCP prévoit des principes particuliers d'interprétation au sens de l'article 31 al. 4 de la Convention (IMHOF, *Auslegungsmethode – Teil 1*, 2007, p. 161).

²⁷⁶ Il convient de noter qu'une telle disposition n'est pas prévue par l'Accord amendant la Convention instituant l'AELE. Le but de cet Accord étant toutefois, selon le Tribunal fédéral, de consacrer un régime comparable à celui de l'ALCP, il se justifie d'interpréter et d'appliquer les dispositions de ces deux accords à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice [TF, arrêt du 1^{er} février 2005, 2P. 130/2004 (c. 3.4.4)].

²⁷⁷ L'Accord a été signé le 21 juin 1999.

²⁷⁸ Cf. Partie I, Chapitre V, Section 1, § 1.

²⁷⁹ Cf. Partie I, Chapitre V, Section 1, § 2.

²⁸⁰ Cf. Partie I, Chapitre V, Section 2 et Partie I, Chapitre V, Section 3, § 1 et § 2.

²⁸¹ Cf. Partie I, Chapitre V, Section 3, § 3.

Section 1 Jurisprudence antérieure à la date de signature

L'Accord distinguant entre jurisprudence postérieure et antérieure, il s'agit d'abord de définir le rôle que doit jouer la jurisprudence antérieure à la date de la signature dans le cadre de l'Accord.

§ 1 Obligation de prise en compte

L'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, établit qu'« il sera tenu compte » de la jurisprudence antérieure. Le sens de cette expression n'est pas clair. En effet, bien que le Tribunal fédéral tienne effectivement compte de la jurisprudence antérieure, il ne s'est jamais prononcé sur la portée de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase²⁸². Les parties sont-elles libres de prendre ou non en considération la jurisprudence de la CJCE ? Des sanctions sont-elles prévues à l'encontre des parties contractantes qui omettraient, voire refuseraient de tenir compte de cette jurisprudence ? Une interprétation de cette formulation – en vertu des principes consacrés par la Convention de Vienne sur les traités²⁸³ – s'avère dès lors nécessaire.

En premier lieu, selon une interprétation littérale²⁸⁴ des termes « il sera tenu compte », l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, prévoit une obligation pour les parties contractantes de prendre en compte la jurisprudence antérieure à la date de la signature. En effet, la forme passive utilisée à la 3^{ème} personne constitue une véritable injonction à laquelle les parties n'ont pas la possibilité de se soustraire. L'analyse du texte allemand nous conforte dans cette interprétation. L'expression « wird berücksichtigt » est moins forte que les expressions « wird übernommen » ou « wird befolgt » – selon lesquelles une reprise telle quelle de la jurisprudence communautaire serait envisagée –, mais ne constitue toutefois pas une simple disposition potestative. Elle ne crée pas uniquement une faculté de prendre en compte

²⁸² Voir par exemple ATF 128 I 280 (282), JT 2004 I p. 2 ; ATF 129 II 215 (222) ; ATF 129 II 249 (259), JT 2005 I p. 359 ; ATF 130 II 176 (179 ss).

²⁸³ Cf. art. 31 de la Convention de Vienne.

²⁸⁴ Il est important de mentionner que, en vertu de l'Accord et de ses Protocoles I et II, les textes allemand, anglais, bulgare, danois, espagnol, estonien, finnois, français, grec, hongrois, italien, letton, lituanien, néerlandais, polonais, portugais, roumain, slovène, slovaque, suédois et tchèque font foi.

la jurisprudence de la CJCE, sa forme passive lui attribue un caractère contraignant²⁸⁵.

En deuxième lieu, selon le Message relatif à l'approbation des accords sectoriels – qui ne constitue, certes, qu'un moyen complémentaire d'interprétation²⁸⁶ –, « lorsque le droit communautaire est concerné, les tribunaux suisses *devront*²⁸⁷ tenir compte de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes antérieure à la date de signature »²⁸⁸. Ainsi, le Message semble également nous éclairer sur le sens à donner à cet article. Selon nous, il est possible de déduire de l'utilisation du verbe « devoir » le caractère obligatoire de cette disposition.

Si l'on soumet ensuite cette disposition à une interprétation téléologique, les mêmes conclusions concernant le caractère contraignant de l'expression s'imposent. En effet, il ressort du Préambule – selon lequel les parties contractantes ont pour but de réaliser la libre circulation des personnes entre elles « en s'appuyant sur les dispositions en application dans la Communauté européenne » –, ainsi que de l'article 16 al. 1 ALCP – qui précise que « pour atteindre les objectifs visés par le présent accord, les parties contractantes prendront toutes les mesures nécessaires pour que les droits et obligations équivalant à ceux contenus dans les actes juridiques de la Communauté européenne auxquels il est fait référence trouvent application dans leurs relations » –, que les parties contractantes ont pour objectif de garantir un certain parallélisme entre leurs ordres juridiques²⁸⁹. Un tel but ne peut être atteint qu'à la condition que l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, constitue une véritable obligation et non pas une simple faculté²⁹⁰.

Une analyse des 2^{ème} et 3^{ème} phrases de l'article 16 al. 2 ALCP confirme également le caractère impératif des termes « il sera tenu compte ». En effet, elles instituent une procédure permettant de garantir une application uniforme de l'Accord : la jurisprudence postérieure doit être communiquée à la Suisse et le comité mixte peut être appelé à déterminer les impli-

²⁸⁵ COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, 2004, p. 381.

²⁸⁶ Cf. art. 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

²⁸⁷ Nous soulignons.

²⁸⁸ Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p. 5625.

²⁸⁹ TF, arrêt du 29 septembre 2009, 2C_196/2009 (c. 3.4) publication prévue.

²⁹⁰ EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 6 ainsi que, de la même auteure, *Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit*, 2005, p. 50.

cations de cette jurisprudence. L'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ne prévoyant pas de tel mécanisme, il est possible d'en déduire une véritable obligation envers les parties contractantes de prendre en compte la jurisprudence antérieure²⁹¹.

En ce qui concerne enfin l'interprétation des termes « tenir compte », il ressort clairement de la jurisprudence du Tribunal fédéral que celui-ci leur attribue le sens du verbe « respecter »²⁹². Nous sommes d'avis qu'une telle interprétation correspond au but de l'Accord et doit donc être suivie.

Au vu des considérations qui précèdent, il résulte de l'interprétation de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP une *obligation* pour les parties contractantes de *respecter* la jurisprudence de la CJCE antérieure à la date de signature de l'Accord²⁹³. La jurisprudence antérieure constitue ainsi une véritable source du droit.

Il convient encore de noter que, au cas où cette obligation ne serait pas observée par les autorités d'application suisses, un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral serait ouvert en dernière instance. En effet, selon l'article 95 let. b LTF²⁹⁴, le recours en matière de droit public peut être formé pour violation du droit international. A supposer enfin que le Tribunal fédéral contrevienne à son obligation, aucun système de sanctions n'est prévu par l'Accord. Seule la procédure de règlement des différends prévue à l'article 19 ALCP peut trouver application.

§ 2 Notions de droit communautaire

La jurisprudence de la CJCE doit être prise en compte uniquement « dans le mesure où l'application du présent accord implique des notions de droit communautaire » (art. 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP). Il est donc nécessaire

²⁹¹ COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, 2004, p. 382.

²⁹² Voir par exemple ATF 128 I 280 (282), JT 2004 I p. 2 ; ATF 129 II 215 (222) ; ATF 130 II 176 (179 ss).

²⁹³ Dans le même sens, EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 6 ainsi que, de la même auteure, *Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit*, 2005, p. 70 et 2009, p. 26 ; LEUZINGER-NAEF, 2003, p. 201. Contra : COTTIER/DIEBOLD, 2009, p. 14-15.

²⁹⁴ Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005, RS 173.110.

de déterminer quelles notions doivent être qualifiées de « droit communautaire ».

Il est aisé d'identifier les dispositions de l'Accord impliquant des notions de droit communautaire lorsqu'elles reprennent littéralement et sans indications contraires²⁹⁵ des dispositions communautaires ou lorsqu'elles renvoient à des actes communautaires²⁹⁶. L'identification des normes restantes est, quant à elle, plus complexe ; une analyse de chaque disposition s'avère indispensable. Pour ce faire, il convient de prendre en considération le but de l'Accord²⁹⁷ – à savoir la garantie d'un certain parallélisme entre les ordres juridiques des parties contractantes « en s'appuyant sur les dispositions en application dans la Communauté européenne »²⁹⁸ –, mais également de déterminer dans quelle mesure les différences de formulation ont précisément pour fonction de se distancier de la pratique européenne²⁹⁹. Vu la volonté des parties contractantes de garantir des droits et obligations identiques en matière de libre circulation des personnes, il semble toutefois justifié d'admettre le principe selon lequel il faut tenir compte de la jurisprudence communautaire lors de l'interprétation des dispositions de l'ALCP et s'en écarter uniquement lorsque l'Accord le prévoit expressément³⁰⁰. Tel est notamment le cas lorsque la CJCE applique la notion de citoyenneté européenne : cette notion faisant défaut dans l'ALCP, « les arrêts de la Cour de justice s'y référant ne doivent donc être

²⁹⁵ Par exemple l'article 9 reprend littéralement les articles 7, 8 et 9 du règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté (JO n° L 257, 1968, p. 2).

²⁹⁶ Voir par exemple l'article 5 al. 2 Annexe I-ALCP qui renvoie aux directives 64/221/CEE (JO n° 56, 1964, p. 850), 72/194/CEE (JO n° L 121, 1972, p. 32) et 75/35/CEE (JO n° L 14, 1975, p. 14). Voir également ATF 130 II 113 (119) « Du moment que l'article 3 al. 1, al. 2 et al. 5 annexe I ALCP est calqué sur les articles 10 et 11 du règlement (CEE) n° 1612/68, son interprétation doit se faire en tenant compte de la jurisprudence antérieure au 21 juin 1999 qui a été rendue en la matière par la Cour de justice » ; COTTIER/DIEBOLD, 2009, p. 14 ; EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 7 ; FILIPESCU CHALANÇON, 2004, p. 476.

²⁹⁷ Les buts sont mentionnés dans le Préambule de l'Accord ainsi qu'à l'article 16 al. 1 ALCP. Cf. Partie I, Chapitre V, Section 1, § 1.

²⁹⁸ EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 7.

²⁹⁹ EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 7.

³⁰⁰ EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 8-9 ainsi que, de la même auteure, *Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit*, 2005, p. 50-51 et *Ausländerklauseln*, 2008, p. 10 ; EPINEY/ZBINDEN, 2009, p. 11 ; SPESCHA, *Metock*, 2008, p. 1433 ; TOBLER/MARITZ, 2009, p. 339.

utilisés qu'avec circonspection par le juge suisse (cf. art. 16 al. 2 *a contrario*), même ceux concernant la libre circulation des personnes »³⁰¹.

A titre d'exemple, on notera que l'interdiction de discrimination prévue par l'article 2 ALCP ne reprend pas littéralement la disposition communautaire y relative, ni ne renvoie à des actes communautaires. Une interprétation s'avère dès lors nécessaire afin de déterminer si elle institue ou non une « notion de droit communautaire ». Selon le Tribunal fédéral, l'article 2 ALCP correspond en grande partie à l'article 12 al. 1 TCE – qui est concrétisé par les articles 39 et 43 TCE³⁰². Ainsi, le principe d'interdiction des discriminations en raison de la nationalité peut être qualifié de « notion de droit communautaire » et la jurisprudence communautaire correspondante doit être prise en compte³⁰³. Le texte de l'article 2 ALCP se distingue toutefois du texte de l'article 12 al. 1 TCE en ce qui concerne son champ d'application matériel³⁰⁴. En effet, selon l'article 2 ALCP, les ressortissants des parties contractantes ne doivent pas être discriminés en raison de leur nationalité « dans l'application et conformément aux dispositions des annexes I, II et III », alors que, selon l'article 12 al. 1 TCE, toute discrimination exercée en raison de la nationalité est interdite « dans le domaine d'application du présent traité ». Il conviendra donc d'examiner si la jurisprudence de la CJCE relative au champ d'application de l'article 12 al. 1 TCE doit être prise en compte. Une analyse approfondie sera effectuée dans le cadre de la Partie II, Chapitre IV.

³⁰¹ ATF 130 II 113 (121). Cf. Partie I, Chapitre VII, Section 2, § 2.

³⁰² « Art. 2 FZA entspricht insofern weitgehend Art. 12 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft » [ATF 130 I 26 (35), JT 2005 I p. 143].

³⁰³ EPINEY, *Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit*, 2005, p. 65 ainsi que, de la même auteure, 2009, p. 27-28 ; HANGARTNER, *Freizügigkeitsabkommen*, 2003, p. 258. Il en va notamment de même des notions de travailleur salarié (cf. Partie II, Chapitre IV, Section 4, § 3, II., A), de travailleur indépendant (cf. Partie II, Chapitre IV, Section 4, § 3, II., B), de prestataire de services (cf. Partie II, Chapitre IV, Section 4, § 3, II., C) ou d'exercice de la puissance publique (cf. Partie II, Chapitre VI, Section 2).

³⁰⁴ EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 13 ainsi que, de la même auteure, *Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit*, 2005, p. 65.

Section 2 Distinction entre jurisprudence antérieure et postérieure

L'article 16 al. 2 ALCP établit une distinction entre la jurisprudence antérieure et postérieure à la date de signature de l'Accord. Comme nous l'avons vu ci-dessus, la jurisprudence antérieure implique une obligation de prise en compte par les parties contractantes. La jurisprudence postérieure doit, quant à elle, être communiquée à la Suisse, le comité mixte se chargeant, sur demande d'une partie contractante, de déterminer ses implications. Reste ainsi la question de savoir sur quels critères se base la distinction prévue par l'article 16 al. 2 ALCP.

Le critère essentiel est bien évidemment la date. Tous les arrêts de la CJCE rendus jusqu'au 21 juin 1999 constituent une jurisprudence antérieure et sont donc soumis à l'obligation prévue par la 1^{ère} phrase de l'article 16 al. 2 ALCP³⁰⁵.

Qu'en est-il des arrêts rendus après la date de conclusion de l'Accord ? Font-ils l'objet d'un régime unique, ou des distinctions entre les arrêts de la CJCE rendus après la date de signature de l'Accord doivent-elles être envisagées ?

C'est dans l'intention d'éviter une reprise automatique du droit communautaire que la distinction entre jurisprudence d'avant et d'après la signature a été prévue³⁰⁶. Contrairement au Traité instituant l'Union européenne ou au Traité sur l'espace économique européen, l'ALCP ne constitue pas un accord d'intégration. Les renvois au droit communautaire prévus par l'Accord sont *statiques* et non *dynamiques*, ils font référence aux actes dans leur version au 21 juin 1999³⁰⁷. Toute évolution du contenu de l'ALCP doit avoir lieu selon les procédures instituées par l'Accord³⁰⁸.

Au vu de ce qui précède, la tentation est grande de se contenter de la distinction prévue expressément par l'Accord entre jurisprudence antérieure et postérieure – la volonté des parties étant de limiter l'obligation de prise

³⁰⁵ EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 16.

³⁰⁶ EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 15.

³⁰⁷ BREITENMOSER, 2003, p. 1159 ; BREITENMOSER/ISLER, 2002, p. 1012 ; COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, 2004, p. 381 ; EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 15 ; FELDER/GRESCH/ET AL., 2004, p. 425 ; KÄLIN, 2002, p. 17.

³⁰⁸ EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 15.

en compte à la jurisprudence dans son état au 21 juin 1999 et d'éviter le danger de se voir liées à une pratique communautaire contre leur gré.

Une telle conclusion nous semble toutefois quelque peu hâtive. Des distinctions doivent être prévues au sein même de la jurisprudence postérieure à la date de signature³⁰⁹. En effet, si l'on analyse la jurisprudence de la CJCE, il y a lieu de constater que certains arrêts, bien que rendus après la date de signature des accords, ne font que préciser une jurisprudence antérieure³¹⁰. Puisqu'ils se contentent de clarifier une ancienne pratique, ces arrêts ne constituent pas, pour les parties contractantes, un risque d'atteinte à leur pouvoir d'appréciation³¹¹. D'autres arrêts ont, quant à eux, pour objet d'offrir de nouveaux critères d'interprétation ou de renverser une pratique existante³¹². Ils participent dès lors à l'évolution du droit communautaire et peuvent menacer l'indépendance des parties contractantes. Par conséquent, bien que l'ensemble de ces arrêts constituent des arrêts postérieurs à la date de signature de l'Accord selon l'article 16 al. 2, 2^{ème} phrase, ALCP, il est légitime, selon nous, de les soumettre à un régime distinct³¹³.

Il faut toutefois noter que la CJCE, contrairement au TF, ne précise que rarement si elle se limite à préciser une ancienne jurisprudence ou si elle développe de nouveaux principes³¹⁴. Il est dès lors nécessaire – afin de garantir la sécurité du droit – de développer des principes généraux permettant d'effectuer la distinction³¹⁵. Ainsi, il se justifie d'admettre que l'on est en présence d'une jurisprudence postérieure se contentant de préciser un arrêt précédent, lorsque la CJCE répète, confirme, affine, détaille ou clarifie des principes connus ou lorsqu'elle applique ces principes à des

³⁰⁹ Dans le même sens, EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 16.

³¹⁰ EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 16 ; HAILBRONNER, 2003, p. 52 ; TOBLER, 2006, § 29.

³¹¹ EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 16.

³¹² IMHOF, *Auslegungsmethode – Teil 1*, 2007, p. 166.

³¹³ La jurisprudence récente du Tribunal fédéral semble aller dans le même sens [ATF 132 V 423 (436-437 et 439-440 concernant cet arrêt, IMHOF, *Auslegungsmethode – Teil 2*, 2007, p. 225 ss) et ATF 134 V 428 (434)]. Cf. 0.

³¹⁴ BENESCH, 2007, p. 103 ; BREITENMOSER, 2003, p. 1164 ; BREITENMOSER/ISLER, 2002, p. 1013 ; KAHIL-WOLFF/MOSTERS, 2001, p. 7.

³¹⁵ Il n'est pas possible de prévoir des conditions précises propres à garantir la distinction ; celle-ci doit se faire au cas par cas (EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2004, p. 87).

cas semblables à d'autres survenus avant le 21 juin 1999³¹⁶. A l'inverse, lorsque la Cour de justice renverse une ancienne jurisprudence ou développe de nouveaux principes, ses arrêts constituent une jurisprudence postérieure participant à l'évolution du droit communautaire³¹⁷.

La notion de jurisprudence postérieure à la date de signature de l'Accord ayant été définie, il convient enfin d'examiner le rôle que celle-ci doit jouer dans le cadre de l'ALCP.

Section 3 Jurisprudence postérieure à la date de signature

§ 1 Jurisprudence du Tribunal fédéral

Selon l'Accord, les arrêts postérieurs à 1999 devront être communiqués à la Suisse et il appartiendra au comité mixte de déterminer leurs implications (art. 16 al. 2, 2^{ème} et 3^{ème} phrases, ALCP).

Une analyse des arrêts du Tribunal fédéral se référant à cette disposition ne nous permet pas de clarifier parfaitement sa portée. En effet, bien que le Tribunal fédéral tienne compte, à plusieurs reprises, de la jurisprudence postérieure de la Cour de justice, il ne précise pas à quelles conditions celle-ci doit ou peut être prise en considération. Ainsi, dans certains arrêts, il se contente de répéter l'article 16 al. 2 ALCP³¹⁸. Dans d'autres, il précise que les arrêts de la Cour postérieurs à la date de signature peuvent être pris en compte, « surtout s'ils ne font que préciser une jurisprudence antérieure »³¹⁹. Parfois, il ajoute que cette prise en compte n'est pas contrai-

³¹⁶ EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 17 ; ainsi que, de la même auteure, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 6 ; *Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit*, 2005, p. 71 ; EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2004, p. 117 ; KAHIL-WOLFF/MOSTERS, 2001, p. 7.

³¹⁷ Pour des exemples, voir EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 17 ss ; EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2005, p. 41 ss ainsi que, des mêmes auteurs, 2004, p. 85 ss.

³¹⁸ Voir notamment ATF 132 II 135 (138-139) ; ATF 132 II 184 (189-190) ; TF, arrêt du 17 février 2006, H 289/03 (c. 4.2.2).

³¹⁹ Voir notamment ATF 130 II 113 (119-120) confirmé par ATF 131 II 339 (345) ; ATF 132 V 53 (56), ATF 133 V 265 (269) ; ATF 133 V 624 (631).

gnante³²⁰. Il arrive également qu'il se réfère à des arrêts postérieurs sans soulever la question de la portée de l'article 16 al. 2, 2^{ème} et 3^{ème} phrases³²¹, ou qu'il se réfère à la date de l'entrée en vigueur de l'Accord au lieu de la date de sa signature³²². Dans sa jurisprudence récente, le Tribunal fédéral semble toutefois avoir adopté une ligne de conduite plus claire. En effet, dans le cadre de deux affaires, il a expressément admis que la jurisprudence de la Cour rendue après la date de signature de l'Accord ne constitue pas une jurisprudence postérieure au sens de l'article 16 al. 2, 2^{ème} et 3^{ème} phrases, ALCP lorsqu'elle se contente de répéter des principes connus et n'applique pas de nouveaux éléments à un cas similaire. La question du sort à réserver à la jurisprudence rendue après la date de signature et n'entrant pas dans le champ d'application de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP continue toutefois à rester controversée³²³.

A cet égard, il y a lieu de mentionner quatre arrêts rendus en matière de regroupement familial³²⁴. Dans le premier arrêt³²⁵, le Tribunal fédéral a noté que la question litigieuse n'avait pas fait l'objet d'une décision de la Cour avant le 21 juin 1999. Il a ajouté ne pas être lié par la jurisprudence postérieure, notamment l'arrêt *Akrich*³²⁶, mais a précisé qu'il était libre de la prendre en compte, ce qu'il a fait dans le cas concret. Dans le deuxième arrêt³²⁷, après avoir rappelé sa jurisprudence développée sur la base de l'arrêt *Akrich*, le Tribunal fédéral a mentionné l'arrêt *Jia*³²⁸ de la Cour de justice – qui relativise sensiblement la jurisprudence *Akrich*. Il a toutefois renoncé à le prendre en considération pour quatre raisons. Il a jugé, en premier lieu, que cette jurisprudence n'est pas suffisamment claire et qu'il

³²⁰ TF, arrêt du 5 mars 2004, 2A. 425/2003 (c. 3.4); TF, arrêt du 9 juillet 2008, 2C_303/2008 (c. 4.2).

³²¹ Cf. notamment TF, arrêt du 25 septembre 2003, 2A. 274/2003 (c. 3.4); ATF 131 V 390 (395 et 397); ATF 132 V 310 (319); ATF 133 V 265 (277).

³²² Voir notamment 134 II 10 (19).

³²³ ATF 132 V 423 (436-437 et 439-440 concernant cet arrêt, IMHOF, *Auslegungsmethode – Teil 2*, 2007, p. 225 ss) et ATF 134 V 428 (434).

³²⁴ Sur ce point, voir également EPINEY, *Familiennachzug*, 2008, p. 853 ss.

³²⁵ ATF 130 II 1 (9-10) confirmé notamment par ATF 130 II 137 (147-148); TF, arrêt du 2 mars 2004, 2A. 579/2003 (c. 2.2.2); TF, arrêt du 23 avril, 2004 2A. 114/2003 (c. 3.2); TF, arrêt du 25 mai 2005, 2A. 475/2004 (c. 2.1). Pour une analyse détaillée de la position adoptée par le Tribunal fédéral concernant la jurisprudence *Akrich*, cf. MOCK/FILLIEZ, 2006, p. 237 ss.

³²⁶ CJCE, arrêt du 23 septembre 2003, aff. C-109/01, *Akrich*, Rec. 2003, p. I-9607.

³²⁷ ATF 134 II 10. Sur cet arrêt, cf. EPINEY/CIVITELLA, *Rechtsprechung*, 2008, p. 233 ss.

³²⁸ CJCE, arrêt du 9 janvier 2007, aff. C-1/05, *Jia*, Rec. 2007, p. I-1.

n'est pas certain qu'elle relègue la jurisprudence *Akrich* au rang d'arrêt d'espèce. Il a précisé, en deuxième lieu, que les arrêts *Akrich* et *Jia* sont tous deux postérieurs à l'entrée en vigueur de l'Accord et qu'il n'est dès lors pas tenu de les prendre en considération. « Il n'a d'ailleurs fait que se référer à l'arrêt *Akrich* dans la cause publiée aux ATF 130 II 1. Et la même réserve vaut évidemment pour les prochaines décisions que rendra la Cour de justice en la matière »³²⁹. Après avoir souligné qu'une telle pratique correspond à la finalité de l'article 3 Annexe I-ALCP, il a considéré qu'elle permet d'éviter des situations de discrimination à rebours, ce d'autant plus que le législateur a modifié l'article 42 al. 2 LEtr afin de prendre en compte la jurisprudence *Akrich*. Dans le troisième arrêt³³⁰, le Tribunal fédéral a fait référence à l'affaire *Metock*³³¹ – qui confirme la volonté de la Cour de reléguer la jurisprudence *Akrich* à un arrêt d'espèce et de renoncer à la condition d'un séjour légal dans un Etat membre – et a jugé qu'il n'était « pas nécessaire en l'espèce d'examiner si ce revirement de jurisprudence est de nature à justifier un réexamen de l'ATF 134 II 10 »³³². A l'inverse, dans son quatrième arrêt³³³, le Tribunal fédéral a jugé que le revirement jurisprudentiel opéré par la Cour de justice dans le cadre de son arrêt *Metock* devait être pris en compte et qu'il se justifiait dès lors de renoncer à la condition du séjour légal telle qu'elle se déduit de l'arrêt *Akrich*. Pour arriver à cette conclusion, le Tribunal fédéral a commencé par rappeler que l'article 16 al. 2, 2^{ème} phrase, ALCP lui accorde le droit – et non l'obligation – de prendre en compte la jurisprudence postérieure dans le cadre de l'interprétation de l'Accord. Il a ensuite déduit du Préambule de l'Accord et de son article 16 al. 1 la volonté des Etats parties de

³²⁹ ATF 134 II 10 (19).

³³⁰ TF, arrêt du 4 décembre 2008, 2C_587/2008 (c. 2.1). Voir également TF, arrêt du 13 février 2009, 2C_35/2009 (c. 6.4) ; TF, arrêt du 24 mars 2009, 2C_607/2008 (c. 2) publication prévue.

³³¹ CJCE, arrêt du 25 juillet 2008, aff. C-127/08, *Metock*, Rec. 2008, p. I-6241, § 58, rendu sur la base de la directive n° 2004/38.

³³² L'ODM s'est également prononcé sur la question de la prise en compte de l'arrêt *Metock* dans sa directive du 20 octobre 2008. Selon lui, la Suisse n'est pas tenue de prendre en compte l'arrêt *Metock* car il a été rendu après la date de signature de l'Accord et se fonde sur la directive n° 2004/38 qui ne lie pas la Suisse. Il ajoute par ailleurs que la jurisprudence du Tribunal fédéral adoptée sur la base de l'arrêt *Akrich* a été confirmée par de nombreux arrêts et reprise par le Parlement à l'égard des citoyens suisses (cf. art. 42 al. 2 LEtr). Pour ces différentes raisons, l'ODM considère que la jurisprudence *Metock* ne doit pas être prise en compte par la Suisse.

³³³ TF, arrêt du 29 septembre 2009, 2C_196/2009 (c. 3) publication prévue.

garantir un certain parallélisme entre l'ordre juridique communautaire et l'ordre juridique institué par l'ALCP. Relevant en outre que l'absence de prise en compte de la jurisprudence postérieure nuit à ce but de parallélisme, il a jugé que les arrêts de la Cour de justice rendus après la date de signature de l'Accord doivent être pris en compte, à moins que des motifs pertinents ne s'y opposent. A cet égard, le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'était pas admissible d'invoquer la législation nationale – en particulier l'article 42 al. 2 LETr – pour refuser la prise en compte de la jurisprudence communautaire. Le Tribunal fédéral a enfin souligné que, bien que la Cour de justice se soit fondée sur la directive n° 2004/38 pour modifier sa pratique, un tel revirement aurait également pu avoir lieu sur la base de la directive n° 1612/68, à laquelle l'ALCP fait référence.

S'il est vrai que ce dernier arrêt apporte des clarifications substantielles s'agissant de l'interprétation de l'article 16 al. 2, 2^{ème} phrase, ALCP, les arrêts rendus précédemment sont, quant à eux, critiquables en ce sens que le Tribunal fédéral semble opter pour une prise en compte sélective et arbitraire des arrêts de la Cour de justice rendus après la date de signature. Une telle approche nuit sans conteste au principe de la sécurité du droit – les justiciables n'étant pas en mesure de déterminer les implications des arrêts de la Cour de justice rendus après la date de signature de l'Accord –³³⁴, à la garantie de l'application effective de l'Accord ainsi qu'à l'objectif de parallélisme.

L'analyse développée par le Tribunal fédéral dans le cadre de son arrêt du 29 septembre 2009 n'ayant à ce jour pas été confirmée, il est nécessaire de soumettre l'article 16 al. 2, 2^{ème} phrase, ALCP à une interprétation afin de préciser sa portée.

Préalablement à l'analyse des arguments en faveur d'une obligation de prise en compte, il est important de relever que, selon les informations que nous avons pu obtenir auprès de l'Office fédéral des migrations, la procédure selon laquelle la jurisprudence postérieure doit être formellement communiquée à la Suisse (art. 16 al. 2, 2^{ème} phrase, ALCP), et selon laquelle le comité mixte bénéficie de la compétence de déterminer les implications d'une telle jurisprudence (art. 16 al. 2, 3^{ème} phrase, ALCP), est restée lettre morte en pratique.

³³⁴ Dans le même sens, EPINEY, *Familiennachzug*, 2008, p. 856 ainsi que, de la même auteure, 2009, p. 27 ; EPINEY/CIVITELLA, *Rechtsprechung*, 2008, p. 237.

Nous nous efforcerons donc d'examiner, dans un premier temps, dans quelle mesure la Suisse est liée par une jurisprudence postérieure se contentant de clarifier une ancienne pratique. Dans un deuxième temps, nous soumettrons au même examen la jurisprudence postérieure prévoyant une nouvelle pratique mais n'ayant pas fait l'objet d'une communication formelle au sens de l'article 16 al. 2, 2^{ème} et 3^{ème} phrases, ALCP³³⁵. Nous procéderons ensuite à l'analyse – certes théorique vu que l'article 16 al. 2, 2^{ème} et 3^{ème} phrases, ALCP n'a jamais été mis en œuvre en pratique – de la portée de la jurisprudence postérieure développant de nouveaux principes et ayant fait l'objet d'une communication formelle. Nous tenterons, enfin, de déterminer la valeur juridique à attribuer aux décisions du comité mixte.

§ 2 Obligation de prise en compte ?

L'évolution du droit communautaire est fortement influencée par la Cour de justice. Celle-ci permet de « contrebalancer la procédure lourde et très souvent gênante qui existe au niveau du Conseil et qui aboutit, soit à une paralysie, donc pas de décision, soit à une décision de compromis due à la nécessité d'avoir l'unanimité [...] »³³⁶. C'est pourquoi, la question de la place à attribuer aux nouveaux arrêts de la CJCE dans le cadre de l'ALCP est essentielle³³⁷.

I. Arguments en faveur d'une obligation de prise en compte

Pour être en mesure de répondre à cette question, plusieurs éléments doivent être pris en considération. En premier lieu, il convient une nouvelle fois de s'appuyer sur les objectifs de l'Accord formulés par le Préambule – selon lequel les parties contractantes ont pour but de réaliser la libre circulation des personnes entre elles « en s'appuyant sur les dispositions

³³⁵ Cette situation n'est pas réglementée par l'article 16 al. 2. Cette disposition se contente, en effet, de préciser la portée de la jurisprudence antérieure (art. 16 al. 2, 1^{ère} phrase) et de la jurisprudence postérieure ayant fait l'objet d'une communication formelle (art. 16 al. 2, 2^{ème} et 3^{ème} phrases).

³³⁶ EWEN, 2001, p. 320.

³³⁷ Sur ce point, voir en particulier EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 1 ss.

en application dans la Communauté européenne » –, ainsi que par l'article 16 al. 1 ALCP – qui précise que « pour atteindre les objectifs visés par le présent accord, les parties contractantes prendront toutes les mesures nécessaires pour que les droits et obligations équivalant à ceux contenus dans les actes juridiques de la Communauté européenne auxquels il est fait référence trouvent application dans leurs relations ». La volonté des parties contractantes de tendre à un parallélisme entre leurs ordres juridiques dans les domaines traités par l'Accord ressort clairement de ces dispositions³³⁸. Or pour atteindre un tel objectif, « il faut éviter que le texte uniforme soit érodé, au fil du temps, par des interprétations nationales divergentes »³³⁹. Seule une application uniforme des textes permet de réaliser le parallélisme auquel tend l'Accord³⁴⁰. Ainsi, de ce point de vue, les parties contractantes peuvent difficilement faire abstraction de la jurisprudence postérieure afin de réaliser cet objectif de parallélisme³⁴¹. A défaut d'une telle prise en compte, les ordres juridiques des parties évolueront de manière divergente, ce qui nuira à l'application de l'Accord³⁴².

En deuxième lieu, une analyse comparative du régime juridique appliqué par la CJCE à d'autres accords d'association conclus par la Communauté européenne nous apporte également une orientation sur la question. Selon la Cour de justice, il ne suffit pas de s'arrêter aux termes des accords d'association, il est nécessaire de les interpréter à la lumière de leurs objectifs³⁴³. Or lorsque les objectifs poursuivis par les accords d'association et par l'Union sont comparables, la pratique communautaire doit être prise

³³⁸ EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 24 ; EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2004, p. 117-118.

³³⁹ PROBST, 2004, p. 32-33.

³⁴⁰ EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2004, p. 87 ; STAUDER, 2004, p. 79.

³⁴¹ EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 24.

³⁴² FELDER, 2001, p. 128.

³⁴³ CJCE, avis du 14 décembre 1991, 1/91, Rec. 1991, p. I-6079, § 14. Voir également CJCE, arrêt du 9 février 1982, aff. 270/80, *Polydor e.a./Harlequin e.a.*, Rec. 1982, p. 329, § 14-21 ; CJCE, arrêt du 26 octobre 1982, aff. 104/81, *Hauptzollamt Mainz/C.A. Kupferberg*, Rec. 1982, p. 3641, § 29-31 ; CJCE, arrêt du 1^{er} juillet 1993, aff. C-312/91, *Metalsa*, Rec. 1993, p. I-3751, § 11-20 ; CJCE arrêt du 29 janvier 2002, aff. C-162/00, *Pokrzepowicz-Meyer*, Rec. Rec. 2002, p. I-1049, § 33 ; EPINEY, *Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit*, 2005, p. 47 ainsi que, de la même auteure, *Ausländerklauseln*, 2008, p. 8 et les références citées ; EPINEY/ZBINDEN, 2009, p. 8-9 ; PARLI, 2006, § 18.

en compte lors de l'interprétation de ces accords³⁴⁴. Ainsi, sous l'angle communautaire, lorsque l'ALCP poursuit des buts équivalant à ceux du droit communautaire, la jurisprudence de la CJCE correspondante doit être prise en considération.

Il est ensuite intéressant de nous pencher sur la pratique du Tribunal fédéral dans les domaines se caractérisant par une reprise autonome du droit communautaire³⁴⁵ et d'examiner si cette pratique peut nous aider à préciser le rôle que doit jouer la jurisprudence postérieure de la CJCE dans le cadre de l'ALCP³⁴⁶. Il ressort ainsi de plusieurs arrêts³⁴⁷ que les domaines caractérisés par une reprise autonome du droit communautaire doivent être interprétés, en cas de doute³⁴⁸, conformément au droit communautaire. De plus, dans son arrêt du 25 mars 2003³⁴⁹, le Tribunal fédéral a ajouté que, dans les domaines caractérisés par une reprise autonome, l'harmonisation ne doit pas se limiter au niveau législatif, mais doit également être réalisée lors de l'interprétation et l'application des dispositions. Selon lui, il ne suffit pas d'harmoniser la législation en vigueur, il faut également – lorsque la méthodologie appliquée dans l'ordre juridique

³⁴⁴ DELLI, 2009, p. 177 ss ; EPINEY, *Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit*, 2005, p. 48 ainsi que de la même auteure 2009, p. 26 et les références citées ; FUCHS/HÖLLER, 2005, p. 691, § 13-14 ; KADDOUS, 2001, p. 108.

³⁴⁵ Pour des exemples de reprise autonome du droit communautaire, voir PROBST, 2004, p. 20-21. Voir également KADDOUS, *L'influence du droit communautaire*, 2006, p. 408-409 ; STAUDER, 2004, p. 86 ss.

³⁴⁶ Nous sommes conscient que les principes d'interprétation des traités diffèrent des principes d'interprétation du droit interne. Il était toutefois intéressant, selon nous, de tenter une brève comparaison. Sur ce point, voir également EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 26.

³⁴⁷ Voir notamment ATF 125 II 293 (306) ; ATF 129 III 335, JT 2003 II p. 75 ; ATF 130 III 182 (190), SJ 2004 I p. 449.

³⁴⁸ Le sens à attribuer à cette condition n'est pas clair. Le Tribunal fédéral semble par ailleurs y avoir renoncé. En effet, dans son arrêt du 5 août 2005, il n'a pas fait référence à la notion de doute et s'est contenté de mentionner qu'il convenait « de prendre en considération » le droit communautaire lors de l'interprétation de l'article 333 CO [ATF 132 III 32 (37)]. Sur ce point, voir BIERI, 2007, p. 714. Voir également ATF 133 III 81 ; PIAGET, 2006, p. 732 ; PROBST, 2004, p. 39.

³⁴⁹ Qui traite de l'interprétation de l'article 333 al. 3 CO. Selon le Tribunal fédéral, si la reprise de l'entreprise est survenue à la suite de la faillite, le repreneur de l'entreprise ne répond pas des créances de salaires pendantes, qui étaient devenues exigibles avant la reprise (ATF 129 III 335, JT 2003 II p. 75).

national le permet³⁵⁰ – avoir à l'esprit la jurisprudence communautaire et les différentes évolutions du droit. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral insiste donc sur le but d'eurocompatibilité dans la durée³⁵¹. L'objectif du législateur « ne peut être atteint que si l'application des normes harmonisées et reprises repose sur les mêmes principes. En d'autres termes, l'eurocompatibilité du droit suisse, atteinte au moment de l'adoption du texte, doit être maintenue durant son application »³⁵². Reste toutefois à déterminer si cette pratique du Tribunal fédéral peut être prise en compte, afin de préciser le rôle que doit jouer la jurisprudence postérieure de la CJCE dans le cadre de l'ALCP. A notre sens, il est possible d'en tirer un enseignement. En effet, ces arrêts ont été rendus dans des domaines caractérisés par une reprise autonome du droit communautaire. Or le but du mécanisme de la reprise autonome correspond à celui de l'ALCP³⁵³, à savoir garantir une certaine eurocompatibilité³⁵⁴. Et comme nous l'avons vu, le Tribunal fédéral a soumis ces domaines au principe de l'interprétation conforme au droit communautaire afin de réaliser cet objectif³⁵⁵. Il est dès lors légitime de se fonder sur cette pratique pour soutenir la thèse selon laquelle les parties contractantes doivent tenir compte de la jurisprudence postérieure de la CJCE lors de l'interprétation des dispositions de l'ALCP.

L'analyse de ces arguments nous permet de préciser la portée de l'article 16 al. 2, 2^{ème} et 3^{ème} phrases, ALCP. En effet, selon nous, il ressort de l'analyse des buts de l'Accord, de l'examen de la pratique communautaire relative aux accords d'association ainsi que de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de reprise autonome du droit communautaire que les arrêts de la Cour de justice postérieurs à 1999 doivent être pris en compte³⁵⁶ lors de l'application des dispositions de l'ALCP. Une question reste toutefois à régler. Cette obligation de prise en compte s'applique-t-elle tant aux arrêts précisant une ancienne pratique qu'à ceux prévoyant

³⁵⁰ « soweit die binnenstaatlich zu beachtende Methodologie eine solche Angleichung zulässt ». Sur le sens à donner à cette réserve, voir BIERI, 2007, p. 710 ss ; PIAGET, 2006, p. 732 ; PROBST, 2004, p. 39.

³⁵¹ STAUDER, 2004, p. 79.

³⁵² STAUDER, 2004, p. 79.

³⁵³ COTTIER/DIEBOLD, 2009, p. 2.

³⁵⁴ PIAGET, 2006, p. 728.

³⁵⁵ PROBST, 2004, p. 26.

³⁵⁶ En ce qui concerne l'interprétation de ces termes, cf. Partie I, Chapitre V, Section 1, § 1.

une évolution du droit, ou faut-il prévoir une distinction entre ces deux types d'arrêts ?

II. Relativisation de l'obligation à l'égard des arrêts participant à l'évolution du droit communautaire

Deux éléments relativisent cette obligation de prise en considération. Il faut, en premier lieu, relever le caractère sectoriel de l'Accord. En refusant son adhésion non seulement à l'UE mais également à l'EEE, la Suisse a préféré une intégration partielle à une intégration totale³⁵⁷. Elle s'est opposée à une reprise automatique des évolutions jurisprudentielles émises par la Cour de justice³⁵⁸ afin de garantir l'indépendance des tribunaux suisses³⁵⁹. En second lieu, la distinction entre la jurisprudence antérieure et postérieure expressément prévue par l'Accord doit être relevée. Elle restreint également l'obligation de prise en compte de la jurisprudence postérieure. En effet, si telle était la volonté des parties, elles n'auraient pas prévu de procédure spéciale devant le comité mixte permettant de déterminer les implications d'une nouvelle jurisprudence, mais auraient traité de manière identique les jurisprudences d'avant et d'après 1999.

Au vu de ce qui précède, l'obligation de prise en compte de la jurisprudence postérieure se limite, selon nous, à la jurisprudence qui se contente de préciser une pratique antérieure³⁶⁰.

³⁵⁷ COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, 2004, p. 381-382 ; EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 27.

³⁵⁸ COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, 2004, p. 382.

³⁵⁹ KADDOUS, 2001, p. 102-103 ainsi que, de la même auteure, 2007, p. 535 et 2008, p. 162.

³⁶⁰ Cette obligation se fonde sur l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP ; la jurisprudence qui se contente de préciser une jurisprudence antérieure ne constituant pas une jurisprudence postérieure au sens de l'article 16 al. 2, 2^{ème} et 3^{ème} phrases, ALCP. ATF 132 V 423 (436-437 et 439-440 concernant cet arrêt, IMHOF, *Auslegungsmethode – Teil 2*, 2007, p. 225 ss) et ATF 134 V 428 (434) ; EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 25 ; PÄRLI, 2007, p. 28. Selon KADDOUS, « rien n'empêche les juridictions suisses de s'inspirer d'une jurisprudence postérieure de la Cour de justice, lorsqu'elles le jugent souhaitable » (KADDOUS, 2007, p. 536 ainsi que, de la même auteure, 2008, p. 162). Selon KAHIL-WOLFF, « le praticien s'appuiera [...] utilement sur un arrêt récent qui ne fait que clarifier, voire renforcer ce qui découle d'un jugement plus ancien » (KAHIL-WOLFF, 2006, p. 66). Selon MOCK/FILLIEZ, lorsque « les principes développés par la Cour constituent le prolon-

En effet, afin de respecter le refus des parties contractantes de poursuivre une intégration totale, leur volonté de garantir l'indépendance de nos juges nationaux et de prendre en compte la distinction prévue par l'article 16 al. 2 ALCP, la jurisprudence postérieure prévoyant une évolution du droit communautaire ne doit pas faire l'objet d'une telle obligation.

Lorsque cette jurisprudence n'a pas fait l'objet d'une communication formelle, nous sommes d'avis que les principes identifiés lors de l'analyse du mécanisme de la reprise autonome trouvent application par analogie. Les juridictions suisses doivent ainsi pouvoir – après avoir constaté qu'une jurisprudence postérieure de la Cour de justice participe au développement du droit communautaire – renoncer à suivre une telle jurisprudence³⁶¹. Au vu du but de l'Accord consacré par son Préambule ainsi que par son article 16 al. 1, une telle renonciation ne doit toutefois pas avoir lieu sans motif légitime³⁶².

Dans l'hypothèse, enfin, où la jurisprudence postérieure prévoyant une évolution du droit communautaire aurait été formellement communiquée à la Suisse³⁶³, les juridictions nationales doivent également pouvoir renoncer à suivre cette jurisprudence postérieure. Dans un tel cas, il appartient

gement d'une ligne de jurisprudence déjà connue au moment de la signature, par exemple les interprétations sur la notion de travailleur, [...] elles devraient [...] être qualifiées de pertinentes pour les juridictions suisses » (MOCK/FILLIEZ, 2006, p. 246).

³⁶¹ EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 27 ; MOCK/FILLIEZ, 2006, p. 246. A titre d'exemple, on peut citer l'arrêt de la CJCE du 13 novembre 2003, aff. C-313/01, *Morgenbesser*, Rec. 2003, p. I-13467. Cet arrêt se contentant de préciser une pratique antérieure, il doit être pris en compte en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP. A l'inverse, l'arrêt de la CJCE du 13 novembre 2003, aff. C-153/02, *Neri*, Rec. 2003, p. I-13555, appliquant des principes connus à des états de faits n'ayant jamais fait l'objet d'une réglementation, il ne fait pas l'objet d'une obligation de prise en compte au sens de cette disposition (EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2004, p. 114. Dans le même sens, KADDOUS/TOBLE, 2005, p. 628). Voir également l'arrêt du tribunal d'arrondissement Berne-Laupen VIII du 13 juin 2008, in : EPINEY, *Anmerkung*, 2008, p. 1237, selon lequel la jurisprudence postérieure doit être prise en compte tant qu'elle ne vise pas des principes contraires aux buts de l'Accord.

³⁶² EPINEY, *Ausländerklauseln*, 2008, p. 9 et les références citées ainsi que de la même auteure 2009, p. 27. Dans le même sens TF, arrêt du 29 septembre 2009, 2C_196/2009 (c. 3.4) publication prévue.

³⁶³ Selon les informations que nous avons obtenues de l'office fédéral des migrations, une telle situation ne s'est jamais réalisée en pratique.

alors au comité mixte de déterminer les implications de cette jurisprudence.

Reste donc à examiner la valeur juridique des décisions du comité mixte relatives aux implications d'une jurisprudence postérieure prévoyant une évolution du droit, et ayant été formellement communiquée à la Suisse.

§ 3 Comité mixte

Selon l'article 16 al. 2, 3^{ème} phrase, ALCP, en vue d'assurer le bon fonctionnement de l'Accord, le comité mixte déterminera, à la demande d'une partie contractante, les implications de la jurisprudence postérieure. Reste donc à examiner si les déterminations du comité mixte sont pourvues ou non d'une force contraignante³⁶⁴.

Selon l'article 14 al. 1 ALCP, le comité mixte « est responsable de la gestion et de la bonne application de l'accord. A cet effet, il formule des recommandations. Il prend des décisions dans les cas prévus [par] l'accord ». Le comité mixte a donc tant la compétence de formuler des recommandations – actes dépourvus de force contraignante – que de rendre des décisions – actes pourvus de la force contraignante. Cette disposition ne nous permet toutefois pas d'établir si les déterminations du comité mixte, au sens de l'article 16 al. 2, 3^{ème} phrase, constituent une recommandation ou une décision.

Certains auteurs accordent une place déterminante au principe de la séparation des pouvoirs. Ainsi, selon eux, le comité mixte étant un « organe de gestion de l'Accord » (art. 14 al. 1 ALCP), seules les autorités administratives des parties contractantes doivent respecter ses décisions³⁶⁵. Les tribunaux sont, quant à eux, libres de s'en écarter³⁶⁶. A notre sens, cet argument n'est pas convaincant. En effet, le principe de la séparation des pou-

³⁶⁴ Soulignons toutefois qu'à notre connaissance le comité mixte n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur les implications d'une jurisprudence postérieure.

³⁶⁵ JAAG, 2002, p. 55 ; JAAG/ZIHLMANN, 2007, p. 92, § 56 ; LUSTENBERGER, 2001, p. 77 ; SPIRA, 2001, p. 91.

³⁶⁶ Le TFA (qui a aujourd'hui fusionné avec le Tribunal fédéral) estimait également que « ce sera[it] à lui qu'il appartiendra[it] de déterminer si une jurisprudence communautaire est ou non pertinente dans un cas d'espèce » (Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p. 5489).

voirs s'applique essentiellement entre des organes de niveau identique. Or le comité mixte ne constitue pas une institution fédérale, mais supranationale. Il ne relève dès lors pas du même niveau que les tribunaux fédéraux.

Par ailleurs, l'analyse ne doit pas se limiter à l'examen du principe de la séparation des pouvoirs. D'autres considérations jouent également un rôle. Il convient ainsi de prendre en compte le but de la procédure devant le comité mixte qui est de garantir le bon fonctionnement de l'Accord³⁶⁷. Un tel objectif ne peut être atteint si les décisions du comité mixte ne sont pas contraignantes à l'égard des juridictions nationales. En effet, si les tribunaux étaient libres de prendre ou non en considération les déterminations du comité mixte, l'application uniforme de l'Accord ne serait pas garantie.

Si l'on examine la volonté des parties contractantes – qui se déduit du Préambule ainsi que de l'article 16 al. 1 ALCP – de garantir un certain parallélisme entre leurs ordres juridiques³⁶⁸, la même conclusion s'impose. L'absence de force contraignante nuirait à la réalisation de cet objectif.

La composition du comité mixte ainsi que la procédure de prise de décisions doivent par ailleurs également être prises en considération. Comme nous l'avons vu précédemment³⁶⁹, le comité mixte est formé de représentants de la Suisse et de l'Union. Les représentants votent en commun, sur instructions du Conseil fédéral ou de la Commission européenne, et les décisions du comité mixte sont prises à l'unanimité (art. 14 al. 1 ALCP)³⁷⁰. Ainsi, lorsque le comité, sur demande d'une des parties contractantes, doit examiner les implications d'une jurisprudence postérieure de la CJCE selon l'article 16 al. 2, 3^{ème} phrase, la Suisse participe directement à l'élaboration des déterminations et bénéficie d'un véritable droit de veto. Par conséquent, les tribunaux suisses ne doivent pas pouvoir s'écarter des déterminations du comité mixte auxquelles la Suisse a participé³⁷¹.

³⁶⁷ Selon l'article 16 al. 2, 3^{ème} phrase, c'est « en vue d'assurer le bon fonctionnement de l'accord » que le comité mixte détermine les implications d'une jurisprudence.

³⁶⁸ EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 23 ; LEUZINGER-NAEF, 2003, p. 201-202.

³⁶⁹ Cf. Partie I, Chapitre IV, Section 6.

³⁷⁰ JAAG, 2002, p. 50.

³⁷¹ Contra : COTTIER/DIEBOLD, 2009, p. 15.

Il convient ensuite de s'appuyer sur le Message du Conseil fédéral selon lequel « les arrêts ultérieurs de cette Cour seront communiqués au Comité mixte qui *décidera*³⁷², sur demande de l'une des parties contractantes, s'ils doivent être pris en compte par les instances suisses »³⁷³. A notre sens, il ressort de l'utilisation du verbe « décider » que le Conseil fédéral considère que les déterminations du comité mixte prises sur la base de l'article 16 al. 2, 3^{ème} phrase, ALCP bénéficient d'un caractère contraignant.

Il reste enfin à mentionner le pouvoir qu'a le comité mixte d'adapter les annexes II et III aux modifications du droit secondaire communautaire (art. 18, 2^{ème} phrase, ALCP). Selon nous, il est possible de déduire de cet article que les décisions du comité mixte relatives aux implications des arrêts de la Cour de justice doivent être dotées de la force contraignante. En effet, la compétence de rendre obligatoire la prise en compte d'un arrêt de la Cour de justice est comparable à celle de modifier les annexes. Il s'agit, dans les deux cas, d'une modification du champ d'application de l'Accord³⁷⁴.

En définitive, au vu de ces différents arguments, les décisions du comité mixte déterminant les implications d'une jurisprudence postérieure de la CJCE lient les parties contractantes³⁷⁵.

³⁷² Nous soulignons.

³⁷³ Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p. 5625. Selon la version allemande, « [Das Comité mixte] *entscheidet* dann auf Antrag einer Vertragspartei, ob das betreffende Urteil von den schweizerischen Gerichten bei ihrer Urteilsfindung zu berücksichtigen ist » (Botschaft vom 23. Juni 1999 zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG, BB 1999, S. 6128). Selon la version italienne, « Le sentenza successive di questa Corte sono comunicate al Comitato misto che *decide*, su domanda di una delle Parti contraenti, se queste devono essere prese in considerazione dai tribunali svizzeri » (Messaggio del 23 giugno 1999 concernente l'approvazione degli accordi settoriali tra la Svizzera et la CE, FF 1999, p. 5092).

³⁷⁴ EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 22. D'un avis moins tranché, COTTIER/DIEBOLD, 2009, p. 15.

³⁷⁵ Dans le même sens, EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 22-23. Contra : BENESCH, 2007, p. 104 et p. 220-221 ; COTTIER/DIEBOLD, 2009, p. 15.

Chapitre VI Libre circulation en vertu de l'ALCP au terme de la période transitoire

L'Accord vise à instaurer, au terme de la période transitoire, un régime de libre circulation calqué sur les dispositions en application dans l'Union européenne. Tant la libre circulation des travailleurs que la libre circulation des indépendants et de certaines catégories de non-actifs sont garanties. Une libéralisation partielle des prestations de services est par ailleurs instituée.

Section 1 Libre circulation des travailleurs

L'Accord garantit³⁷⁶, en premier lieu, la libre circulation des travailleurs salariés³⁷⁷. Ceux-ci bénéficient, en vertu de l'article 3 ALCP en combinaison avec l'article 1 al. 1 Annexe I-ALCP, d'un droit d'entrée sur le territoire des Etats parties à l'Accord sur simple présentation d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité. L'article 4 ALCP en relation avec l'article 2 al. 1 Annexe I-ALCP prévoit ensuite un droit de séjour sur le territoire d'une partie contractante leur permettant de chercher un emploi et d'exercer une activité. Lorsque le travailleur est engagé pour une période d'un an au moins, il bénéficie d'une autorisation de séjour d'une durée de cinq ans renouvelable automatiquement pour la même période (art. 6 al. 1 Annexe I-ALCP). Lorsque son engagement est supérieur à trois mois mais inférieur à une année, le travailleur se voit attribuer un titre de séjour d'une durée égale à celle de son contrat de travail (art. 6 al. 2 § 1 Annexe I-ALCP). Aucun titre de séjour n'est exigé lorsque la durée du contrat ne dépasse pas trois mois (art. 6 al. 2 § 2 Annexe I-ALCP). Les travailleurs salariés bénéficient par ailleurs, en vertu de

³⁷⁶ Sous réserve des périodes transitoires, cf. Partie I, Chapitre II, Section 3.

³⁷⁷ Soulignons par ailleurs que l'Accord vise également les travailleurs frontaliers salariés. En vertu de l'article 7 al. 1 Annexe I-ALCP, « le travailleur frontalier salarié est un ressortissant d'une partie contractante qui a sa résidence sur le territoire d'une partie contractante et qui exerce une activité salariée sur le territoire de l'autre partie contractante en retournant à son domicile en principe chaque jour, ou au moins une fois par semaine ». Cf. ATF 135 II 128 ; GROSSEN/DE PALÉZIEUX, 2002, p. 119-120 ; KLAUS, 2009, p. 855 ss, § 17.113 ss.

l'article 8 Annexe I-ALCP, de la mobilité géographique et professionnelle. Il leur est permis de modifier leur lieu de travail ou de séjour, de changer d'employeur, d'emploi ou de profession et de passer d'une activité salariée à une activité indépendante. Ils bénéficient enfin d'un droit de demeurer sur le territoire de l'Etat partie dans lequel ils ont exercé leur activité lucrative (art. 7 let. c ALCP et 4 Annexe I-ALCP)³⁷⁸.

Section 2 Libre circulation des indépendants

L'Accord vise, en deuxième lieu, les travailleurs indépendants³⁷⁹. A l'instar des travailleurs salariés, ceux-ci bénéficient, en vertu des articles 3 ALCP et 1 al. 1 Annexe I-ALCP, d'un droit d'entrée et, en vertu des articles 4 ALCP et 2 al. 1 Annexe I-ALCP, d'un droit de séjour et d'accès à une activité économique. A la condition de produire la preuve aux autorités nationales compétentes qu'ils sont établis ou désirent s'établir sur le territoire d'un Etat partie en vue d'exercer une activité non salariée, les indépendants reçoivent un titre de séjour d'une durée de cinq ans, prolongeable pour la même période (art. 12 al. 1 et 2 Annexe I-ALCP). Les indépendants bénéficient également de la mobilité géographique et professionnelle (art. 14 Annexe I-ALCP) ainsi que du droit de demeurer (art. 7 let. c ALCP et 4 Annexe I-ALCP)³⁸⁰.

³⁷⁸ Les modalités du droit de demeurer sont précisées par le règlement (CEE) n° 1251/70 (JO n° L 142, 1970, p. 24) et par la directive 75/34/CEE (JO n° L 14, 1975, p. 10) auxquels l'article 4 al. 2 Annexe I-ALCP fait référence.

³⁷⁹ L'Accord vise par ailleurs également les frontaliers indépendants qui sont définis par l'article 13 al. 1 Annexe I-ALCP : « le frontalier indépendant est un ressortissant d'une partie contractante qui a sa résidence sur le territoire d'une partie contractante et qui exerce une activité non salariée sur le territoire de l'autre partie contractante en retournant à son domicile en principe chaque jour, ou au moins une fois par semaine ». Cf. ATF 135 II 128 ; GROSSEN/DE PALÉZIEUX, 2002, p. 122-123.

³⁸⁰ Cf. note 378.

Section 3 Libre prestation de services

L'Accord garantit ensuite une libéralisation partielle du domaine des services³⁸¹. De même que dans l'UE, trois types de situations sont couvertes³⁸² : les situations dans lesquelles le prestataire de services se déplace dans l'Etat où est établi le destinataire [art. 5 al. 1 et 2 ALCP et 17 let. b, i), Annexe I-ALCP] ; celles dans lesquelles le destinataire se déplace dans l'Etat où est établi le prestataire (art. 5 al. 3 ALCP et 23 Annexe I-ALCP), et celles dans lesquelles seule la prestation de services traverse la frontière³⁸³. Tant les prestataires de services que les travailleurs qu'ils détachent et les destinataires de services bénéficient d'un droit d'entrée et de séjour (art. 5 al. 2 et 3 ALCP ; art. 1 al. 1, 2 al. 1 et 17 let. b Annexe I-ALCP). Les prestataires de services et les travailleurs qu'ils détachent bénéficient du droit de fournir des services pendant une durée inférieure ou égale à nonante jours de travail effectif par année civile sans titre de séjour (art. 5 al. 1 ALCP et 20 al. 1 Annexe I-ALCP). Leur séjour peut dépasser nonante jours si le prestataire bénéficie d'un droit de fournir un service en vertu d'un accord spécifique relatif à la prestation de services entre les parties contractantes (art. 5 al. 2 let. a ALCP) ou si une autorisation lui a été accordée par les autorités nationales compétentes (art. 5 al. 2 let. b ALCP). Dans ces deux cas, les prestataires et les travailleurs qu'ils détachent bénéficient d'un titre de séjour d'une durée égale à celle de la prestation (art. 20 al. 2 Annexe I-ALCP). La durée du séjour des destinataires de services n'est pas limitée³⁸⁴. Ceux-ci reçoivent un titre de séjour – d'une durée

³⁸¹ Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p. 5465.

³⁸² La notion de prestation de services s'inspire du droit communautaire et doit être interprétée à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice (BENESCH, 2007, p. 148 ; BEUL, 2006, p. 126 ; EPINEY, *Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit*, 2005, p. 60 ; EPINEY/GAMMENTHALER, 2008, p. 41 ; EPINEY/ZBINDEN, 2009, p. 13 ; MARITZ, 2001, p. 335). Voir également Partie II, Chapitre IV, Section 4, § 3, II., C.

³⁸³ CJCE, arrêt du 25 juillet 1991, aff. C-76/90, *Säger*, Rec. 1991, p. I-4221, § 13. Sur ce point, voir EPINEY, *Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit*, 2005, p. 61 ; EPINEY/ZBINDEN, 2009, p. 13 ; IKEN, 2003, p. 122 ; MARITZ, 2001, p. 339-340 ; TOBLER/MARITZ, 2009, p. 361-362. Contra : BECKER, 2001, p. 5-6 ; BENESCH, 2007, p. 150. A titre d'exemples, voir CJCE, arrêt du 30 avril 1974, aff. 155/73, *Sacchi*, Rec. 1974, p. 409, § 6 ; CJCE, arrêt du 24 octobre 1978, aff. 15/78, *Koestler*, Rec. 1978, p. 1971, § 2 ; CJCE, arrêt du 4 décembre 1986, aff. 205/84, *Commission/Allemagne*, Rec. 1986, p. 3755, § 2 ; CJCE, arrêt du 9 juillet 1997, aff. C-34/95, *De Agostini*, Rec. 1997, p. I-3843, § 48.

³⁸⁴ IKEN, 2003, p. 123.

égale à celle de la prestation – uniquement lorsque leur séjour dépasse trois mois (art. 23 al. 1 Annexe I-ALCP).

Préalablement à l'examen de la dernière catégorie de personnes visées par l'Accord, il y a lieu de mentionner la jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux prestations de services. Dans son arrêt 133 V 624³⁸⁵, le Tribunal fédéral a jugé – contrairement au Tribunal zurichois d'assurances sociales³⁸⁶ – que la jurisprudence communautaire traitant de la libre circulation de services passive en matière de traitement médical³⁸⁷ n'entre pas dans le champ d'application de l'Accord. Le Tribunal fédéral est arrivé à une telle conclusion en se fondant sur les arguments suivants. Il a commencé par relever que, contrairement au Traité CE, l'Accord n'a pas pour objectif de créer un marché commun. Les arrêts de la Cour de justice qui se fondent sur des concepts dépassant le cadre de l'Accord ne doivent dès lors pas être pris en considération. Il a ensuite considéré que, au vu des articles 1 let. b et 5 al. 2 et 3 ALCP, l'Accord se contente de régler l'entrée et le séjour des prestataires et destinataires de services. Une telle interprétation se déduit par ailleurs également, selon lui, de la déclaration commune des parties contractantes relative à la libéralisation générale de la prestation de services figurant dans l'Acte final de l'Accord³⁸⁸. Le Tri-

³⁸⁵ ATF 133 V 624 (631 ss) confirmé in : TF, arrêt du 12 mars 2008, I 601/06 (c. 6) ; TF, arrêt du 30 décembre 2008, 9C_479/2008 (c. 6.2). Cf. analyse in : EPINEY/MOSTERS, 2008 p. 82-83. Dans le même sens, réponse du Conseil fédéral à une question du Conseiller national J. Alexander Baumann du 2 juin 2005, in : 05.1055, Bulletin officiel du Conseil national 2005, session d'automne, 17^{ème} séance.

³⁸⁶ Cf. arrêt du Tribunal d'assurances sociales du canton de Zurich du 19 février 2004, n° IV.2003.00221, c. 6. Voir également les arrêts du Tribunal d'assurances sociales du canton de Zurich du 16 mai 2006, n° KV.2005.00058, c. 8-9 et du 22 janvier 2007, n° IV.2005.00827. Sur ces arrêts : TOBLER/MARITZ, 2009, p. 352 ss.

³⁸⁷ La Cour a admis le droit à un traitement médical dans un autre Etat membre sans autorisation préalable. Voir notamment les arrêts cités par le Tribunal fédéral : CJCE, arrêt du 28 avril 1998, aff. C-158/96, *Kohll*, Rec. 1998, p. I-1931, § 29 ; CJCE, arrêt du 12 juillet 2001, aff. C-157/99, *Smits et Peerbooms*, Rec. 2001, p. I-5473, § 53 ; CJCE, arrêt du 13 mai 2003, aff. C-385/99, *Müller-Fauré*, Rec. 2003, p. I-4509, § 38 ; CJCE, arrêt du 18 mars 2004, aff. C-8/02, *Leichtle*, Rec. 2004, p. I-2641, § 51 ; CJCE, arrêt du 16 mai 2006, aff. C-372/04, *Watts*, Rec. 2006, p. I-4325, § 86. Voir également CJCE, arrêt du 19 avril 2007, aff. C-444/05, *Stamatelaki*, Rec. 2007, p. I-3185, § 38 et son analyse in : EPINEY/MOSTERS, 2008 p. 81-82. Il y a par ailleurs lieu de mentionner la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, COM (2008) 414 final, 2008/0142 (COD).

³⁸⁸ Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p. 6397.

bunal fédéral a enfin souligné que la jurisprudence communautaire a pour objectif la réalisation d'une « Europe des patients ». Or l'Accord ne poursuit pas un tel but. En effet, selon le Tribunal fédéral, il est possible de déduire du texte de l'Accord – qui met avant tout l'accent sur le droit au séjour des prestataires et des destinataires de services³⁸⁹ – que celui-ci vise uniquement la simplification des modalités relatives à la prestation de services.

A l'instar d'EPINEY/MOSTERS, nous sommes d'avis qu'une telle interprétation ne correspond ni à l'économie, ni aux buts de l'Accord³⁹⁰. En effet, s'il est vrai que les articles 39, 43 et 49 TCE n'ont pas été transposés littéralement dans l'Accord, il y a toutefois lieu d'admettre que les droits qu'ils garantissent se déduisent des différentes dispositions de l'ALCP relatives à l'entrée, au séjour, à l'exercice d'une activité économique et à l'interdiction des discriminations³⁹¹. Or il ressort de l'article 16 al. 1 ALCP que les Etats parties sont prêts à prendre « toutes les mesures nécessaires pour que les droits et obligations équivalant à ceux contenus dans les actes juridiques de la Communauté européenne auxquels il est fait référence trouvent application »³⁹². L'article 16 al. 2 ALCP prévoit par ailleurs qu'il sera tenu compte de la jurisprudence de la Cour de justice antérieure à la date de signature de l'ALCP lorsque l'application de l'Accord implique des notions de droit communautaire³⁹³. A cet égard, la jurisprudence communautaire dont il est question ayant été développée avant la signature de l'ALCP et la libre prestation des services constituant une notion de droit communautaire, le Tribunal fédéral aurait dû, de même que le Tribunal zurichois des assurances sociales, prendre en compte la jurisprudence communautaire précitée. Une telle interprétation corres-

³⁸⁹ « Nach dem Wortlaut des FZA wird das Schwergewicht auf die Regelung des Aufenthalts eines Dienstleistungserbringers oder -empfängers gelegt » [TF, arrêt du 12 mars 2008, I 601/06 (c. 6.6.5)].

³⁹⁰ EPINEY/MOSTERS, 2008, p. 82-83. Voir également BUCHER, *droit aux soins*, 2007, p. 114-115, § 64 et les nombreuses références citées ; EPINEY/ZBINDEN, 2009, p. 15-16 ; GROSSEN/DE PALÉZIEUX, 2002, p. 126 ; IMHOF, *Auslegungsmethode – Teil 2*, 2007, p. 220 ss ; MARITZ, 2001, p. 343 ; TOBLER, 2008, p. 31-33 et les références citées ; TOBLER/MARITZ, 2009, p. 354 ss. D'un avis contraire, KAHIL-WOLFF, 2002, p. 60-61, note 6 ainsi que, de la même auteure, 2004, p. 580.

³⁹¹ EPINEY/MOSTERS, 2008 p. 82. Voir notamment les articles 1 let. a, b et d, 2-5 et 7 let. a ALCP ainsi que les articles 1, 2, 6 ss (travailleurs salariés), 12 ss (indépendants) et 17 ss (prestations de services) Annexe I-ALCP.

³⁹² Cf. EPINEY/MOSTERS, 2008 p. 83.

³⁹³ Sur ce point, cf. Partie I, Chapitre V.

pond, à notre sens, à l'objectif formulé dans le cadre du Préambule de l'Accord selon lequel les Etats contractants sont « décidés à réaliser la libre circulation des personnes entre eux en s'appuyant sur les dispositions en application dans la Communauté européenne »³⁹⁴.

Section 4 Libre circulation des non-actifs

L'Accord vise enfin les personnes n'exerçant pas d'activité lucrative. Celles-ci bénéficient, en vertu de l'article 3 ALCP en combinaison à l'article 1 al. 1 Annexe I-ALCP, d'un droit d'entrée et, selon l'article 6 ALCP en relation avec l'article 24 al. 1 Annexe I-ALCP, d'un droit de séjour – à la condition toutefois de prouver aux autorités nationales compétentes qu'elles disposent de moyens financiers suffisants³⁹⁵ et qu'elles bénéficient d'une assurance-maladie couvrant l'ensemble des risques³⁹⁶. Les non-actifs reçoivent un titre de séjour d'une durée de cinq ans au moins (art. 24 al. 1 Annexe I-ALCP), à l'exception des étudiants qui bénéficient d'un titre de séjour d'une durée limitée à celle de la formation ou d'une durée d'un an – prolongeable d'année en année³⁹⁷ – si la durée de la formation est supérieure à un an (art. 24 al. 4 Annexe I-ALCP).

³⁹⁴ Cf. EPINEY/MOSTERS, 2008, p. 83.

³⁹⁵ Concernant cette condition, cf. TF, arrêt du 24 mars 2009, 2C_577/2008 (c. 3.3) publication prévue.

³⁹⁶ Cf. GROSSEN/DE PALÉZIEUX, 2002, p. 127-128.

³⁹⁷ GROSSEN/DE PALÉZIEUX, 2002, p. 128 ; IKEN, 2003, p. 118.

Chapitre VII Portée des notions d'entrave à la libre circulation et de citoyenneté européenne dans le cadre de l'ALCP

Section 1 Entrave à la libre circulation

Les discriminations fondées sur la nationalité constituant l'un des principaux obstacles à la libre circulation des personnes, la garantie de leur interdiction représente une condition nécessaire à la réalisation de la libre circulation³⁹⁸.

La Cour de justice a toutefois jugé, au fil des années, qu'une telle interdiction n'était pas suffisante et a développé la construction d'*entrave* à la libre circulation³⁹⁹.

Cette étude étant consacrée au principe d'interdiction des discriminations, il n'y a pas lieu d'examiner en détail la notion d'entrave. Si l'on veut toutefois offrir une analyse complète du principe de non-discrimination, il convient de présenter cette construction jurisprudentielle afin d'établir une délimitation entre les deux notions.

Ainsi, nous commencerons par définir – sur la base de la jurisprudence et de la doctrine communautaires – la notion d'entrave, puis nous tenterons de la délimiter par rapport à la notion de discrimination. Nous examinerons ensuite dans quelle mesure cette forme de restriction est également prohibée par l'Accord.

Au préalable, il est important de souligner que tant la doctrine⁴⁰⁰ que la jurisprudence communautaire s'accordent à admettre que les articles 39,

³⁹⁸ ROBIN-OLIVIER, 1999, p. 43.

³⁹⁹ Cf. MARTIN, 2006, p. 94 ss.

⁴⁰⁰ La doctrine reste toutefois encore partagée sur la portée de l'interdiction des entraves à la libre circulation (BRECHMANN, 2007, p. 728-729, § 53-54 et les références citées). Voir également BREITENMOSER, 2003, p. 1161 ; BREITENMOSER/MURESAN, 2004, p. 144-145 ; BRIGOLA, 2004, p. 77 ss ; BUDISCHOWSKY, 2003, § 24 ss ; KLUTH, *Art. 49-50 EGV*, 2007, p. 833-834, § 56-58 ; MAYER, 2003, § 13 ss ; SCHEUER, 2006, p. 644 ss, § 38 ss et p. 710 ss, § 7 ss ; TIEDJE/TROBERG, 2003, p. 1506 ss, § 87 ss et p.

43 et 49 TCE s'opposent aux mesures susceptibles de restreindre l'exercice des libertés fondamentales⁴⁰¹. En ce qui concerne l'article 18 TCE, il semble également que la jurisprudence récente commence à admettre son application à l'encontre des mesures entravant la libre circulation des citoyens⁴⁰². A l'inverse, il ressort de l'analyse de la doctrine et de la jurisprudence communautaires que l'article 12 al. 1 TCE ne s'applique pas à de telles mesures non discriminatoires⁴⁰³. Dans le cadre de ce chapitre, seules les dispositions garantissant la libre circulation feront dès lors l'objet de notre analyse.

§ 1 Notion d'entrave à la libre circulation en droit communautaire

Comme nous l'avons vu précédemment, la Cour de justice juge que les articles 39, 43 et 49 TCE « s'opposent à toute mesure nationale [...] qui, même applicable sans discrimination tenant à la nationalité, est susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice, par les ressortissants communautaires, y compris ceux de l'Etat membre auteur de la mesure,

1637 ss, § 62 ss ; WINDISCH-GRAETZ, 2006, § 67 ss ; WÖLKER/GRILL, 2003, p. 1330 ss, § 19 ss.

⁴⁰¹ Voir notamment, CJCE, arrêt du 3 décembre 1974, aff. 33/74, *van Binsbergen*, Rec. 1974, p. 1299, § 10 ; CJCE, arrêt du 7 mars 1991, aff. C-10/90, *Masgio*, Rec. 1991, p. I-1119, § 18-19 ; CJCE, arrêt du 31 mars 1993, aff. C-19/92, *Kraus*, Rec. 1993, p. I-1663, § 32 ; CJCE, arrêt du 15 décembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. 1995, p. I-4921, § 94 ss.

⁴⁰² Voir notamment CJCE, arrêt du 18 juillet 2006, aff. C-406/04, *De Cuyper*, Rec. 2006, p. I-6947, § 39 ; CJCE, arrêt du 23 octobre 2007, aff. C-11/06 et C-12/06, *Morgan*, Rec. 2007, p. I-9161, § 30 ss (concernant ces arrêts, cf. EPINEY/MOSTERS, 2007, p. 105-107 ainsi que, des mêmes auteurs, 2008, p. 58-60). Voir également CJCE, arrêt du 26 octobre 2006, aff. C-345/05, *Commission/Portugal*, Rec. 2006, p. I-10633, § 37 et son analyse in : EPINEY/MOSTERS, 2007, p. 108-110 ; CJCE, arrêt du 11 septembre 2007, aff. C-76/05, *Schwarz*, Rec. 2007, p. I-6849, § 93-94 et son analyse in : EPINEY/MOSTERS, 2008, p. 87-88 ; CJCE, arrêt du 22 mai 2008, aff. C-499/06, *Nerkowska*, Rec. 2008, p. I-3993, § 31 ss ; CJCE, arrêt du 14 octobre 2008, aff. C-353/06, *Grunkin et Paul*, Rec. 2008, p. I-7639, § 21 ss ; CJCE, arrêt du 4 décembre 2008, aff. C-221/07, *Zablocka-Weyhermüller*, § 34 ss, non encore publié au Recueil ; CJCE, arrêt du 23 avril 2009, aff. C-544/07, *Rüffler*, § 86, non encore publié au Recueil.

⁴⁰³ VON BOGDANDY, 2007, p. 5, § 11-12 et p. 6-7, § 19 ; EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 480, § 11 ; HOLOUBEK, *Art. 12 EGV*, 2009, p. 356, § 47 ; KUCSKO-STADLMAYER, 2005, § 34. Voir également CJCE, arrêt du 14 juillet 1981, aff. 155/80, *Oebel*, Rec. 1981, p. 1993, § 8.

des libertés fondamentales garanties par le traité »⁴⁰⁴. Sont ainsi visées l'ensemble des mesures qui, bien qu'elles s'appliquent indistinctement du critère de la nationalité, limitent l'accès au marché du travail d'un ressortissant communautaire⁴⁰⁵.

La Cour admet toutefois que ces restrictions peuvent être considérées comme compatibles avec le Traité lorsqu'elles remplissent quatre conditions : elles doivent s'appliquer de manière non discriminatoire, se justifier par des raisons impérieuses d'intérêt général, être propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ Voir notamment CJCE, arrêt du 31 mars 1993, aff. C-19/92, *Kraus*, Rec. 1993, p. I-1663, § 32. Voir également CJCE, arrêt du 3 décembre 1974, aff. 33/74, *van Binsbergen*, Rec. 1974, p. 1299, § 10 ; CJCE, arrêt du 15 décembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. 1995, p. I-4921, § 94 ss ; CJCE, arrêt du 12 décembre 1996, aff. C-3/95, *Reisebüro Broede*, Rec. 1996, p. I-6511, § 25 ; CJCE, arrêt du 9 juillet 1997, aff. C-222/95, *Parodi*, Rec. 1997, p. I-3899, § 18 ; CJCE, arrêt du 28 avril 1998, aff. C-158/96, *Kohll*, Rec. 1998, p. I-1931, § 33 ; CJCE, arrêt du 26 janvier 1999, aff. C-18/95, *Terhoeve*, Rec. 1999, p. I-345, § 39 ss ; CJCE, arrêt du 23 novembre 1999, aff. C-369/96 et C-376/96, *Arblade*, Rec. 1999, p. I-8453, § 33 ; CJCE, arrêt du 27 janvier 2000, aff. C-190/98, *Graf*, Rec. 2000, p. I-493, § 18 ; CJCE, arrêt du 4 juin 2002, aff. C-503/99, *Commission/belgique*, Rec. 2002, p. I-4809, § 20 ; CJCE, arrêt du 17 octobre 2002, aff. C-79/01, *Payroll*, Rec. 2002, p. I-8923, § 26 ; CJCE, arrêt du 17 mars 2005, aff. C-109/04, *Kranemann*, Rec. 2005, p. I-2421, § 25 ss. Concernant l'article 18 TCE, cf. CJCE, arrêt du 18 juillet 2006, aff. C-406/04, *De Cuyper*, Rec. 2006, p. I-6947, § 39 ; CJCE, arrêt du 26 octobre 2006, aff. C-345/05, *Commission/Portugal*, Rec. 2006, p. I-10633, § 37 ; CJCE, arrêt du 11 septembre 2007, aff. C-76/05, *Schwarz*, Rec. 2007, p. I-6849, § 93-94 ; CJCE, arrêt du 23 octobre 2007, aff. C-11/06 et C-12/06, *Morgan*, Rec. 2007, p. I-9161, § 30 ss ; CJCE, arrêt du 22 mai 2008, aff. C-499/06, *Nerkowska*, Rec. 2008, p. I-3993, § 31 ss ; CJCE, arrêt du 14 octobre 2008, aff. C-353/06, *Grunkin et Paul*, Rec. 2008, p. I-7639, § 21 ss ; CJCE, arrêt du 4 décembre 2008, aff. C-221/07, *Zablocka-Weyhermüller*, § 34 ss, non encore publié au Recueil.

⁴⁰⁵ Soulignons ici que de telles mesures ne constituent pas des entraves si elles n'ont pas pour objet de conditionner l'accès au marché du travail (CJCE, arrêt du 27 janvier 2000, aff. C-190/98, *Graf*, Rec. 2000, p. I-493, § 23). Voir également BREITENMOSER/MURESAN, 2004, p. 145 ; CARDINAUX, 2008, p. 39, § 68 ; DELLI, 2009, p. 65 ; EPINEY/GAMMENTHALER, 2008, p. 8 ; PÄRLI, 2006, § 97 et 104 ainsi que, du même auteur, *Arbeitsrechtliches Diskriminierungsverbot*, 2007, p. 26.

⁴⁰⁶ CJCE, arrêt du 31 mars 1993, aff. C-19/92, *Kraus*, Rec. 1993, p. I-1663, § 32 ; CJCE, arrêt du 30 novembre 1995, aff. 55/94, *Gebhard*, Rec. 1995, p. I-4165, § 37 CJCE, arrêt du 15 décembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. 1995, p. I-4921, § 104 ; CJCE, arrêt du 4 juillet 2000, aff. C-424/97, *Haim*, Rec. 2000, p. I-5123, § 57 ; CJCE, arrêt du 17 octobre 2002, aff. C-79/01, *Payroll*, Rec. 2002, p. I-8923, § 28 ;

Il n'est pas aisé de distinguer entre les mesures indirectement discriminatoires et les mesures non discriminatoires susceptibles de restreindre l'exercice des libertés fondamentales⁴⁰⁷. Il semble même que la jurisprudence de la Cour de justice manque de constance sur ce point⁴⁰⁸ et ait tendance à ne plus examiner si une mesure doit être qualifiée de restriction indistinctement applicable ou indirectement discriminatoire⁴⁰⁹. Afin d'illustrer la tension existant entre les deux notions, il est nécessaire de procéder à une brève présentation de différents arrêts traitant de la notion d'entrave⁴¹⁰.

§ 2 Illustrations

La notion d'entrave a en premier lieu été consacrée par la Cour dans le domaine des prestations de services⁴¹¹. L'affaire concernait une réglementation néerlandaise en vertu de laquelle seules les personnes établies aux

CJCE, arrêt du 17 mars 2005, aff. C-109/04, *Kranemann*, Rec. 2005, p. I-2421, § 33 ; CJCE, arrêt du 19 janvier 2006, aff. C-330/03, *Colegio de Ingenieros*, Rec. 2006, p. I-801, § 30 ; CJCE, arrêt du 22 mai 2008, aff. C-499/06, *Nerkowska*, Rec. 2008, p. I-3993, § 34 (concernant les affaires C-109/04 et C-330/03, cf. EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2006, p. 92-94 et 97-98).

⁴⁰⁷ BRIGOLA, 2004, p. 82 ; BRÖHMER, 2007, p. 777 ss, § 23 ss ; CARDINAUX, 2008, p. 44, § 72 ; DELLI, 2009, p. 63 ss ; EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 12 ; IMHOF, *Beschränkungsverbot*, 2008, p. 428 ; MAYER, 2003, § 15 ; PLÖTSCHER, 2003, p. 148 ; TOBLER, *Indirect Discrimination*, 2005, p. 417-418. Voir également le considérant 6.3 non publié de l'ATF 133 V 33, arrêt du 27 mars 2006, K 163/03.

⁴⁰⁸ Voir par exemple CJCE, arrêt du 16 octobre 2008, aff. C-527/06, *Renneberg*, Rec. 2008, p. I-7735, § 79-80 : « Par conséquent, [...] une différence de traitement telle que celle en cause au principal, qui est fondée sur la résidence, présente un caractère discriminatoire [...]. Il s'ensuit qu'une réglementation nationale telle que celle en cause dans l'affaire au principal constitue une entrave à la libre circulation des travailleurs interdite, en principe, par l'article 39 CE ». Pour une analyse critique des arrêts de la Cour de justice, voir MARTIN, 2006, p. 105 ss, § 154 ss et p. 120 ss, § 175 ss. Voir également BRÖHMER, 2007, p. 777 ss, § 23 ss ; TOBLER, *Indirect Discrimination*, 2005, p. 371 ss.

⁴⁰⁹ BARNARD, 2007, p. 376.

⁴¹⁰ Cette présentation se fonde principalement sur TOBLER, *Indirect Discrimination*, 2005, p. 75-87, 371-418 et 419-436, qui propose un examen approfondi de la question. Voir également DELLI, 2009, p. 55 ss concernant les entraves dans le domaine de la libre circulation des travailleurs.

⁴¹¹ TOBLER, *Indirect Discrimination*, 2005, p. 76.

Pays-Bas pouvaient agir en qualité de mandataires devant les juridictions nationales. Dans cet arrêt, la Cour a jugé que l'exigence d'une résidence permanente sur le territoire de l'Etat où la prestation est fournie risque « d'enlever tout effet utile à l'article [49 TCE] dont l'objet est, précisément, d'éliminer les restrictions à la libre prestation de services de la part de personnes non établies dans l'Etat sur le territoire duquel la prestation est fournie »⁴¹². La Cour a toutefois ajouté qu'il est possible, suivant la nature des services, d'imposer aux prestataires le respect de règles professionnelles justifiées par l'intérêt général⁴¹³.

Dans son arrêt *Thieffry*, la Cour a considéré que le fait que l'Etat d'établissement exige des ressortissants d'autres Etats membres désirant exercer la profession d'avocat qu'ils possèdent un diplôme national, alors même que le diplôme obtenu par l'intéressé a fait l'objet d'une reconnaissance d'équivalence, constitue une restriction à la liberté d'établissement incompatible avec le Traité⁴¹⁴. Cet arrêt a notamment été confirmé par l'arrêt *Vlassopoulou* dans lequel la Cour a rappelé que les « conditions nationales de qualification, même appliquées sans discrimination tenant à la nationalité, peuvent avoir pour effet d'entraver l'exercice, par les ressortissants des autres Etats membres, du droit d'établissement » et qu'il appartient dès lors aux Etats membres « de prendre en considération les diplômes, certificats et autres titres que l'intéressé a acquis dans le but d'exercer cette même profession dans un autre Etat membre en procédant à une comparaison entre les compétences attestées par ces diplômes et les connaissances et qualifications exigées par les règles nationales »⁴¹⁵.

L'arrêt *Choquet* traitait de la compatibilité avec le Traité d'une législation allemande imposant aux ressortissants d'autres Etats membres, pour la conduite d'une automobile sur le territoire allemand, l'obtention d'un permis de conduire national. La Cour a jugé qu'une telle législation cons-

⁴¹² CJCE, arrêt du 3 décembre 1974, aff. 33/74, *van Binsbergen*, Rec. 1974, p. 1299, § 11.

⁴¹³ CJCE, arrêt du 3 décembre 1974, aff. 33/74, *van Binsbergen*, Rec. 1974, p. 1299, § 12.

⁴¹⁴ CJCE, arrêt du 28 avril 1977, aff. 71/76, *Thieffry*, Rec. 1977, p. 765, § 27.

⁴¹⁵ CJCE, arrêt du 7 mai 1991, aff. C-340/89, *Vlassopoulou*, Rec. 1991, p. I-2357, § 15-16. Voir également notamment CJCE, arrêt du 9 septembre 2003, aff. C-285/01, *Burbaud*, Rec. 2003, p. I-8219, § 100 ss (cet arrêt se contentant de préciser une pratique antérieure, il doit être pris en compte en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP. Cf. EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2004, p. 97).

titulait une atteinte indirecte à la libre circulation, la liberté d'établissement et la libre prestation de services, à moins de pouvoir se justifier par les besoins de la sécurité routière⁴¹⁶.

Dans le cadre de l'affaire *Kraus*, la Cour a dû se prononcer sur la compatibilité avec le Traité d'une législation allemande imposant aux personnes désireuses de se prévaloir d'un titre acquis à l'étranger l'obtention d'une autorisation, alors qu'une telle procédure n'est pas prévue à l'égard des titres acquis sur le territoire allemand. La Cour a jugé que « les articles 48 et 52 s'opposent à toute mesure nationale, relative aux conditions d'utilisation d'un titre universitaire complémentaire, acquis dans un autre Etat membre, qui, même applicable sans discrimination tenant à la nationalité, est susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice, par les ressortissants communautaires, y compris ceux de l'Etat membre auteur de la mesure, des libertés fondamentales garanties par le traité »⁴¹⁷.

La Cour a confirmé cette jurisprudence dans son arrêt *Gebhard* qui avait pour objet une législation italienne interdisant aux avocats ressortissants d'autres Etats membres d'exercer une activité professionnelle à titre permanent sur le territoire italien et d'utiliser le titre « d'avvocato ». Dans son arrêt, la Cour a rappelé les conditions que doivent remplir les mesures nationales susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales – à savoir s'appliquer de manière non discriminatoire, se justifier par des raisons impérieuses d'intérêt général, être propres à garantir l'objectif qu'elles poursuivent et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre – et a, à nouveau, souligné l'obligation pour les Etats membres de prendre en compte l'équivalence des diplômes ou d'effectuer une analyse comparative des qualifications acquises à celles exigées⁴¹⁸.

⁴¹⁶ CJCE, arrêt du 28 novembre 1978, aff. 16/78, *Choquet*, Rec. 1974, p. 2293, § 9.

⁴¹⁷ CJCE, arrêt du 31 mars 1993, aff. C-19/92, *Kraus*, Rec. 1993, p. I-1663, § 32.

⁴¹⁸ CJCE, arrêt du 30 novembre 1995, aff. C-55/94, *Gebhard*, Rec. 1995, p. I-4165, § 37-38.

§ 3 Délimitation entre les notions d'entrave et de discrimination indirecte

La jurisprudence rendue en matière d'entraves à la libre circulation est très abondante⁴¹⁹. Ces quelques exemples suffisent toutefois à illustrer à quel point la ligne de démarcation entre les notions de discrimination indirecte et d'entrave n'a pas été tracée par la Cour de manière claire et précise⁴²⁰. A notre sens, il y a même lieu de soutenir que le recours à la construction jurisprudentielle d'entrave dans ces affaires n'aurait pas été nécessaire, les réglementations examinées présentant toutes les caractéristiques d'une discrimination indirecte⁴²¹. En effet, dans chacune de ces affaires, il est question de mesures en apparence neutres, s'appliquant à des situations comparables, mais aboutissant, en fait, à un résultat désavantageux à l'égard des ressortissants d'autres Etats membres⁴²². Dans l'arrêt *van Binsbergen*, la réglementation en cause autorise uniquement les avocats résidant aux Pays-Bas à agir devant les autorités nationales. En instituant un critère de résidence, cette législation aboutit à un résultat désavantageux à l'égard des ressortissants d'autres Etats membres et présente dès lors un caractère indirectement discriminatoire⁴²³. Il en va de même des affaires *Thieffry*, *Choquet* et *Vlassopoulou*, l'exigence d'un diplôme ou d'un permis de conduire national est plus facilement remplie par les nationaux et institue dès lors une différence de traitement indirectement discriminatoire⁴²⁴. En ce qui concerne enfin les arrêts *Kraus* et *Gebhard*, le caractère indirectement discriminatoire des réglementations en cause se déduit du régime particulier prévu à l'égard des diplômes étrangers et défavorisant ainsi principalement les ressortissants étrangers⁴²⁵.

⁴¹⁹ Pour d'autres exemples, cf. TOBLER, *Indirect Discrimination*, 2005, p. 389 ss.

⁴²⁰ TOBLER, *Indirect Discrimination*, 2005, p. 418.

⁴²¹ En ce qui concerne la notion de discrimination, cf. Partie II, Chapitre II.

⁴²² Cf. TOBLER, *Indirect Discrimination*, 2005, p. 378. Voir également SERVAIS, 2008, p. 129, § 401.

⁴²³ Pour une présentation détaillée des positions défendues par la doctrine, cf. TOBLER, *Indirect Discrimination*, 2005, p. 378.

⁴²⁴ Dans le même sens, en ce qui concerne l'arrêt *Vlassopoulou*, BARNARD, 2007, p. 256 ; BRIGOLA, 2004, p. 115 et en ce qui concerne *Thieffry*, MARTIN, 2006, p. 54, § 81. Contra : en ce qui concerne *Choquet*, DELLI/TOBLER, 2007, p. 1371-1372. Voir également TOBLER, *Indirect Discrimination*, 2005, p. 378 et 384.

⁴²⁵ Dans le même sens, en ce qui concerne l'arrêt *Kraus*, BARNARD, 2007, p. 274 ; CARLIER, 2007, p. 95, § 61 ; MARTIN, 2006, p. 120, § 175 ; MÜHL, 2004, p. 223-224.

Dans son ouvrage consacré à la notion de discrimination indirecte, TOBLER propose – après avoir relevé l'absence de délimitation claire entre les notions de discrimination indirecte et d'entrave – trois approches possibles pour appréhender, à l'avenir, ces différentes notions : le maintien du statu quo, la renonciation à la notion de discrimination indirecte ou enfin la clarification de la ligne de démarcation⁴²⁶. A notre sens, il se justifie de choisir la troisième option et d'adopter la définition d'entrave offerte par TOBLER. Selon cette auteure, le champ d'application de la notion d'entrave pourrait se limiter aux mesures susceptibles de restreindre l'exercice des libertés fondamentales et s'appliquant *réellement* indépendamment du critère de nationalité⁴²⁷. De telles situations étant toutefois extrêmement rares en pratique, TOBLER considère qu'il se justifie d'étendre la notion d'entrave à deux types de mesures. La notion d'entrave doit non seulement couvrir les mesures en apparence neutres mais aboutissant à un résultat désavantageux à l'égard des ressortissants étrangers lorsque ce désavantage est la conséquence de la soumission de l'intéressé à une double réglementation (la réglementation du pays d'origine et celle du pays de destination)⁴²⁸ – la notion de discrimination ne couvrant pas de telles situations⁴²⁹ –, mais également l'ensemble des mesures susceptibles de restreindre la libre circulation lorsqu'elles ne constituent ni une discrimination directe, ni une discrimination indirecte⁴³⁰. La réglementation sportive ayant fait l'objet de l'arrêt *Lehtonen* peut être mentionnée à titre d'exemple. Cette réglementation n'avait en effet

Contra : SCHEUER, 2006, p. 644, § 38 ; DELLI/TOBLER, 2007, p. 1371-1372 et les références citées. Voir également TOBLER, *Indirect Discrimination*, 2005, p. 381-382.

⁴²⁶ TOBLER, *Indirect Discrimination*, 2005, p. 421 ss.

⁴²⁷ TOBLER, *Indirect Discrimination*, 2005, p. 428.

⁴²⁸ A titre d'exemple, la Cour a jugé que l'exigence d'un agrément imposée par l'Etat de destination à l'égard d'une entreprise d'assurance prestataire de services est admissible. L'agrément doit toutefois « être accordé sur demande à toute entreprise, établie dans un autre Etat membre, qui remplit les conditions prévues par la législation de l'Etat destinataire, que ces conditions ne peuvent pas faire double emploi avec les conditions légales équivalentes déjà remplies dans l'Etat d'établissement et que l'autorité de contrôle de l'Etat destinataire doit prendre en considération les contrôles et vérifications déjà effectués dans l'Etat d'établissement » (CJCE, arrêt du 4 décembre 1986, aff. 205/84, *Commission/Allemagne*, Rec. 1986, p. 3755, § 47). Voir également CJCE, arrêt du 9 août 1994, aff. C-43/93, *Vander Elst*, Rec. 1994, p. I-3803, § 15 et son analyse in : TOBLER, *Indirect Discrimination*, 2005, p. 397 ss.

⁴²⁹ TOBLER, *Indirect Discrimination*, 2005, p. 401. Sur ce point, cf. Partie II, Chapitre II, Section 2, § 4, II.

⁴³⁰ TOBLER, *Indirect Discrimination*, 2005, p. 429.

pas pour objet de favoriser les ressortissants nationaux par rapport aux ressortissants communautaires. Cependant, la limitation qu'elle prévoyait – selon laquelle il n'était pas possible d'intégrer un autre championnat après une certaine date – limitait la libre circulation et constituait dès lors une entrave⁴³¹.

§ 4 Portée de l'interdiction des entraves à la libre circulation dans le cadre de l'Accord

La notion communautaire d'entrave ayant été présentée, il y a lieu d'examiner dans quelle mesure l'ALCP a également pour vocation de prohiber l'application de telles mesures⁴³².

Au préalable, soulignons que la question de la transposabilité du principe d'interdiction des entraves se pose uniquement dans le domaine de la libre circulation des non-actifs, des travailleurs et des indépendants ainsi que dans le domaine de la libre prestation de services. Le principe d'interdiction des discriminations consacré à l'article 2 ALCP se calquant sur l'article 12 al. 1 TCE⁴³³ et ayant uniquement pour fonction de prohiber les discriminations en raison de la nationalité – il ne garantit pas le principe de libre circulation –, il se justifie d'emblée l'application de cette disposition aux mesures non discriminatoires. Il y a par ailleurs lieu de noter que, au vu de la définition proposée ci-dessus, la notion d'entrave n'est susceptible de couvrir qu'un nombre limité de situations, la majorité d'entre elles entrant dans le champ d'application de la notion de discrimination indirecte⁴³⁴.

⁴³¹ CJCE, arrêt du 13 avril 2000, aff. C-176/96, *Lehtonen*, Rec. 2000, p. I-2681, § 48-49.

⁴³² Soulignons que le Tribunal fédéral a fait référence, dans son arrêt du 27 mars 2006, à la notion d'entrave. Il a toutefois jugé qu'il n'était pas nécessaire de déterminer si l'Accord a pour objet de prohiber de telles mesures (« Es braucht daher in diesem Verfahren nicht näher geprüft zu werden, ob dem Freizügigkeitsabkommen (nur) ein weit zu verstehendes Diskriminierungsverbot oder auch ein allgemeines Beschränkungsverbot – welches mitunter nur schwierig von der mittelbaren Diskriminierung abzugrenzen ist – entnommen werden kann » considérant 6.3 non publié de l'ATF 133 V 33, arrêt du 27 mars 2006, K 163/03).

⁴³³ Or l'article 12 al. 1 TCE se contente d'interdire les discriminations en raison de la nationalité et n'a pas pour fonction de prohiber les mesures non discriminatoires. Cf. Partie I, Chapitre VII, Section 1, § 1.

⁴³⁴ Cf. Partie I, Chapitre VII, Section 1, § 3.

I. Libre circulation des travailleurs et des indépendants

En matière de libre circulation des travailleurs et des indépendants, l'Accord n'interdit pas expressément les mesures susceptibles d'entraver la libre circulation. Il est dès lors nécessaire de déterminer dans quelle mesure l'absence de référence expresse à la notion d'entrave par les articles 1 et 2 al. 1 (dispositions générales), 6 ss (travailleurs salariés) et 12 ss (indépendants) Annexe I-ALCP a ou non pour but d'exclure toute application de cette interdiction.

L'Accord prévoit que, lorsque l'on est en présence de notions de droit communautaire⁴³⁵, il y a lieu de tenir compte de la jurisprudence de la Cour (art. 16 al. 2 ALCP)⁴³⁶. Or, l'article 2 al. 1 Annexe I-ALCP – qui doit être lu en relation avec les articles 6 ss et 12 ss Annexe I-ALCP – institue le droit pour les ressortissants d'une partie contractante de séjourner et d'exercer une activité économique sur le territoire d'une autre partie contractante. Cette disposition s'inspire des principes garantis par les articles 39 al. 1 et 43 al. 1 TCE⁴³⁷ et doit donc être interprétée à la lumière de la jurisprudence communautaire. A cet égard, il y a lieu de relever que, à l'instar de l'Accord⁴³⁸, le Traité CE ne prévoit expressément une interdiction des entraves que dans le domaine des prestations de services. L'extension du champ d'application des articles 39 et 43 TCE aux mesures non discriminatoires susceptibles de restreindre la libre circulation des travailleurs et la liberté d'établissement ne repose pas sur le texte du Traité mais constitue le fruit d'une construction jurisprudentielle⁴³⁹. La Cour a jugé nécessaire de développer cette notion dans le but de renforcer la réglementation en vigueur destinée à lutter contre les mesures susceptibles de restreindre la libre circulation.

S'agissant de l'Accord, s'il nous faut concéder, dans un premier temps, qu'il se distingue du droit communautaire en ce sens qu'il vise uniquement une intégration partielle – ce qui justifierait dès lors d'adopter des standards de protection moins élevés que ceux prévus au sein de

⁴³⁵ Sur cette notion, cf. Partie I, Chapitre V, Section 1, § 2.

⁴³⁶ Sur ce point, cf. Partie I, Chapitre V.

⁴³⁷ EPINEY, *Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit*, 2005, p. 56.

⁴³⁸ Cf. Partie I, Chapitre VII, Section 1, § 4, II.

⁴³⁹ HINNY, 2004, p. 173.

l'Union⁴⁴⁰ –, il ressort du Préambule de l'Accord et de son article 16 al. 1 que les Etats contractants sont « décidés à réaliser la libre circulation des personnes entre eux en s'appuyant sur les dispositions en application dans la Communauté européenne » et sont prêts à prendre « toutes les mesures nécessaires pour que les droits et obligations équivalant à ceux contenus dans les actes juridiques de la Communauté européenne auxquels il est fait référence trouvent application ». L'ALCP a donc également pour objectif de garantir la libre circulation des personnes, et ce, sur la base des dispositions en application dans la Communauté européenne⁴⁴¹. Il se justifie dès lors, à notre sens, de tenir compte de la jurisprudence rendue par la Cour de justice et d'admettre l'extension de l'application de l'Accord aux mesures indistinctement applicables susceptibles de limiter la libre circulation des travailleurs et des indépendants⁴⁴².

II. Libre prestation de services

Contrairement aux dispositions consacrées à la libre circulation des travailleurs et des indépendants⁴⁴³, les dispositions relatives à la libre prestation de services visent expressément les mesures non discriminatoires susceptibles d'entraver la libre circulation⁴⁴⁴. En effet, l'article 17 Annexe I-ALCP prévoit, d'une part, l'interdiction de « toute restriction à une prestation de services transfrontalière sur le territoire d'une partie contractante ne dépassant pas 90 jours de travail effectif par année civile » et, d'autre part, dans les cas visés à l'article 5 al. 2 ALCP, l'interdiction de « toute restriction relative à l'entrée et au séjour » des prestataires de services ressortissants d'une partie contractante établis sur le territoire d'une des parties contractantes autre que celui du destinataire de services [art. 17 let. b, i), Annexe I-ALCP] ainsi que des travailleurs salariés détachés par un

⁴⁴⁰ EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 11 ; EPINEY/MOSTERS, 2006, p. 66.

⁴⁴¹ Préambule de l'Accord.

⁴⁴² Dans le même sens, EPINEY/MOSTERS, 2008, p. 61 ; EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2004, p. 96. En ce qui concerne les travailleurs, voir l'analyse approfondie de DELLI, 2009, p. 291 ss. Voir également KADDOUS/TOBLER, 2008, p. 360-361 ; IMHOF, *Beschränkungsverbot*, 2008, p. 425 ss. Contra : BENESCH, 2007, p. 155.

⁴⁴³ Cf. art. 1, 2 al. 1, 6 ss et 12 ss I-ALCP.

⁴⁴⁴ EPINEY/ZBINDEN, 2009, p. 17 ; HINNY, 2004, p. 173.

prestataire de services, indépendamment de leur nationalité [art. 17 let. b, ii), Annexe I-ALCP]⁴⁴⁵.

La Commission européenne semble par ailleurs défendre la même approche. En effet, dans le cadre d'une « note verbale » adressée au Conseil fédéral dans le courant du mois de février 2008, la Commission a soutenu que la règle des huit jours – selon laquelle les prestataires de services désirant détacher en Suisse des travailleurs doivent annoncer par écrit et dans la langue officielle du lieu de la mission les indications nécessaires à l'exécution du contrôle dans un délai de huit jours avant le début de la mission (art. 6 al. 1 et 3 de la loi sur les travailleurs détachés) – constitue une entrave à la libre circulation des personnes et des prestations de services⁴⁴⁶. Il est dès lors possible de déduire de ce reproche la volonté de la Commission d'admettre l'application de l'Accord aux mesures non discriminatoires en matière de libre prestation de services.

En ce qui concerne enfin l'analyse des buts de l'Accord, nous avons pu voir que l'ALCP a pour objectif de garantir la libre circulation des personnes sur la base des dispositions en application dans la Communauté européenne. Or, l'analyse de la jurisprudence communautaire nous permet de soutenir que le principe d'interdiction des entraves constitue un outil favorisant la réalisation de la libre circulation.

Au vu des ces différentes considérations, il y a dès lors lieu d'admettre l'application de l'Accord aux mesures non discriminatoires susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice, par les ressortissants d'une partie contractante, de leur droit à la libre prestation de services⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ Sur ce point, voir TOBLER, *Keck im freien Dienstleistungsverkehr*, 2005, § 25. Voir également EPINEY/ZBINDEN, 2009, p. 17.

⁴⁴⁶ WERLY RICHARD/MIÉVILLE DANIEL, *l'UE épingle la Suisse sur la libre circulation*, in : Le temps, mardi 26 février 2008, p. 7. La Suisse s'est prononcée sur cette question lors de la septième réunion du comité mixte, en juin 2008, et a considéré que de telles mesures sont compatibles avec l'ALCP (communiqué de presse de l'Office fédéral des migrations du 25 juin 2008.) Une telle réglementation est en réalité directement discriminatoire (Pour une analyse détaillée, EPINEY/ZBINDEN, 2009, p. 22 et 29 ss. Voir également EPINEY/MOSTERS, 2008, p. 78-79). Voir par analogie CJCE, arrêt du 18 juillet 2007, aff. C-490/04, *Commission/Allemagne*, Rec. 2007, p. I-6095, § 84 ss (cet arrêt se contentant de préciser une pratique antérieure, il doit être pris en compte en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP, cf. EPINEY/MOSTERS, 2008, p. 79).

⁴⁴⁷ Dans le même sens, BECKER, 2001, p. 11 ; BENESCH, 2007, p. 155 ; EPINEY, *Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit*, 2005, p. 64 ; EPINEY/ZBINDEN, 2009, p.

III. Libre circulation des non-actifs

Reste enfin à examiner dans quelle mesure les entraves sont prohibées par les dispositions de l'ALCP garantissant la libre circulation des personnes n'exerçant pas d'activité lucrative. En droit communautaire, l'article 18 TCE n'a pas immédiatement fait l'objet d'une interprétation explicite par la Cour de justice⁴⁴⁸. Par ailleurs, alors même que la Cour semble de plus en plus disposée à admettre une extension du champ d'application de cette disposition aux entraves à la libre circulation des citoyens, seuls des arrêts rendus postérieurement à la date de signature de l'Accord proposent une telle extension⁴⁴⁹. Nous sommes en outre d'avis que, dans le domaine de la libre circulation des non-actifs, l'Accord se distingue du droit communautaire en ce sens qu'il ne fait pas référence à la notion de citoyenneté européenne⁴⁵⁰ – qui, à notre sens, a permis à la Cour de justice de proposer une telle interprétation –, mais se contente de garantir la liberté d'établissement de certaines catégories de personnes. Au vu de ces considérations, nous estimons qu'il n'y a pas lieu d'admettre l'application de l'article 24 en relation avec les articles 1 et 2 al. 2 Annexe I-ALCP aux

17-18 ; HINNY, 2004, p. 173 ; IKEN, 2003, p. 124 ; MARITZ, 2001, p. 343-344. Contra : TOBLER, *Keck im freien Dienstleistungsverkehr*, 2005, § 25 : es « scheidet [...] keineswegs sicher, dass die Bestimmungen des FZA über den Dienstleistungsverkehr automatisch auch Beschränkungen erfassen ».

⁴⁴⁸ Voir par exemple son arrêt du 23 octobre 2007, aff. C-11/06 et C-12/06, *Morgan*, Rec. 2007, p. I-9161, § 28, dans lequel la Cour juge que l'Etat membre « doit veiller à ce que les modalités d'allocation de ces aides ne créent pas une restriction injustifiée audit droit de circuler et de séjourner sur le territoire des Etats membres » et renvoie par analogie à son arrêt du 17 mars 2005, aff. C-109/04, *Kranemann*, Rec. 2005, p. I-2421, § 27 qui traite des entraves à la libre circulation des travailleurs (sur cet arrêt, cf. EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2006, p. 92 ss).

⁴⁴⁹ Voir notamment CJCE, arrêt du 26 octobre 2006, aff. C-345/05, *Commission/Portugal*, Rec. 2006, p. I-10633, § 37 et son analyse in : EPINEY/MOSTERS, 2007, p. 108-110 ; CJCE, arrêt du 11 septembre 2007, aff. C-76/05, *Schwarz*, Rec. 2007, p. I-6849, § 93-94 et son analyse in : EPINEY/MOSTERS, 2008, p. 87-88 ; Voir toutefois CJCE, arrêt du 22 mai 2008, aff. C-499/06, *Nerkowska*, Rec. 2008, p. I-3993, § 31 ss ; CJCE, arrêt du 14 octobre 2008, aff. C-353/06, *Grunkin et Paul*, Rec. 2008, p. I-7639, § 21 ss ; CJCE, arrêt du 4 décembre 2008, aff. C-221/07, *Zablocka-Weyhermüller*, § 34 ss, non encore publié au Recueil ; CJCE, arrêt du 23 avril 2009, aff. C-544/07, *Rüffler*, § 86, non encore publié au Recueil, qui sont plus explicites.

⁴⁵⁰ Concernant cette notion, cf. Partie I, Chapitre VII, Section 2.

entraves non discriminatoires à la libre circulation des personnes n'exerçant pas d'activité lucrative⁴⁵¹.

Section 2 Citoyenneté européenne et libre circulation

§ 1 Droit communautaire

Afin de conclure cette première partie, il y a lieu de nous attarder encore quelques instants sur la notion de citoyenneté européenne.

Comme nous l'avons vu préalablement⁴⁵², les traités fondateurs des Communautés européennes ne faisaient pas allusion à la notion de citoyenneté européenne ; seuls des droits de nature économique étaient garantis⁴⁵³. C'est à partir des années septante que les premières initiatives en faveur d'une extension du champ d'application du droit communautaire aux domaines politiques ont été lancées et c'est lors de l'adoption du Traité de Maastricht que la notion de citoyenneté européenne – caractérisée par la consécration de nouveaux droits particuliers en faveur de l'ensemble des ressortissants des Etats membres – a définitivement été consacrée⁴⁵⁴. A cette époque, la citoyenneté européenne constituait avant tout un instrument politique destiné à renforcer l'identification des ressortissants des Etats membres à l'Union⁴⁵⁵.

La citoyenneté européenne est aujourd'hui comprise dans la deuxième partie du Traité CE (art. 17). Elle trouve toutefois son fondement et sa raison d'être dans le Traité UE qui fixe comme objectif l'établissement « d'une citoyenneté commune » (9^{ème} alinéa du Préambule du TUE) destinée à « renforcer la protection des droits et des intérêts des ressortissants de l'Union » (art. 2, 3^{ème} tiret, TUE)⁴⁵⁶. Par ailleurs, la Cour a eu l'occasion de préciser que la citoyenneté européenne « a vocation à être le

⁴⁵¹ Contra : EPINEY/MOSTERS, 2008, p. 59. Ces auteurs semblent en effet admettre que les mesures susceptibles de restreindre la libre circulation des personnes n'exerçant pas d'activité lucrative sont contraires aux articles 1 al. 1 et 2 Annexe I-ALCP.

⁴⁵² Cf. Partie I, Chapitre I, Section 2.

⁴⁵³ HANF, 2007, p. 16.

⁴⁵⁴ CALLIESS, 2007, p. 11 ss ; HANF, 2007, p. 17 ; SCHÖNBERGER, 2006, p. 315-316.

⁴⁵⁵ SEYR/RÜMKE, 2005, p. 667.

⁴⁵⁶ NASCIBENE, 2007, p. 386.

statut fondamental des ressortissants des Etats membres permettant à ceux parmi ces derniers qui se trouvent dans la même situation d'obtenir, indépendamment de leur nationalité et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique »⁴⁵⁷.

Le statut de citoyen européen est réglé de manière accessoire à la citoyenneté nationale⁴⁵⁸. En vertu de l'article 17 al. 1 TCE, « est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre. La citoyenneté de l'Union complète la citoyenneté nationale et ne la remplace pas ». Ainsi, la citoyenneté européenne « n'établit pas un statut complet, elle désigne plutôt un ensemble de droits que les citoyens peuvent faire prévaloir à l'égard des institutions de l'Union – mais surtout à l'égard des autorités des Etats membres »⁴⁵⁹. Parmi ces droits⁴⁶⁰, les articles 12 al. 1 et 18 TCE – qui consacrent l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité et le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire de

⁴⁵⁷ Voir notamment CJCE, arrêt du 20 septembre 2001, aff. C-184/99, *Grzelczyk*, Rec. 2001, p. I-6193, § 31.

⁴⁵⁸ CALLIESS, 2007, p. 19 ; HAILBRONNER, 2006, p. 67 ; HANF, 2007, p. 18 ; KLUTH, *Art. 18 EGV*, 2007, p. 526, § 8.

⁴⁵⁹ HANF, 2007, p. 18.

⁴⁶⁰ Cf. art. 12 TCE (interdiction des discrimination en raison de la nationalité), art. 18 TCE (libre circulation), art. 19 al. 1 TCE (droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales), art. 19 al. 2 et 190 TCE (droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen), art. 20 TCE (droit à la protection diplomatique et consulaire), art. 21 al. 1 et 194 TCE (droit de pétition devant le Parlement européen), art. 21 al. 2 et 195 TCE (droit de médiation), art. 21 al. 3 TCE (droit de communiquer dans sa langue maternelle avec les institutions et organes communautaires), art. 255 al. 1 TCE (droit d'accès aux documents du Parlement, du Conseil et de la Commission). Le législateur communautaire a précisé ces droits dans différents directives et règlements (cf. BIEBER/EPINEY/HAAG, 2009, p. 64 ss, § 27 ss ; HANF, 2007, p. 20 ; LECLERC, 2006, p. 51 ss). Concernant le droit de circuler librement, il a adopté, comme nous l'avons vu préalablement (cf. note 30), la directive n° 2004/38 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres qui modifie le règlement n° 1612/68 et abroge les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE (JO n° L 158, 2004, p. 77). Concernant cette directive, cf. BARNARD, 2007, p. 251 ; DE BRUYCKER, 2006, p. 21 ss ; GROSSEN/DE COULON, 2007, p. 181 ss, § 141 ss ; KADDOUS, *La directive 2004/38*, 2006, p. 213 ss ; SCHÖNBERGER, 2006, p. 365 ss.

l'ensemble de l'Union européenne⁴⁶¹ – représentent de véritables éléments constitutifs de la citoyenneté⁴⁶².

§ 2 ALCP

Si l'on analyse ensuite l'Accord sur la libre circulation des personnes, il y a lieu de relever l'absence de références à la notion de citoyenneté européenne. Partant de ce constat, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de juger à plusieurs reprises que cette notion « ne saurait trouver à s'appliquer en Suisse »⁴⁶³. Il estime par ailleurs que « les arrêts de la Cour de justice s'y référant ne doivent [...] être utilisés qu'avec circonspection par le juge suisse (cf. art. 16 al. 2 ALCP *a contrario*), même ceux concernant la libre circulation des personnes ». Selon lui, cette liberté était certes « déjà acquise en tant que fondement du marché intérieur de la Communauté européenne », mais « son contenu ne se confond toutefois pas avec celui se laissant déduire de la notion de citoyenneté européenne ». Il estime enfin qu'il n'est pas exclu que, « considérant l'assise dorénavant plus large – moins «économique»[...] – de la libre circulation des personnes, la Cour de justice lui donne à l'avenir une interprétation plus extensive »⁴⁶⁴.

A l'instar de la doctrine majoritaire, nous sommes d'avis que la position défendue par le Tribunal fédéral doit être suivie⁴⁶⁵. Ainsi, vu que l'ALCP couvre uniquement la libre circulation des travailleurs et des indépendants, la libre prestation de services, ainsi que la liberté d'établissement de certaines catégories de non-actifs, la jurisprudence communautaire traitant de la notion de citoyenneté européenne ne doit être prise en compte⁴⁶⁶ que lorsque la Cour analyse – en sus de la notion de citoyenneté – d'autres

⁴⁶¹ Concernant le droit de circuler et de séjourner librement, cf. SCHÖNBERGER, 2006, p. 318 ss.

⁴⁶² CALLIESS, 2007, p. 7 ; HANF, 2007, p. 18.

⁴⁶³ ATF 130 II 113 (121). Voir également ATF 130 II 176 (190) et ATF 133 V 329 (340).

⁴⁶⁴ ATF 130 II 113 (121-122) et les références citées.

⁴⁶⁵ EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 14 ainsi que, de la même auteure, *Die schweizerische Rechtsprechung*, 2005, p. 143 ; EPINEY/MOSTERS, 2006, p. 69 ; EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2006, p. 79 ; HAILBRONNER, 2003, p. 54 ; IMHOF, *Auslegungsmethode – Teil I*, 2007, p. 164-165.

⁴⁶⁶ Concernant la prise en compte de la jurisprudence communautaire, cf. Partie I, Chapitre V.

droits qui sont également garantis par l'ALCP et ses annexes⁴⁶⁷ et que l'interprétation qu'elle leur donne correspond aux buts de l'ALCP.

Or il y a lieu de relever que la majorité des arrêts de la Cour de justice faisant référence au concept de citoyenneté européenne abordent des questions relatives à la libre circulation des personnes (art. 18 TCE) ou à l'interdiction de discrimination (art. 12 al. 1 TCE). Ces arrêts visant des droits consacrés par l'ALCP (notamment les art. 2 ALCP et 24 Annexe I-ALCP), ils doivent être pris en considération lors de l'application de l'Accord⁴⁶⁸. A titre d'exemple, on peut citer l'affaire *Garcia Avello*⁴⁶⁹ qui avait pour objet une législation belge prévoyant que les enfants portent le nom de leur père alors que les requérants désiraient que leurs enfants – au bénéfice de la double nationalité belge et espagnole et résidant en Belgique – puissent porter le nom dont ils seraient titulaires en vertu du droit espagnol. Dans cette affaire, la Cour s'est certes référée à la notion de citoyenneté au sens de l'article 17 TCE, mais c'est sur la base de l'article 18 TCE qu'elle a admis que la législation en question entrait dans le champ d'application matériel du droit communautaire⁴⁷⁰, et sur la base de l'article 12 al. 1 TCE qu'elle a jugé que la législation belge était contraire au droit communautaire⁴⁷¹. Cette jurisprudence doit dès lors être prise en compte lors de l'application de l'Accord⁴⁷².

⁴⁶⁷ Dans le même sens, EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 14 ainsi que, de la même auteure, *Ausländerklauseln*, 2008, p. 11-12 ; EPINEY/MOSTERS, 2006, p. 69. Voir également EPINEY/CIVITELLA, *Rechtsprechung*, 2008, p. 245 et l'analyse critique de l'arrêt du TF du 14 mars 2008, 2C_33/2007.

⁴⁶⁸ Il y a toutefois lieu de réserver les cas dans lesquels l'Accord prévoit une exception telle que l'article 24 al. 4, dernière phrase, Annexe I-ALCP. Sur ce point, voir Partie II, Chapitre IV, Section 2, § 3. Pour d'autres exemples, cf. EPINEY/MOSTERS, 2007, p. 101 ss ainsi que, des mêmes auteurs, 2008, p. 55 ss ; EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2004, p. 85 ss ainsi que, des mêmes auteurs, 2005, p. 41 ss et 2006, p. 73 ss.

⁴⁶⁹ CJCE, arrêt du 2 octobre 2003, aff. C-148/02, *Garcia Avello*, Rec. 2003, p. I-11613 (cet arrêt se contentant de préciser une pratique antérieure, il doit être pris en compte en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP, cf. EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2004, p. 88 ; MONTINI, 2006, p. 471. Voir également Partie I, Chapitre V, Section 3).

⁴⁷⁰ CJCE, arrêt du 2 octobre 2003, aff. C-148/02, *Garcia Avello*, Rec. 2003, p. I-11613, § 24-25. Voir également EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2004, p. 90.

⁴⁷¹ CJCE, arrêt du 2 octobre 2003, aff. C-148/02, *Garcia Avello*, Rec. 2003, p. I-11613, § 29.

⁴⁷² EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2004, p. 90 ; MONTINI, 2006, p. 471-472. Voir également CJCE, arrêt du 23 mars 2006, aff. C-408/03, *Commission/Belgique*, Rec. 2006, p. I-2647 ; CJCE, arrêt du 18 juillet 2006, aff. C-406/04, *De Cuyper*, Rec. 2006, p. I-6947 et leur analyse in : EPINEY/MOSTERS, 2007, p. 102-107.

Avant de conclure, notons toutefois qu'il y a lieu de garder à l'esprit que la notion de citoyenneté est susceptible d'influencer l'interprétation des articles 12 al. 1 et 18 TCE dans un sens ne correspondant pas aux buts de l'Accord. Dans de tels cas, bien que traitant de droits également consacrés par l'Accord, la jurisprudence de la Cour ne devra alors pas être suivie⁴⁷³.

⁴⁷³ Voir, à titre d'exemple, Partie I, Chapitre VII, Section 1, § 4, III.

Partie II Interdiction de discrimination en raison de la nationalité consacrée par l'ALCP

Selon le Tribunal fédéral, « le principe d'égalité de traitement prohibe toutes les discriminations ostensibles fondées sur la nationalité (discriminations directes) et toutes formes dissimulées de discrimination qui, par l'application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat sans être justifiées par des raisons objectives ni proportionnées au but à atteindre (discriminations indirectes) »⁴⁷⁴.

A l'aune de cette définition, la présente partie débutera par un examen de la notion de discrimination⁴⁷⁵ et se poursuivra par une présentation des différentes formes de discrimination⁴⁷⁶. Nous nous attacherons ensuite à déterminer le champ d'application matériel⁴⁷⁷ et personnel⁴⁷⁸ de l'interdiction. Après avoir examiné la question des limitations au principe de non-discrimination⁴⁷⁹, nous concluons par l'analyse des conséquences liées à la présence d'un cas de discrimination⁴⁸⁰.

⁴⁷⁴ ATF 133 V 265 (271-272). Voir également ATF 130 I 26 (35), JT 2005 I p. 143 : « Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung gewährleistet das Recht der Staatsangehörigen der Schweiz und der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft, in der Anwendung des Abkommens nicht schlechter gestellt zu werden als die Angehörigen des Staates, der das Abkommen handhabt » et ATF 131 V 209 (215) : « Die Diskriminierungsverbote bzw. Gleichbehandlungsgebote verbieten nach der auch bei der Auslegung des FZA zu berücksichtigenden (Art. 16 Abs. 2 FZA) Rechtsprechung des EuGH nicht nur «offenkundige» (bzw. «offensichtliche» oder «offene») Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit (unmittelbare/direkte Diskriminierungen), sondern auch alle «versteckten» (bzw. «verschleierte» oder «verdeckten») Formen der Diskriminierung, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zum gleichen Ergebnis führen (mittelbare/indirekte Diskriminierungen) » ; TF, arrêt du 14 juillet 2005, H 16/04 (c. 5.3) ; considérant 6.2 non publié de l'ATF 133 V 33, arrêt du 27 mars 2006, K 163/03 ; ATF 133 V 265 (271-272).

⁴⁷⁵ Cf. Partie II, Chapitre II.

⁴⁷⁶ Cf. Partie II, Chapitre III.

⁴⁷⁷ Cf. Partie II, Chapitre IV.

⁴⁷⁸ Cf. Partie II, Chapitre V.

⁴⁷⁹ Cf. Partie II, Chapitre VI.

⁴⁸⁰ Cf. Partie II, Chapitre VII.

Préalablement à l'analyse de la notion de discrimination consacrée par l'Accord, il est nécessaire de procéder à une présentation des différentes dispositions de l'ALCP ayant pour objet de prohiber les discriminations⁴⁸¹.

Cette présentation sera suivie par un examen de la jurisprudence relative à la notion de discrimination rendue par la Cour de justice et par le Tribunal fédéral⁴⁸².

C'est sur la base de cette jurisprudence et à l'aide des différentes théories développées par la doctrine en matière d'interdiction des discriminations que nous tenterons enfin de définir les étapes du raisonnement permettant d'admettre la présence d'une discrimination en raison de la nationalité prohibée par l'Accord⁴⁸³.

⁴⁸¹ Cf. Partie II, Chapitre I.

⁴⁸² Cf. Partie II, Chapitre II, Section 1.

⁴⁸³ Cf. Partie II, Chapitre II, Section 2.

Chapitre I Sources

Plusieurs dispositions de l'Accord et des annexes consacrent une interdiction de discrimination. Toutes se réfèrent au critère de nationalité. En premier lieu, les articles 1 let. d et 8 let. a ALCP se limitent à fixer des objectifs : ils prévoient que l'Accord a pour but d'accorder des conditions de vie, d'emploi et de travail non discriminatoires et d'assurer l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale. En second lieu, différentes dispositions accordent de véritables droits à l'interdiction des discriminations⁴⁸⁴. Ainsi, l'article 2 ALCP garantit le droit aux ressortissants d'une partie contractante de ne pas être discriminés en raison de leur nationalité lorsqu'ils séjournent légalement sur le territoire d'une autre partie contractante. En vertu de l'article 7 let. a ALCP, les Etats parties doivent garantir l'égalité de traitement concernant l'accès à une activité économique et son exercice ainsi que les conditions de vie, d'emploi et de travail. Cette disposition est concrétisée⁴⁸⁵ par l'article 9 Annexe I-ALCP qui institue une garantie spéciale d'égalité de traitement en faveur des travailleurs salariés⁴⁸⁶, l'article 15 Annexe I-ALCP en faveur des indépendants⁴⁸⁷ et l'article 19 Annexe I-ALCP en faveur des prestataires de services⁴⁸⁸. L'article 21 al. 2 ALCP consacre l'égalité de traitement en matière fisca-

⁴⁸⁴ KAHIL-WOLFF, 2001, p. 102 ; KAHIL-WOLFF/GREBER, 2006, p. 365, § 796. Voir également BJM, 2004, p. 150.

⁴⁸⁵ Cf. TF, arrêt du 21 décembre 2006, C 203/03 (c. 2.2).

⁴⁸⁶ Cette disposition correspond aux articles 7 al. 1 à 4, 8 et 9 du règlement n° 1612/68. EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2005, p. 54 et 56 ; KAHIL-WOLFF/GREBER, 2006, p. 365, § 796 ; IMHOF, 2000, p. 25 ; PÄRLI, 2006, § 11 ainsi que, du même auteur, *Arbeitsrechtliches Diskriminierungsverbot*, 2007, p. 26. La jurisprudence communautaire relative à ces dispositions doit donc être prise en considération en vertu de l'article 16 al. 2 ALCP.

⁴⁸⁷ L'article 15 al. 1 Annexe I-ALCP correspond à l'article 43 TCE. Lors de son interprétation, la jurisprudence communautaire relative à l'article 43 TCE devra donc être prise en considération (EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2005, p. 68). L'article 15 al. 2 renvoie quant à lui à l'article 9 Annexe I-ALCP qui correspond aux articles 7 al. 1 à 4, 8 et 9 du règlement n° 1612/68.

⁴⁸⁸ Les articles 5 ALCP et 19 Annexe I-ALCP s'inspirent des articles 49 ss TCE. Hormis sur les points où l'Accord se distingue du Traité CE, la jurisprudence de la Cour de justice doit être prise en considération lors de l'interprétation des articles 5 ALCP et 19 Annexe I-ALCP (MARITZ, 2001, p. 335).

le⁴⁸⁹, l'article 2 al. 1 Annexe I-ALCP garantit aux chercheurs d'emploi la même assistance que celle accordée aux nationaux⁴⁹⁰ et l'article 3 al. 6 Annexe I-ALCP institue le droit pour les enfants d'un ressortissant d'une partie contractante d'être admis aux cours d'enseignement général, d'apprentissage et de formation professionnelle dans les mêmes conditions que les ressortissants de l'Etat d'accueil⁴⁹¹. En outre, les ressortissants d'un Etat contractant bénéficient, en vertu de l'article 25 Annexe I-ALCP, des mêmes droits que les nationaux en matière d'acquisitions immobilières⁴⁹². L'article 3 du règlement n° 1408/71, enfin, – auquel l'Accord fait référence – garantit l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale⁴⁹³.

⁴⁸⁹ Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p. 5657.

⁴⁹⁰ L'article 2 al. 1 Annexe I-ALCP correspond à l'article 5 du règlement n° 1612/68, la jurisprudence de la Cour de justice y relative doit donc être prise en compte en vertu de l'article 16 al. 2 ALCP.

⁴⁹¹ « Cette disposition est calquée sur l'article 12 du règlement n° 1612/68 » [ATF 132 V 184 (193)].

⁴⁹² En ce qui concerne cette disposition, cf. TOBLER, 2006, § 30 ss.

⁴⁹³ Suite aux deux décisions du Comité mixte portant modification de l'Annexe II-ALCP (décision n° 2/2003, du 15 juillet 2003, JO n° L 187, 2003, p. 55 et décision n° 1/2006, du 6 juillet 2006, JO n° L 270, 2006, p. 67), l'Accord fait référence – à la Section A de l'Annexe II-ALCP – au règlement n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté dans sa version mise à jour par le règlement (CE) n° 631/2004 du Parlement européen et du Conseil (version consolidée publiée au RS 0.831.109.268.1). L'Accord faisant référence ici à un règlement communautaire, la jurisprudence de la Cour de justice y relative doit donc également être prise en considération selon l'article 16 al. 2 ALCP.

De plus, il convient de mentionner ici l'adoption du règlement (CE) 883/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, sur la coordination des systèmes de sécurité sociale – publié au JO n° L 166, 2004, p. 1 – devant bientôt remplacer le règlement n° 1408/71 (selon son article 91, il sera applicable dans l'UE « à partir de la date d'entrée en vigueur du règlement d'application ». A noter que la proposition de règlement du Parlement européen et du conseil fixant les modalités d'application du règlement n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, 2006/0006/COD, a été approuvé par le Conseil en 2^{ème} lecture le 27 juillet 2009). Concernant ce règlement, cf. EICHENHOFER, 2005, p. 74 ss, § 5 ss ; KAHIL-WOLFF, 2008, p. 43 ss ; KAHIL-WOLFF/GREBER, 2006, p. 345 ss, § 765 ss ; KAHIL-WOLFF/SONNENBERG, 2007, p. 123 ss.

Dans le cadre de ce travail, nous limiterons notre analyse à l'examen des articles 2 ALCP, 9, 15 et 19 Annexe I-ALCP ainsi que 3 du règlement n° 1408/71 qui représentent les dispositions principales de l'Accord en matière d'interdiction de discrimination⁴⁹⁴.

Par ailleurs, il ressort de la jurisprudence du Tribunal fédéral que la même notion de discrimination sous-tend les articles 2 ALCP, 9 Annexe I-ALCP et 3 règlement n° 1408/71⁴⁹⁵. Or, comme les articles 15 et 19 Annexe I-ALCP représentent les pendants de l'article 9 Annexe I-ALCP en faveur des indépendants et des prestataires de services⁴⁹⁶, la conclusion selon laquelle ces différentes dispositions se fondent sur la même notion de discrimination – qui s'inspire de la notion communautaire de discrimination⁴⁹⁷ – s'impose⁴⁹⁸. Il se justifie dès lors de procéder à une analyse globale valant pour l'ensemble de ces dispositions.

⁴⁹⁴ Dans le cadre de l'ALCP, la majorité des arrêts du Tribunal fédéral traitant de cas de discriminations font référence aux articles 2 ALCP (principe général de non-discrimination), 9 al. 2 Annexe I-ALCP (interdiction des discriminations à l'égard des travailleurs salariés) et/ou 3 du règlement n° 1408/71 (interdiction des discriminations en matière de sécurité sociale). Or les articles 15 et 19 Annexe I-ALCP représentent les pendants de l'article 9 Annexe I-ALCP à l'égard respectivement des indépendants et des prestataires de services. Par ailleurs, ils s'inspirent des dispositions principales du droit communautaire en matière de libre circulation et de non-discrimination (cf. notes 486, 487 et 488). Il se justifie dès lors d'orienter notre analyse sur ces cinq dispositions.

⁴⁹⁵ Selon le Tribunal fédéral, « cette notion de discrimination sous-tend l'article 3 par. 1 du règlement n° 1408/71 au même titre que la règle d'égalité de traitement que contient l'article 9 al. 2 de l'annexe I (« Libre circulation des personnes ») de l'ALCP pour le domaine des avantages sociaux et l'interdiction générale de discrimination de l'article 2 ALCP » [ATF 131 V 390 (398)]. Voir également ATF 131 V 209 (214); TF, arrêt du 14 juin 2005, H 16/04 (c. 5.2); ATF 131 V 371 (389); TF, arrêt du 17 février 2006, H 289/03 (c. 6.2); TF, arrêt du 10 juillet 2006, H 170/05 (c. 4).

⁴⁹⁶ Cf. note 494.

⁴⁹⁷ EPINEY, *Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit*, 2005, p. 55.

⁴⁹⁸ Dans le même sens, en ce qui concerne les articles 12 al. 1, 39 al. 2, 43 al. 2 et 50 TCE, PLÖTSCHER, 2003, p. 34.

Chapitre II Notion de discrimination

Section 1 Jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal fédéral

Tant le Tribunal fédéral que la Cour de justice n'offrent qu'une définition très générale de la notion d'interdiction de discrimination en raison de la nationalité.

La Cour de justice considère qu'« une discrimination ne peut consister que dans l'application de règles différentes à des situations comparables ou bien dans l'application de la même règle à des situations différentes »⁴⁹⁹. Elle juge par ailleurs que « les règles d'égalité de traitement [...] prohibent non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat »⁵⁰⁰.

⁴⁹⁹ CJCE, arrêt du 17 juillet 1963, aff. 13/63, *Italie/Commission*, Rec. 1963, p. 337, § 4 ; CJCE, arrêt du 14 février 1995, aff. C-279/93, *Schumacker*, Rec. 1995, p. I-225, § 30 ; CJCE, arrêt du 11 août 1995, aff. C-80/94, *Wielockx*, Rec. 1995, p. I-2493, § 17 ; CJCE, arrêt du 27 juin 1996, aff. C-107/94, *Asscher*, Rec. 1996, p. I-3089, § 40 ; CJCE, arrêt du 2 octobre 2003, aff. C-148/02, *Garcia Avello*, Rec. 2003, p. I-11613, § 31 (cet arrêt se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, il doit être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP. Cf. EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2004, p. 90). Voir également CJCE, arrêt du 16 octobre 1980, aff. 147/79, *Hochstrass*, Rec. 1980, p. 3005, § 7 : « le principe général d'égalité dont l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité n'est qu'une expression spécifique, est un des principes fondamentaux du droit communautaire. Ce principe veut que les situations comparables ne soient pas traitées de manière différente, à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée ».

⁵⁰⁰ CJCE, arrêt du 12 février 1974, aff. 152/73, *Sotgiu*, Rec. 1974, p. 153, § 11. Voir également notamment CJCE, arrêt du 28 avril 1977, aff. 71/76, *Thieffry*, Rec. 1977, p. 765, § 13 ; CJCE, arrêt du 12 juillet 1979, aff. 237/78, *Toia*, Rec. 1979, p. 2645, § 12 ; CJCE, arrêt du 30 mai 1989, aff. 33/88, *Allué I*, Rec. 1989, p. 1591, § 11 ; CJCE, arrêt du 8 mai 1990, aff. C-175/88, *Biehl*, Rec. 1990, p. I-1779, § 13 ; CJCE, arrêt du 25 juillet 1991, aff. C-221/89, *Factortame*, Rec. 1991, p. I-3905, § 30 et 32 ; CJCE, arrêt du 27 juin 1996, aff. C-107/94, *Asscher*, Rec. 1996, p. I-3089, § 38-39 ; CJCE, arrêt du 23 janvier 1997, aff. C-29/95, *Pastors*, Rec. 1997, p. I-285, § 16 ; CJCE, ar-

Le Tribunal fédéral fait référence à la jurisprudence communautaire⁵⁰¹ et juge que « le principe d'égalité de traitement prohibe toutes les discriminations ostensibles fondées sur la nationalité (discriminations directes) et toutes formes dissimulées de discrimination qui, par l'application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat sans être justifiées par des raisons objectives ni proportionnées au but à atteindre (discriminations indirectes) »⁵⁰². Il considère également que le principe de non-discrimination garantit le droit aux ressortissants des Etats parties de ne pas être traités de manière moins avantageuse que les nationaux dans le domaine d'application de l'Accord⁵⁰³.

Plusieurs éléments peuvent être déduits des définitions proposées par la Cour de justice et le Tribunal fédéral. La Cour considère que l'interdiction de discrimination constitue une expression spécifique du principe général d'égalité et juge ainsi que l'application du principe de non-discrimination nécessite que l'on soit en présence soit de situations comparables soumises à des règles différentes, soit de situations différentes soumises à des règles identiques. Le Tribunal fédéral estime, quant à lui, que pour être jugée discriminatoire, une mesure doit présenter un caractère désavantageux. Par ailleurs, la Cour de justice et le Tribunal fédéral se réfèrent indistinctement aux notions d'égalité de traitement et de discrimination. Les deux instances considèrent enfin que tant les discriminations directes que les discriminations indirectes sont prohibées et admettent la possibilité de justifier certaines distinctions par des raisons objectives et proportionnées au but à atteindre.

Cette brève présentation nous ayant permis d'identifier différents éléments participant à la définition de la notion de discrimination, il convient de les analyser et d'examiner dans quelle mesure ils doivent être complé-

rêt du 25 juin 1997, aff. C-131/96, *Mora Romero*, Rec. 1997, p. I-3659, § 32 ; CJCE, arrêt du 7 mai 1998, aff. C-350/96, *Clean Car Autoservice*, Rec. 1998, p. I-2521, § 27 ; CJCE, arrêt du 29 avril 1999, aff. C-224/97, *Ciola*, Rec. 1999, p. I-2517, § 13-14.

⁵⁰¹ ATF 131 V 209 (215) : « Die Diskriminierungsverbote bzw. Gleichbehandlungsgebote verbieten nach der auch bei der Auslegung des FZA zu berücksichtigenden (Art. 16 Abs. 2 FZA) Rechtsprechung des EuGH [...] ».

⁵⁰² ATF 133 V 265 (271-272). Voir également ATF 131 V 209 (215).

⁵⁰³ ATF 130 I 26 (35), JT 2005 I p. 143 : « Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung gewährleistet das Recht der Staatsangehörigen der Schweiz und der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft, in der Anwendung des Abkommens nicht schlechter gestellt zu werden als die Angehörigen des Staates, der das Abkommen handhabt ».

tés par d'autres principes. Nous nous attacherons enfin à présenter les différentes formes que peut revêtir une mesure discriminatoire. La question relative à la possibilité de faire valoir des motifs justificatifs sera traitée ultérieurement⁵⁰⁴.

Section 2 Etapes de l'examen permettant d'identifier la présence d'une discrimination

§ 1 Comparabilité et comparaison des situations

Comme mentionné précédemment, il ressort de la jurisprudence de la Cour qu'« une discrimination ne peut consister que dans l'application de règles différentes à des situations comparables ou bien dans l'application de la même règle à des situations différentes »⁵⁰⁵. Préalablement à l'analyse de la première partie de la proposition, il convient d'examiner dans quelle mesure l'application de la même règle à des situations différentes peut constituer une discrimination prohibée par l'ALCP.

De même que les articles 12 al. 1, 39, 43 et 49 TCE, les articles 2 ALCP, 9, 15, 19 Annexe I-ALCP et 3 du règlement n° 1408/71 prohibent les discriminations fondées sur le critère de nationalité. Ces dispositions se distinguent dès lors du principe général d'égalité qui ne recourt à aucun critère spécifique de distinction⁵⁰⁶. La proposition selon laquelle les situations différentes ne doivent pas être soumises à l'application d'une même règle

⁵⁰⁴ Cf. Partie II, Chapitre VI.

⁵⁰⁵ CJCE, arrêt du 14 février 1995, aff. C-279/93, *Schumacker*, Rec. 1995, p. I-225, § 30 ; CJCE, arrêt du 11 août 1995, aff. C-80/94, *Wielockx*, Rec. 1995, p. I-2493, § 17 ; CJCE, arrêt du 27 juin 1996, aff. C-107/94, *Asscher*, Rec. 1996, p. I-3089, § 40 ; CJCE, arrêt du 2 octobre 2003, aff. C-148/02, *Garcia Avello*, Rec. 2003, p. I-11613, § 31 ; CJCE, arrêt du 15 mai 2008, aff. C-276/07, *Delay*, Rec. 2008, p. I-3635, § 19 ; CJCE, arrêt du 5 juin 2008, aff. C-164/07, *Wood*, Rec. 2008, p. I-4143, § 13 (ces arrêts se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, ils doivent être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP. Cf. EPINEY/MOSTERS, 2009, p. 57). Voir également EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2004, p. 90.

⁵⁰⁶ MÜHL, 2004, p. 67 et p. 91-92 ; HOLOUBEK, *Art. 12 EGV*, 2009, p. 343, § 7 ; STERN, 2008, p. 124.

n'est en principe pas compatible avec la structure de ces dispositions⁵⁰⁷. En effet, elles prohibent précisément le recours au critère de nationalité et ne peuvent donc pas imposer le traitement différent de situations se distinguant sur la base de ce seul critère⁵⁰⁸. Une telle interprétation est confirmée par le texte de l'Accord qui prévoit expressément que les ressortissants d'autres Etats membres bénéficient d'un droit à l'égalité de traitement et s'oppose à l'application de règles différentes aux personnes de nationalités différentes⁵⁰⁹.

En ce qui concerne la première partie de la définition, la Cour juge qu'une discrimination découle de l'application de règles différentes à des situations comparables. La majorité des auteurs s'accordent à admettre que l'application du principe d'interdiction des discriminations ne suppose pas l'identité mais la comparabilité des situations⁵¹⁰. Il est dès lors nécessaire de déterminer à quelles conditions des situations doivent être jugées comparables et ainsi pouvoir faire l'objet d'une comparaison⁵¹¹. A cet égard,

⁵⁰⁷ EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 479, § 7 ; HOLOUBEK, *Art. 12 EGV*, 2009, p. 354-355, § 42 ; MÜHL, 2004, p. 67 et 92 ; PLÖTSCHER, 2003, p. 271 ; STERN, 2008, p. 124. Contra : BREITENMOSER/MURESAN, 2004, p. 144 ; KUCSKO-STADLMAYER, 2005, § 29 ; SCHEUER, 2006, p. 643, § 37 ; WINDISCH-GRAETZ, 2006, § 61 ; ZULEEG, 2003, p. 688, § 1.

⁵⁰⁸ PLÖTSCHER, 2003, p. 39-40 ; STERN, 2008, p. 124 ; TOBLER, *Indirect Discrimination*, 2005, p. 406.

⁵⁰⁹ Art. 2 ALCP : « les ressortissants d'une partie contractante [...] ne sont pas [...] discriminés en raison de leur nationalité » ; art. 9 al. 1 Annexe I-ALCP, « un travailleur salarié ressortissant d'une partie contractante ne peut, sur le territoire de l'autre partie contractante, être, en raison de sa nationalité, traité différemment des travailleurs nationaux salariés [...] » ; art. 9 al. 2 Annexe I-ALCP : « le travailleur salarié et les membres de sa famille [...] y bénéficient des mêmes avantages fiscaux et sociaux que les travailleurs salariés nationaux et les membres de leur famille » ; art. 15 al. 1 Annexe I-ALCP : « l'indépendant reçoit dans le pays d'accueil [...] un traitement non moins favorable que celui accordé à ses propres ressortissants » ; art. 19 Annexe I-ALCP : « le prestataire de services [...] peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer, à titre temporaire, son activité dans l'Etat où la prestation est fournie dans les mêmes conditions que celles que cet Etat impose à ses propres ressortissants » ; art. 3 du règlement n° 1408/71 : « les personnes auxquelles les dispositions du présent règlement sont applicables sont soumises aux obligations et sont admises au bénéfice de la législation de tout Etat membre dans les mêmes conditions que les ressortissants de celui-ci ».

⁵¹⁰ BESSON, 1999, p. 354, § 1383 ; DAMM, 2006, p. 326 ; MARTENET, 2003, p. 11, § 23 et les références citées ; MOHN, 1990, p. 50 et les références citées ; PLÖTSCHER, 2003, p. 42 et les références citées ; TOBLER, *Indirect Discrimination*, 2005, p. 24.

⁵¹¹ PLÖTSCHER, 2003, p. 41.

ni la Cour de justice⁵¹², ni le Tribunal fédéral ne procèdent de manière systématique à un tel examen. Il se justifie dès lors de s'appuyer sur les différentes constructions développées par la doctrine.

Une majorité d'auteurs considèrent que deux situations sont réputées comparables lorsqu'elles présentent un degré suffisant de similitude⁵¹³. Or l'établissement de ce degré de similitude résulte de l'appréciation du cas concret qui doit permettre d'identifier les caractéristiques essentielles que doivent avoir en commun deux situations pour être jugées comparables⁵¹⁴.

A notre sens, cette construction présente un degré trop élevé de subjectivité pouvant nuire à l'effectivité du principe d'interdiction des discriminations⁵¹⁵. Aussi convient-il de privilégier la thèse de MARTENET, selon laquelle la comparabilité doit être présumée⁵¹⁶. Le simple fait qu'une mesure recourt au critère de nationalité doit nous permettre d'admettre le caractère comparable des situations⁵¹⁷.

Cette théorie ne permet toutefois pas d'appréhender la question de la comparabilité des situations susceptibles de faire l'objet d'une discrimination indirecte⁵¹⁸. En effet, vu que les cas de discrimination indirecte sont le fruit de « l'application d'autres critères de distinction [qui] aboutissent en fait au même résultat »⁵¹⁹, la théorie selon laquelle le recours au critère de nationalité permet de présumer du caractère comparable de deux situations ne peut pas trouver application lorsque l'on examine le caractère discriminatoire de mesures se basant sur d'autres critères de distinction. Dans un tel cas, il y a immédiatement lieu de procéder à la comparaison.

⁵¹² VON BOGDANDY, 2007, p. 6, § 16 ; KUCSKO-STADLMAYER, 2005, § 29 ; MARTIN, 2006, p. 530, § 745 ; MOHN, 1990, p. 49.

⁵¹³ BESSON, 1999, p. 355, § 1384 ; DAMM, 2006, p. 327 ; HINTERSTEINER, 1999, p. 10 ; KUCSKO-STADLMAYER, 2005, § 29 ; MOHN, 1990, p. 52 ; ZULEEG, 2003, p. 688, § 1 et les références citées.

⁵¹⁴ DAMM, 2006, p. 327 ss ; HINTERSTEINER, 1999, p. 10 ; KUCSKO-STADLMAYER, 2005, § 29 ; MOHN, 1990, p. 52 ; STERN, 2008, p. 127.

⁵¹⁵ Dans le même sens, WALDMANN, 2003, p. 320. Selon cet auteur, le degré de similitude doit jouer un rôle dans le cadre de l'examen des motifs justificatifs. Voir également DAMM, 2006, p. 327 ss.

⁵¹⁶ MARTENET, 2003, p. 41, § 94 et les références citées. Dans le même sens, HOLOUBEK, *Art. 12 EGV*, 2009, p. 355, § 42.

⁵¹⁷ MARTENET, 2003, p. 42, § 96.

⁵¹⁸ Concernant la notion de discrimination indirecte, cf. Partie II, Chapitre III, Section 2.

⁵¹⁹ ATF 133 V 265 (271). Voir également ATF 131 V 209 (215).

Or le rapport de comparaison doit se baser sur les effets d'une mesure – c'est-à-dire son impact sur deux catégories de personnes⁵²⁰. Il convient ainsi d'examiner si la mesure vise essentiellement les ressortissants étrangers ou certains ressortissants communautaires⁵²¹. Pour ce faire, il se justifie de recourir à l'expérience de la vie⁵²². Il ressort toutefois de la jurisprudence communautaire que la Cour semble admettre qu'il n'est pas nécessaire que « la disposition affecte, en pratique, une proportion substantiellement plus importante de travailleurs migrants. Il suffit de constater que cette disposition est susceptible de produire un tel effet »⁵²³.

§ 2 Distinction désavantageuse en raison de la nationalité

Suite à l'examen du critère de comparabilité, il appartient à la personne se prévalant du principe de non-discrimination de prouver qu'elle subit un désavantage en raison de sa nationalité⁵²⁴. Elle doit, d'une part, prouver qu'elle ne bénéficie pas du même traitement que les personnes ayant une

⁵²⁰ MARTENET, 2003, p. 152, § 345.

⁵²¹ Selon le Tribunal fédéral, qui se réfère à l'arrêt *Borawitz* de la Cour (CJCE, arrêt du 21 septembre 2000, aff. C-124/99, *Borawitz*, Rec. 2000, p. I-7293, § 28-31), « um festzustellen, ob die Verwendung eines bestimmten Unterscheidungsmerkmals im erwähnten Sinne indirekt zu einer Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit führt, ist das Verhältnis zwischen Nichtinländern und Inländern innerhalb des benachteiligten bzw. nicht begünstigten Personenkreises auf der einen dem Verhältnis zwischen Nichtinländern und Inländern innerhalb der Vergleichsgruppe der nicht benachteiligten bzw. der begünstigten Personen auf der anderen Seite gegenüberzustellen » [ATF 131 V 209 (216)]. Voir également CJCE, arrêt du 30 mai 1989, aff. 33/88, *Allué I*, Rec. 1989, p. 1591, § 12 ; CJCE, arrêt du 10 février 1994, aff. C-398/92, *Mund & Fester*, Rec. 1994, p. I-467, § 16 ; CJCE, arrêt du 7 mai 1998, aff. C-350/96, *Clean Car Auto Service*, Rec. 1998, p. I-2521, § 29 ; CJCE, arrêt du 29 avril 1999, aff. C-224/97, *Ciola*, Rec. 1999, p. I-2517, § 14.

⁵²² MARTENET, 2003, p. 152, § 345 et les références citées ; MÜHL, 2004, p. 105 ; PLÖTSCHER, 2003, p. 278-279 ; STERN, 2008, p. 134. Cf. Partie II, Chapitre III, Section 2.

⁵²³ Voir notamment CJCE, arrêt du 23 mai 1996, aff. C-237/94, *O'Flynn*, Rec. 1996, p. I-2617, § 21 ; CJCE, arrêt du 12 septembre 1996, aff. C-278/94, *Commission/Belgique*, Rec. 1996, p. I-4307, § 20 ; VON BOGDANDY, 2007, p. 6, § 15 ; PLÖTSCHER, 2003, p. 120 ; SCHEUER, 2006, p. 643, § 36 ; WINDISCH-GRAETZ, 2006, § 64.

⁵²⁴ MARTENET, 2003, p. 44, § 101 ; STERN, 2008, p. 130.

autre nationalité et, d'autre part, démontrer qu'elle subit un désavantage du fait de cette différence de traitement⁵²⁵.

I. Différence de traitement

La personne se prévalant du principe de non-discrimination doit, en premier lieu, prouver qu'elle subit un traitement différent par rapport aux personnes se trouvant dans une situation comparable⁵²⁶. Pour ce faire, il lui suffit de démontrer qu'elle aurait bénéficié d'un autre traitement si elle avait été ressortissante de l'Etat en question⁵²⁷. Cette différence de traitement peut résulter de la non-attribution de certains avantages ou de la soumission à certaines limitations⁵²⁸.

II. Caractère désavantageux

La différence de traitement doit, en deuxième lieu, présenter un caractère désavantageux⁵²⁹. Il n'appartient toutefois pas à la personne s'estimant victime d'une discrimination de prouver qu'elle subit un désavantage en raison de sa nationalité⁵³⁰. Il lui suffit d'établir que la réglementation en cause risque de s'appliquer principalement au détriment des ressortissants des autres Etats membres⁵³¹.

La question se pose de savoir si ce désavantage doit présenter un certain degré d'importance. Dans une affaire soumise à l'application de l'article

⁵²⁵ MÜHL, 2004, p. 65 ; STERN, 2008, p. 130.

⁵²⁶ BESSON, 1999, p. 355, § 1386 ; DAMM, 2006, p. 341 ; STERN, 2008, p. 130 ; ZULEEG, 2003, p. 688, § 1.

⁵²⁷ VON BOGDANDY, 2007, p. 3, § 6.

⁵²⁸ PLÖTSCHER, 2003, p. 110 ; STERN, 2008, p. 130.

⁵²⁹ VON BOGDANDY, 2007, p. 4, § 7 ; KUCSKO-STADLMAYER, 2005, § 28.

⁵³⁰ SCHEUER, 2006, p. 643, § 36.

⁵³¹ CJCE, arrêt du 14 février 1995, aff. C-279/93, *Schumacker*, Rec. 1995, p. I-225, § 28. Voir également CJCE, arrêt du 8 mai 1990, aff. C-175/88, *Biehl*, Rec. 1990, p. I-1779, § 14 ; CJCE, arrêt du 28 janvier 1992, aff. C-204/90, *Bachmann*, Rec. 1992, p. I-249, § 9 ; CJCE, arrêt du 23 mai 1996, aff. C-237/94, *O'Flynn*, Rec. 1996, p. I-2617, § 18 ; CJCE, arrêt du 7 mai 1998, aff. C-350/96, *Clean Car Auto Service*, Rec. 1998, p. I-2521, § 29 ; CJCE, arrêt du 29 avril 1999, aff. C-224/97, *Ciola*, Rec. 1999, p. I-2517, § 14.

39 al. 2 TCE, la Cour a eu l'occasion d'écarter une telle condition. Selon elle, « il résulte du caractère général de l'interdiction des discriminations [...] et de l'objectif poursuivi par leur abolition qu'elles sont interdites alors même qu'elles ne constitueraient qu'une entrave d'importance secondaire [...] »⁵³². A notre sens, la position défendue par la Cour se justifie⁵³³. En effet, c'est dans le cadre de l'examen du caractère proportionné des motifs susceptibles de justifier une différence de traitement que l'intensité du désavantage peut jouer un rôle. Un tel examen ne doit pas avoir lieu à ce stade.

III. En raison de la nationalité

Il convient enfin de prouver que le caractère désavantageux de la distinction se fonde sur le critère de nationalité (rapport de causalité)⁵³⁴. La preuve de ce rapport de causalité entre le désavantage et le critère de distinction ne doit toutefois pas faire l'objet d'exigences trop élevées⁵³⁵. Ainsi, la personne qui se considère victime d'une discrimination peut se contenter de rendre vraisemblable⁵³⁶ le fait qu'il existe un lien de causalité entre la différence de traitement et le critère de nationalité.

La démonstration d'une telle vraisemblance ne pose aucune difficulté lorsque les mesures soumises à l'examen se fondent directement sur le critère de nationalité (discrimination directe⁵³⁷)⁵³⁸. En revanche, l'exercice ne tarde pas à se compliquer lorsque la mesure en question se fonde sur un autre critère de distinction (discrimination indirecte⁵³⁹). Dans un tel cas, il convient tout d'abord d'identifier le critère de distinction. La victime de la

⁵³² CJCE, arrêt du 4 avril 1974, aff. 167/73, *Commission/France*, Rec. 1974, p. 359, § 46.

⁵³³ Dans le même sens, VON BOGDANDY, 2007, p. 4, § 7 ; HINTERSTEINER, 1999, p. 18 ; PLÖTSCHER, 2003, p. 111 et 273 ; TIEDJE/TROBERG, 2003, p. 1500, § 69 ; TOBLER, *Indirect Discrimination*, 2005, p. 226.

⁵³⁴ BESSON, 1999, p. 359, § 1402 ; EPINEY, 2009, p. 29 ; MARTENET, 2003, p. 45, § 102 ; STERN, 2008, p. 131-132.

⁵³⁵ MARTENET, 2003, p. 45, § 102.

⁵³⁶ MARTENET, 2003, p. 45, § 102 et les références citées.

⁵³⁷ Concernant cette notion, cf. Partie II, Chapitre III, Section 1.

⁵³⁸ STERN, 2008, p. 132.

⁵³⁹ Concernant cette notion, cf. Partie II, Chapitre III, Section 2.

distinction doit ensuite rendre vraisemblable le fait que l'emploi de ce critère de distinction aboutit, en réalité, au même résultat⁵⁴⁰.

§ 3 Nécessité d'une dépréciation de la personne se prévalant de l'interdiction de discrimination ?

L'examen de la jurisprudence communautaire ainsi que de la jurisprudence du Tribunal fédéral nous permet également de relever l'absence de condition de dépréciation. Il n'appartient pas à la personne se prévalant de l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité de prouver que la différence de traitement qu'elle subit a pour effet de la déprécier, de l'abaisser ou de la dénigrer⁵⁴¹. Il lui suffit de démontrer qu'elle fait l'objet d'une différence de traitement présentant un caractère désavantageux.

Soulignons par ailleurs que la personne se prévalant de l'interdiction n'est pas tenue de prouver le caractère injustifié de la différence de traitement. C'est à l'auteur de la mesure différenciée qu'il appartient de faire valoir des motifs objectifs susceptibles de justifier une différence de traitement⁵⁴².

§ 4 Mesure imputable à un destinataire du principe de non-discrimination

I. Destinataires des dispositions interdisant les discriminations

Seule une mesure adoptée par l'un des destinataires des différentes dispositions interdisant les discriminations en raison de la nationalité peut faire l'objet d'une interdiction⁵⁴³. Il est dès lors nécessaire de déterminer à l'encontre de quels sujets de droit les articles 2 ALCP, 9, 15, 19 Annexe I-ALCP et 3 du règlement n° 1408/71 sont applicables. Une telle analyse

⁵⁴⁰ Cf. Partie II, Chapitre III, Section 2, § 2.

⁵⁴¹ Dans le même sens, MARTENET, 2003, p. 48 ss, § 107 ss ; STERN, 2008, p. 130 ss.

⁵⁴² MARTENET, 2003, p. 57-58, § 123. Concernant les justifications d'une différence de traitement, cf. Partie II, Chapitre VI.

⁵⁴³ STERN, 2008, p. 136.

aura lieu dans le cadre de l'examen du champ d'application personnel de ces dispositions⁵⁴⁴.

II. Identité du destinataire et imputabilité

Seules sont soumises au principe de non-discrimination les mesures divergentes adoptées par le même sujet de droit⁵⁴⁵.

Par ailleurs, ces mesures doivent lui être imputables. Une telle condition n'est pas remplie lorsque le sujet de droit destinataire du principe de non-discrimination n'a pas la compétence de régler la situation faisant l'objet de la comparaison⁵⁴⁶. Ainsi, le principe de non-discrimination « ne vise pas les éventuelles disparités de traitement et les distorsions qui peuvent résulter [...] des divergences existant entre les législations des différents Etats membres, dès lors que celles-ci affectent toutes personnes tombant sous leur application, selon des critères objectifs et sans égard à leur nationalité »⁵⁴⁷.

III. Nécessité d'un élément intentionnel ?

Il convient enfin de souligner que l'intention de discriminer ne participe pas de la notion de discrimination⁵⁴⁸. En effet, outre les difficultés liées à

⁵⁴⁴ Sur ce point, cf. Partie II, Chapitre V, Section 2.

⁵⁴⁵ VON BOGDANDY, 2007, p. 4, § 9 ; EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 480, § 9 ; HINTERSTEININGER, 1999, p. 7 ; MARTENET, 2003, p. 146, § 330 ; PLÖTSCHER, 2003, p. 48-49 ; ROSSI, 2000, p. 210 ; STERN, 2008, p. 136 ; ZULEEG, 2003, p. 690, § 6. Concernant les exceptions à l'identité de l'autorité, cf. MARTENET, 2003, p. 147 ss, § 333 ss.

⁵⁴⁶ PLÖTSCHER, 2003, p. 48 et 112 ; STERN, 2008, p. 136.

⁵⁴⁷ CJCE, arrêt du 13 février 1969, aff. 14/68, *Wilhelm*, Rec. 1969, p. 1, § 13. Voir également CJCE, arrêt du 28 juin 1978, aff. 1/78, *Kenny*, Rec. 1978, p. 1489, § 18 ; CJCE, arrêt du 19 janvier 1988, aff. 223/86, *Pesca Valentia*, Rec. 1988, p. 83, § 18 ; CJCE, arrêt du 20 octobre 1993, aff. C-92/92 et C-326/92, *Phil Collins*, Rec. 1993, p. I-5145, § 30 ; CJCE, arrêt du 1^{er} février 1996, aff. C-177/94, *Perfili*, Rec. 1996, p. I-161, § 17 ; CJCE, arrêt du 12 juillet 2005, aff. C-403/03, *Schempp*, Rec. 2005, p. I-6421, § 34 (cet arrêt se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, il doit être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP. Cf. EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2006, p. 83).

⁵⁴⁸ BESSON, 1999, p. 355, § 1387 et p. 400-401, § 1573 ss ; DAMM, 2006, p. 341 ; DONY, 1999, p. 53 ; EPINEY, 1995, p. 100-101 ainsi que, de la même auteure, *Art. 12 EGV*,

la preuve d'une telle intention – il est peu probable que le législateur ou toute autre autorité mentionne expressément qu'il poursuit un tel but –, seul le résultat discriminatoire est, à notre sens, déterminant⁵⁴⁹. Les raisons motivant une différence de traitement peuvent uniquement jouer un rôle dans le cadre de l'examen des justifications⁵⁵⁰.

2007, p. 480, § 10 ; HINTERSTEINER, 1999, p. 17 ; MARTENET, 2003, p. 51, § 112 et les références citées ; MARTIN, 2006, p. 553, § 784 ; MOHN, 1990, p. 103-104 ; MÜHL, 2004, p. 70 ; STERN, 2008, p. 137 ; TOBLER, *Indirect Discrimination*, 2005, p. 234-235 ; WALDMANN, 2003, p. 310 et 364.

⁵⁴⁹ MARTENET, 2003, p. 49, § 108 ; STERN, 2008, p. 137-138.

⁵⁵⁰ DAMM, 2006, p. 341 ; MOHN, 1990, p. 103 ; STERN, 2008, p. 138.

Chapitre III Formes de discrimination

Suite à la présentation de la notion de discrimination, il y a lieu d'examiner les différentes formes que peut revêtir une discrimination. Au préalable, il convient de souligner l'absence de consensus au sein de la doctrine lorsqu'il s'agit de trouver une terminologie appropriée. Ainsi, les auteurs recourent tant aux notions de discrimination ostensible et dissimulée (offene/versteckte Diskriminierung)⁵⁵¹, que formelle et matérielle (formelle/materielle Diskriminierung)⁵⁵² ou directe et indirecte (direkte/indirekte ou unmittelbare/mittelbare Diskriminierung)⁵⁵³. Quant à la Cour de justice elle distingue, comme nous l'avons vu précédemment, entre les discriminations ostensibles et dissimulées⁵⁵⁴. Le Tribunal fédéral,

⁵⁵¹ A titre d'exemples, BRÖHMER, 2007, p. 776 ss, § 20 ss ; DIETRICH, 1995, p. 390 ss ; EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 480 ss, § 11 ss ; HAKENBERG, 2006, p. 756, § 21 ; HOLOUBEK, *Art. 12 EGV*, 2009, p. 354 ss, § 41 ss ; KLUTH, *Art. 49-50 EGV*, 2007, p. 831 ss, § 51 ss ; MÜHL, 2004, p. 102 ss ; ROSSI, 2000, p. 210 ; SCHEUER, 2006, p. 642, § 36 et p. 708, § 5 ; WÖLKER/GRILL, 2003, p. 1327-1328, § 13 ; ZULEEG, 2003, p. 689, § 4.

⁵⁵² Cf. notamment EPINEY, 1995, p. 102 ss ainsi que, de la même auteure, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 480 ss, § 11 ss ; HINTERSTEININGER, 1999, p. 25 ss.

⁵⁵³ Voir par exemple, BARNARD, 2007, p. 255 ss ; VON BOGDANDY, 2007, p. 4 ss, § 10 ss ; BREITENMOSER/MURESAN, 2004, p. 144 ; BRÖHMER, 2007, p. 776 ss, § 20 ss ; BUCHER, 2000, p. 22 ss, § 58 ss ainsi que, de la même auteure, *Die Rechtsprechung*, 2006, p. 59 ; BUDISCHOWSKY, 2003, § 23 ss ; CARDINAUX, 2008, p. 36, § 65 ; CARLIER, 2007, p. 92-93, § 60 ; DAMM, 2006, p. 536 ss ; DOLLAT, 2008, p. 33 ss ; DONY, 1999, p. 53 ss ; GARRONE, 1994, p. 425 ss ; GASTALDI, 2007, p. 329 ; HAKENBERG, 2006, p. 756, § 21 ; IMHOF, *FZA/EFTA*, 2006, § 24 ss ; KÄLIN, 2002, p. 32 ss ; KLUTH, *Art. 49-50 EGV*, 2007, p. 831 ss, § 51 ss ; KUCSKO-STADLMAYER, 2005, § 39 ss ; LENZ, 2006, p. 267, § 4 ss ; MARTIN, 2006, p. 53 ss, § 79 ss ; PÄRLI, 2007, p. 25 ; PLÖTSCHER, 2003, p. 53 ss, 113 ss et 277 ss ; SCHEUER, 2006, p. 642, § 36 et p. 708, § 5 ; DE SCHUTTER, 1999, p. 14 ss ; STERN, 2008, p. 132 ss ; TOBLER, *Indirect Discrimination*, 2005, p. 55 ss ; WINDISCH-GRAETZ, 2006, § 61 ss. Selon TIEDJE/TROBERG, les discriminations dissimulées ne correspondent pas aux discriminations indirectes (TIEDJE/TROBERG, 2003, p. 1501 ss, § 72 ss). Dans le même sens, MAYER, 2003, § 14.

⁵⁵⁴ « Les règles d'égalité de traitement [...] prohibent non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat » (CJCE, arrêt du 12 février 1974, aff. 152/73, *Sotgiu*, Rec. 1974, p. 153, § 11). Voir également notamment CJCE, arrêt du 28 avril 1977, aff. 71/76, *Thieffry*, Rec. 1977, p. 765, § 13 ; CJCE, arrêt du 30 mai 1989, aff. 33/88, *Allué I*,

enfin, se réfère au caractère ostensible ou dissimulé d'une discrimination pour la qualifier de directe ou indirecte⁵⁵⁵.

Dans le cadre de ce travail, nous emploierons la terminologie suivie par le Tribunal fédéral et distinguerons dès lors entre les cas de discrimination directe et indirecte.

Section 1 Discrimination directe

L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité prohibe, en premier lieu, les discriminations ostensibles fondées sur la nationalité⁵⁵⁶. Sont ainsi visées les mesures qui recourent expressément au critère de nationalité pour instituer une différence de traitement entre deux situations comparables⁵⁵⁷. Sont également comprises dans la notion de discrimination directe les mesures qui se réfèrent de manière implicite au critère de nationalité, comme les mesures visant les *ressortissants des pays scandinaves*, les *ressortissants des anciens Etats communistes* ou les *ressortissants des pays de langue française*. Soulignons par ailleurs que tant les différences de traitement entre un national et un ressortissant d'un Etat de l'UE que les différences de traitement entre les ressortissants de différents Etats de l'UE font l'objet de l'interdiction.

Rec. 1989, p. 1591, § 11. Dans son arrêt *O'Flynn*, la Cour commence par rappeler cette définition puis fait référence au caractère « indirectement discriminatoire » des conditions du droit national (CJCE, arrêt du 23 mai 1996, aff. C-237/94, *O'Flynn*, Rec. 1996, p. I-2617, § 17 et 18).

⁵⁵⁵ « Le principe d'égalité de traitement prohibe toutes les discriminations ostensibles fondées sur la nationalité (discriminations directes) et toutes formes dissimulées de discrimination qui, par l'application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat sans être justifiées par des raisons objectives ni proportionnées au but à atteindre (discriminations indirectes) » [ATF 133 V 265 (271-272)]. Voir également ATF 131 V 209 (215).

⁵⁵⁶ ATF 131 V 209 (215); ATF 133 V 265 (271-272).

⁵⁵⁷ VON BOGDANDY, 2007, p. 4, § 10; BREITENMOSER/MURESAN, 2004, p. 144; CARDINAUX, 2008, p. 36, § 65; DIETRICH, 1995, p. 390; DONY, 1999, p. 53; EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 480, § 11 ainsi que, de la même auteure, 2009, p. 29; GASTALDI, 2007, p. 329; HINTERSTEININGER, 1999, p. 26; KÄLIN, 2002, p. 32; KUCSKO-STADLMAYER, 2005, § 39; LENZ, 2006, p. 266, § 4; MARTIN, 2006, p. 553, § 784; MÜHL, 2004, p. 102; PÄRLI, 2007, p. 25; PLÖTSCHER, 2003, p. 277; DE SCHUTTER, 1999, p. 23; STERN, 2008, p. 132; TIEDJE/TROBERG, 2003, p. 1501, § 71; TOBLER, *Indirect Discrimination*, 2005, p. 56; WINDISCH-GRAETZ, 2006, § 61.

A titre d'exemples, la Cour de justice a jugé que l'obligation de verser une *cautio judicatum solvi* imposée aux ressortissants des autres Etats membres⁵⁵⁸, la garantie de l'entrée gratuite dans les musées nationaux accordée aux ressortissants nationaux⁵⁵⁹, la subordination des étudiants étrangers au paiement d'un droit d'inscription complémentaire pour accéder aux universités⁵⁶⁰ ou les limitations du droit de séjour à une partie du territoire national adoptées uniquement à l'égard des ressortissants d'autres Etats membres⁵⁶¹ constituaient des mesures directement discriminatoires.

Le Tribunal fédéral a, quant à lui, jugé que la réglementation relative aux rentes extraordinaires consacrée par l'article 39 al. 1 LAI⁵⁶² en combinaison avec l'article 42 al. 1 LAVS⁵⁶³ est constitutive d'une discrimination directe⁵⁶⁴. En effet, elle réserve le droit à une rente extraordinaire aux ressortissants suisses⁵⁶⁵.

Aujourd'hui, ce type de discriminations se rencontre peu fréquemment⁵⁶⁶, « l'évidence de la condamnation des entraves discriminatoires directes

⁵⁵⁸ CJCE, arrêt du 1^{er} juillet 1993, aff. C-20/92, *Hubbard*, Rec. 1993, p. I-3777, § 15 ; CJCE, arrêt du 26 septembre 1996, aff. C-43/95, *Data Delecta*, Rec. 1996, p. I-4661, § 17 ; CJCE, arrêt du 20 mars 1997, aff. C-323/95, *Hayes*, Rec. 1997, p. I-1711, § 19 ; CJCE, arrêt du 2 octobre 1997, aff. C-122/96, *Saldanha*, Rec. 1997, p. I-5325, § 26.

⁵⁵⁹ CJCE, arrêt du 15 mars 1994, aff. C-45/93, *Commission/Espagne*, Rec. 1994, p. I-911, § 10.

⁵⁶⁰ CJCE, arrêt du 13 février 1985, aff. 293/83, *Gravier*, Rec. 1985, p. 593, § 26 ; CJCE, arrêt du 3 mai 1994, aff. C-47/93, *Commission/Belgique*, Rec. 1994, p. I-1593, § 19.

⁵⁶¹ CJCE, arrêt du 28 octobre 1975, aff. 36/75, *Rutili*, Rec. 1975, p. 1219, § 48 ss.

⁵⁶² Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité, RS 831.20.

⁵⁶³ Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants, RS 831.10.

⁵⁶⁴ ATF 131 V 390 (402). Relevons toutefois que le Tribunal fédéral a conclu in casu que la recourante ne subissait pas de discrimination directe, « une Suisseuse se trouvant – abstraction faite de la nationalité – dans la même situation qu'elle, ne pou[vant] pas non plus prétendre à une rente extraordinaire, faute de compter un nombre d'années d'assurance égal à celui des personnes de sa classe d'âge ».

⁵⁶⁵ Selon l'article 39 al. 1 LAI, « Le droit des ressortissants suisses aux rentes extraordinaires est déterminé par les dispositions de la LAVS ». L'article 42 al. 1 LAVS prévoit que « les ressortissants suisses qui ont leur domicile et leur résidence habituelle (art. 13 LPG) en Suisse ont droit à une rente extraordinaire s'ils ont le même nombre d'années d'assurance que les personnes de leur classe d'âge, mais n'ont pas droit à une rente ordinaire parce qu'ils n'ont pas été soumis à l'obligation de verser des cotisations pendant une année entière au moins ».

⁵⁶⁶ PLÖTSCHER, 2003, p. 54.

[...] raréfi[ant] les litiges sur ce point aux cas dans lesquels est en jeu l'élargissement du champ d'application des bénéficiaires »⁵⁶⁷.

Section 2 Discrimination indirecte

§ 1 Notion

La Cour de Justice ayant rapidement constaté qu'il était aisé pour les Etats membres d'éluder le principe de non-discrimination par l'emploi d'autres critères de distinction aboutissant, en fait, au même résultat⁵⁶⁸, elle a jugé que – « pour garantir l'un des principes fondamentaux de la Communauté » – ce type de distinctions devait également être prohibé par le Traité⁵⁶⁹. Sur la base de cette jurisprudence, le Tribunal fédéral a également admis que l'ALCP ne se contente pas de prohiber les cas de discrimination directe, mais interdit également toutes formes dissimulées de discrimination⁵⁷⁰.

A notre sens, la prise en compte de la jurisprudence communautaire par le Tribunal fédéral se conforme à la volonté des Etats parties de prendre « toutes les mesures nécessaires pour que les droits et obligations équivalant à ceux contenus dans les actes juridiques de la Communauté européenne auxquels il est fait référence trouvent application dans leurs relations » (art. 16 al. 1 ALCP)⁵⁷¹. Par ailleurs, l'analyse du texte des articles 2 ALCP, 9, 15, 19 Annexe I-ALCP et 3 règlement n° 1408/71 ne s'oppose pas à une telle interprétation. En effet, vu que le texte de ces différentes dispositions n'impose pas une référence expresse au critère de nationalité, leur interprétation littérale n'exclut pas la prise en compte des distinctions se basant sur d'autres critères mais aboutissant, en fait, au même résultat.

Tant la jurisprudence que la doctrine admettent qu'une discrimination

⁵⁶⁷ CARLIER, 2007, p. 92, § 60.

⁵⁶⁸ DAMM, 2006, p. 541 ; MÜHL, 2004, p. 103 ; PLÖTSCHER, 2003, p. 54 et 278 ; STERN, 2008, p. 133 ; TOBLER, *Indirect Discrimination*, 2005, p. 114 et 260 ss.

⁵⁶⁹ CJCE, arrêt du 12 février 1974, aff. 152/73, *Sotgiu*, Rec. 1974, p. 153, § 11.

⁵⁷⁰ ATF 131 V 209 (215) ; ATF 133 V 265 (271-272).

⁵⁷¹ Dans le même sens, en ce qui concerne le but des dispositions communautaires, cf. CJCE, arrêt du 12 février 1974, aff. 152/73, *Sotgiu*, Rec. 1974, p. 153, § 11 ; EPINEY, 1995, p. 103 ; HINTERSTEININGER, 1999, p. 34 ; MÜHL, 2004, p. 104.

indirecte résulte de l'emploi de critères de distinction en apparence neutres mais aboutissant, en fait, au même résultat qu'en cas de recours au critère de la nationalité⁵⁷². La relation entre ce critère neutre et le résultat discriminatoire constituant le centre névralgique de la notion de discrimination indirecte⁵⁷³, il convient de s'y attarder quelques instants.

§ 2 Critère neutre et impact différencié

Si l'on examine, dans un premier temps, la jurisprudence communautaire, il y a lieu de relever que la Cour de justice ne recourt que rarement à des éléments chiffrés pour admettre un cas de discrimination indirecte⁵⁷⁴. La Cour se contente, dans la majorité des arrêts, de recourir à l'expérience de la vie pour juger que l'emploi d'un critère neutre en apparence aboutit à un résultat discriminatoire⁵⁷⁵. Ainsi, elle admet notamment un cas de discrimination indirecte lorsqu'une mesure frappe « surtout les ressortissants des autres Etats membres »⁵⁷⁶, « est susceptible d'aboutir en fait » à un résultat désavantageux à l'égard des ressortissants d'autres Etats membres⁵⁷⁷, prévoit une condition qui peut « plus facilement [être] remplie »

⁵⁷² Cf. notamment CJCE, arrêt du 12 février 1974, aff. 152/73, *Sotgiu*, Rec. 1974, p. 153, § 11 ; CJCE, arrêt du 12 juillet 1979, aff. 237/78, *Toia*, Rec. 1979, p. 2645, § 12 ; CJCE, arrêt du 29 octobre 1980, aff. 22/80, *Boussac*, Rec. 1980, p. 3427, § 9. Voir également BARNARD, 2007, p. 256 ; VON BOGDANDY, 2007, p. 4-5, § 10 ; BREITENMOSER/MURESAN, 2004, p. 144 ; BRÖHMER, 2007, p. 777, § 21 ; CARDINAUX, 2008, p. 36, § 65 ; DIETRICH, 1995, p. 392 ; EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 480, § 11 ainsi que, de la même auteure, 2009, p. 29 ; GASTALDI, 2007, p. 329 ; HINTERSTEININGER, 1999, p. 26 ; KÄLIN, 2002, p. 35 ; KLUTH, *Art. 49-50 EGV*, 2007, p. 832, § 53 ; KUCSKO-STADLMAYER, 2005, § 40 ; LENZ, 2006, p. 267, § 5 ; MARTIN, 2006, p. 557, § 792 ; MÜHL, 2004, p. 104 ; SCHEUER, 2006, p. 642, § 36 ; STERN, 2008, p. 133 ; TOBLER, *Indirect Discrimination*, 2005, p. 57, 99 ss et 426-427 (TOBLER propose ici trois définitions de la notion de discrimination indirecte) ; WALDMANN, 2003, p. 340-341 ; WINDISCH-GRAETZ, 2006, § 64 ; ZULEEG, 2003, p. 689, § 4.

⁵⁷³ Dans le même sens, MÜHL, 2004, p. 104.

⁵⁷⁴ PLÖTSCHER, 2003, p. 58 et 119. A titre d'exemples, cf. CJCE, arrêt du 30 mai 1989, aff. 33/88, *Allué I*, Rec. 1989, p. 1591, § 12 ; CJCE, arrêt du 2 août 1993, aff. C-259/91 et C-331/91, *Allué II*, Rec. 1993, p. I-4309, § 12 ; CJCE, arrêt du 20 octobre 1993, aff. C-272/92, *Spotti*, Rec. 1993, p. I-5185, § 18.

⁵⁷⁵ MÜHL, 2004, p. 105 ; PLÖTSCHER, 2003, p. 120 et 278.

⁵⁷⁶ CJCE, arrêt du 29 octobre 1980, aff. 22/80, *Boussac*, Rec. 1980, p. 3427, § 10.

⁵⁷⁷ CJCE, arrêt du 12 juillet 1979, aff. 237/78, *Toia*, Rec. 1979, p. 2645, § 13.

par un national que par un ressortissant d'un autre Etat membre⁵⁷⁸ ou « favorise essentiellement » les ressortissants nationaux⁵⁷⁹. Dans certains arrêts, la Cour est même allée jusqu'à admettre le caractère discriminatoire de mesures « risqu[ant] de jouer principalement au détriment de ressortissants d'autres Etats membres »⁵⁸⁰. Selon elle, il n'est d'ailleurs pas nécessaire « de constater que la disposition en cause affecte, en pratique, une proportion substantiellement plus importante de travailleurs migrants. Il suffit de constater que cette disposition est susceptible de produire un tel effet »⁵⁸¹.

A notre sens et conformément à la jurisprudence communautaire, le recours à l'expérience de la vie doit être privilégié⁵⁸². Il est vrai que ce procédé présente un certain degré de subjectivité⁵⁸³, mais il permet d'éviter les difficultés liées à la preuve que peut entraîner l'exigence d'éléments statistiques⁵⁸⁴ ; il se conforme dès lors à la volonté des Etats parties de garantir l'effectivité⁵⁸⁵ du principe de non-discrimination⁵⁸⁶. Ainsi, il y a par exemple lieu d'admettre que le critère du domicile est susceptible d'engendrer une discrimination indirecte, les ressortissants d'un Etat re-

⁵⁷⁸ CJCE, arrêt du 10 mars 1993, aff. C-111/91, *Commission/Luxembourg*, Rec. 1993, p. I-817, § 10.

⁵⁷⁹ CJCE, arrêt du 3 juin 1992, aff. C-360/89, *Commission/Italie*, Rec. 1992, p. I-3401, § 12 ; CJCE, arrêt du 24 novembre 1998, aff. C-274/96, *Bickel et Franz*, Rec. 1998, p. I-7637, § 26.

⁵⁸⁰ CJCE, arrêt du 14 février 1995, aff. C-279/93, *Schumacker*, Rec. 1995, p. I-225, § 28. Voir également CJCE, arrêt du 8 mai 1990, aff. C-175/88, *Biehl*, Rec. 1990, p. I-1779, § 14 ; CJCE, arrêt du 28 janvier 1992, aff. C-204/90, *Bachmann*, Rec. 1992, p. I-249, § 9 ; CJCE, arrêt du 23 mai 1996, aff. C-237/94, *O'Flynn*, Rec. 1996, p. I-2617, § 18 ; CJCE, arrêt du 7 mai 1998, aff. C-350/96, *Clean Car Auto Service*, Rec. 1998, p. I-2521, § 29 ; CJCE, arrêt du 29 avril 1999, aff. C-224/97, *Ciola*, Rec. 1999, p. I-2517, § 14.

⁵⁸¹ CJCE, arrêt du 23 mai 1996, aff. C-237/94, *O'Flynn*, Rec. 1996, p. I-2617, § 21.

⁵⁸² Dans le même sens, VON BOGDANDY, 2007, p. 5-6, § 15 ; BRECHMANN, 2007, p. 727, § 50 ; EPINEY, 1995, p. 105 ss ; HINTERSTEINER, 1999, p. 37 ss ; MÜHL, 2004, p. 105-106 ; PLÖTSCHER, 2003, p. 278-279 ; WINDISCH-GRAETZ, 2006, § 64.

⁵⁸³ PLÖTSCHER, 2003, p. 59.

⁵⁸⁴ EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 481, § 12 ; WINDISCH-GRAETZ, 2006, § 64. Contra : BRÖHMER, 2007, p. 777, § 21 ; DAMM, 2006, p. 542. PLÖTSCHER reconnaît le rôle des éléments statistiques lorsqu'il est question de mesures s'adressant à un cercle restreint de bénéficiaires (PLÖTSCHER, 2003, p. 278).

⁵⁸⁵ Cf. art. 16 al. 1 ALCP.

⁵⁸⁶ Par analogie, MÜHL, 2004, p. 105.

présentant, selon l'expérience de la vie, la majorité des personnes domiciliées dans ce même Etat⁵⁸⁷.

Soulignons encore que la Cour n'impose aucune exigence relative à la nature des critères de distinction⁵⁸⁸. Tout critère est susceptible d'aboutir à un résultat discriminatoire lorsqu'il risque de s'appliquer principalement au détriment des ressortissants d'autres Etats membres⁵⁸⁹.

§ 3 Illustrations

I. Jurisprudence de la Cour de justice

La Cour de justice a notamment jugé indirectement discriminatoires les critères tels que le lieu d'origine et le domicile⁵⁹⁰, la résidence⁵⁹¹ ou le lieu de travail⁵⁹². Il en va par ailleurs de même des conditions ayant trait à la nationalité ou au domicile d'un membre de la famille⁵⁹³. Dans certains arrêts, la Cour a admis que l'exigence d'un quelconque lien avec le territoire de l'Etat concerné pouvait présenter un caractère discriminatoire. Ainsi, elle a considéré que le « fait de subordonner toute indemnisation

⁵⁸⁷ PLÖTSCHER, 2003, p. 278.

⁵⁸⁸ VON BOGDANDY, 2007, p. 5, § 14.

⁵⁸⁹ Cf. CJCE, arrêt du 12 février 1974, aff. 152/73, *Sotgiu*, Rec. 1974, p. 153, § 11. La Cour parle ici « d'autres critères de distinction » sans apporter de précisions quant à leur nature. Dans le même sens, HINTERSTEINER, 1999, p. 36. Contra : EPINEY considère que le critère doit présenter un certain lien avec un Etat membre (EPINEY, 1995, p. 106 ainsi que, de la même auteure, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 481, § 12) ; STERN estime que le critère doit présenter une caractéristique personnelle, (STERN, 2008, p. 133-134 : « personenbezogenes Anknüpfungsmerkmal »).

⁵⁹⁰ CJCE, arrêt du 12 février 1974, aff. 152/73, *Sotgiu*, Rec. 1974, p. 153, § 11 ss.

⁵⁹¹ CJCE, arrêt du 10 mars 1993, aff. C-111/91, *Commission/Luxembourg*, Rec. 1993, p. I-817, § 10 ; CJCE, arrêt du 7 mai 1998, aff. C-350/96, *Clean Car Autoservice*, Rec. 1998, p. I-2521, § 29 ; CJCE, arrêt du 29 avril 1999, aff. C-224/97, *Ciola*, Rec. 1999, p. I-2517, § 14.

⁵⁹² CJCE, arrêt du 23 février 1994, aff. C-419/92, *Scholz*, Rec. 1994, p. I-505, § 11 ; CJCE, arrêt du 15 janvier 1998, aff. C-15/96, *Schöningh-Kougebetopoulou*, Rec. 1998, p. I-47, § 22-23.

⁵⁹³ CJCE, arrêt du 12 juillet 1979, aff. 237/78, *Toia*, Rec. 1979, p. 2645, § 12 ss ; CJCE, arrêt du 15 janvier 1986, aff. 41/84, *Pinna*, Rec. 1986, p. 1, § 24-25 ; CJCE, arrêt du 12 juin 1997, aff. C-266/95, *Merino Garcia*, Rec. 1997, p. I-3279, § 35.

des frais exposés par un travailleur migrant, en tant que personne responsable, à la condition que l'inhumation ou la crémation ait lieu sur le territoire [national] »⁵⁹⁴, que le « refus d'assimiler le service militaire accompli dans un autre Etat membre au service militaire accompli dans l'Etat concerné » ou que l'exigence d'appartenance à un système national d'éducation⁵⁹⁵ ou de sécurité sociale⁵⁹⁶ pouvaient constituer des cas de discrimination indirecte. Elle a également admis qu'il était contraire à l'interdiction de discrimination qu'un Etat exige des ressortissants d'autres Etats membres qu'ils acquièrent un diplôme national⁵⁹⁷. La Cour a par ailleurs jugé que des critères politiques ou culturels tels que l'obligation d'acquérir des connaissances linguistiques sur le territoire national⁵⁹⁸ ou les conditions relatives à la monnaie dans laquelle les créances sont libellées⁵⁹⁹ pouvaient présenter un caractère indirectement discriminatoire.

Il ressort de ces différents exemples que la majorité des critères aboutissant à un résultat discriminatoire présentent un caractère suspect du fait de leur lien inhérent à la condition de nationalité⁶⁰⁰. Il est toutefois également arrivé que la Cour juge indirectement discriminatoire le recours à des critères parfaitement neutres⁶⁰¹ – et ne présentant dès lors aucun caractère

⁵⁹⁴ CJCE, arrêt du 23 mai 1996, aff. C-237/94, *O'Flynn*, Rec. 1996, p. I-2617, § 23 ; CJCE, arrêt du 25 juin 1997, aff. C-131/96, *Mora Romero*, Rec. 1997, p. I-3659, § 33.

⁵⁹⁵ CJCE, arrêt du 21 novembre 1991, aff. C-27/91, *Manoir*, Rec. 1991, p. I-5531, § 12-13 ; CJCE, arrêt du 12 septembre 1996, aff. C-278/94, *Commission/Belgique*, Rec. 1996, p. I-4307, § 27 ss.

⁵⁹⁶ CJCE, arrêt du 3 octobre 2000, aff. C-411/98, *Ferlini*, Rec. 2000, p. I-8081, § 58.

⁵⁹⁷ CJCE, arrêt du 28 avril 1977, aff. 71/76, *Thieffry*, Rec. 1977, p. 765, § 27 ; CJCE, arrêt du 7 mai 1991, aff. C-340/89, *Vlassopoulou*, Rec. 1991, p. I-2357, § 7 ss (il convient toutefois de souligner que ces arrêts ont été rendus avant l'adoption de la Directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise, JO n° L 77, 1998, p. 36). Voir également CJCE, arrêt du 15 octobre 1987, aff. 222/86, *Heylens*, Rec. 1987, p. 4097, § 7 ss ; CJCE, arrêt du 7 mai 1992, aff. C-104/91, *Aguirre Borrell*, Rec. 1992, p. I-3003, § 5 ss.

⁵⁹⁸ CJCE, arrêt du 28 novembre 1989, aff. C-379/87, *Groener*, Rec. 1989, p. 3967, § 23 ; CJCE, arrêt du 6 juin 2000, aff. C-281/98, *Angonese*, Rec. 2000, p. I-4139, § 45.

⁵⁹⁹ CJCE, arrêt du 29 octobre 1980, aff. 22/80, *Boussac*, Rec. 1980, p. 3427, § 10.

⁶⁰⁰ GARRONE, 1994, p. 429 ; PLÖTSCHER, 2003, p. 117.

⁶⁰¹ GARRONE, 1994, p. 431.

suspect – tels que les mesures nationales imposant des critères quant à la dimension et la puissance des bateaux⁶⁰².

II. Jurisprudence du Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral a notamment admis que les conditions d'octroi d'une rente d'invalidité ordinaire – à moins d'être objectivement justifiées – sont indirectement discriminatoires. En effet, vu que les dispositions en cause imposent, pour être assuré à l'AI, une exigence de domicile ou d'exercice d'une activité lucrative en Suisse (art. 1b LAI en relation avec les articles 1a et 2 LAVS), elles peuvent, selon l'expérience de la vie, plus facilement être remplies par les nationaux que par les ressortissants étrangers⁶⁰³.

Il en va de même en ce qui concerne la réglementation prévue par l'article 52a RAVS⁶⁰⁴ relative à la prise en compte des années de cotisations manquantes. Cette disposition renvoyant également aux articles 1a et 2 LAVS, elle peut plus facilement être remplie par les ressortissants suisses que par les ressortissants étrangers⁶⁰⁵. Le Tribunal fédéral a également jugé que la condition de domicile consacrée par l'article 14 al. 1 let. b LACI⁶⁰⁶ – qui régleme la libération des conditions relatives à la période de cotisation

⁶⁰² CJCE, arrêt du 16 février 1978, aff. 61/77, *Commission/Irlande*, Rec. 1978, p. 417, § 69 ss.

⁶⁰³ ATF 131 V 390 (401). Selon le Tribunal fédéral, cette réglementation se conforme toutefois à l'article 48 al. 1 du règlement n° 1408/71 qui a pour fonction « d'éviter aux institutions débitrices des frais de calcul et de transmission supérieurs aux prestations elles-mêmes, en raison du caractère minime des montants dus au prorata des périodes d'assurances » et doit dès lors être considérée comme objectivement justifiée et conforme au principe de proportionnalité (401-402).

⁶⁰⁴ Règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance vieillesse et survivants, RS 831.101.

⁶⁰⁵ ATF 131 V 209 (217-218). Le Tribunal fédéral considère toutefois que cette restriction se justifie au regard du système de coordination, dès lors que le règlement n° 1408/71 ne s'oppose pas à l'exigence d'un certain lien avec la Suisse en ce qui concerne les conditions d'accès à une telle assurance (218-221). L'argumentation du Tribunal fédéral n'est pas convaincante, le lien avec la Suisse découlant des 35 ans d'activité lucrative exercée sur le territoire suisse ou des cotisations payées dans notre pays (KAHIL-WOLFF, à paraître in : RDS 2009). Voir également TF, arrêt du 14 juillet 2005, H 16/04 (c. 6).

⁶⁰⁶ ATF 133 V 367 (378 ss). Voir également TF, arrêt du 9 mai 2007, C 101/04 (c. 9-12).

en cas de maladie, d'accident ou de maternité – ainsi que les conditions d'assurance imposées aux étrangers en vertu des articles 6 al. 2 et 9 al. 3 LAI⁶⁰⁷ sont indirectement discriminatoires. Il a par ailleurs considéré que l'article 150 al. 2 aOJ (art. 62 al. 2 LTF)⁶⁰⁸, selon lequel une *cautio iudicatum solvi* peut être exigée des parties ne possédant pas de domicile en Suisse, est constitutif d'une discrimination indirecte, à moins qu'il ne se justifie par des motifs objectifs. En effet, vu que cette disposition impose une condition de domicile, elle risque, selon le Tribunal fédéral, de jouer principalement au détriment des ressortissants étrangers⁶⁰⁹.

Si le Tribunal fédéral semble clairement admettre que le principe d'interdiction des discriminations vise également les mesures se fondant indirectement sur le critère de la nationalité, il arrive toutefois qu'il rencontre des difficultés lors de son application.

A titre d'exemple, nous sommes d'avis que le Tribunal fédéral aurait dû reconnaître le caractère indirectement discriminatoire des modalités de mise en œuvre de l'ordonnance d'exécution de la limitation de l'admission des fournisseurs de prestations à pratiquer à la charge de l'assurance-maladie obligatoire (blocage du personnel médical)⁶¹⁰. En effet, bien que tant les nationaux que les ressortissants communautaires disposent du même délai d'un mois pour déposer une demande de pratiquer, cette réglementation risque de jouer principalement au détriment des ressortissants communautaires, ceux-ci ne bénéficiant pas des mêmes

⁶⁰⁷ TF, arrêt du 19 avril 2007, I 816/06 (c. 5.7); TF, arrêt du 10 décembre 2007, 9C_348/2007 (c. 4.4); TF, arrêt du 12 février 2008, 9C_277/2007 (c. 4.3); TF, arrêt du 23 avril 2008, 9C_679/2007; TF, arrêt du 7 mai 2008, 9C_505/2007 (c. 2.1.1).

⁶⁰⁸ RO 1944 269.

⁶⁰⁹ TF, arrêt du 24 octobre 2002, B 18/02 (c. 4.1). Vu qu'un traité international relatif à l'exécution des décisions judiciaires en matière de sécurité sociale (telle que la Convention du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano, RS 0.275.11) fait défaut, le Tribunal fédéral considère toutefois qu'une telle réglementation se justifie afin de garantir l'exécution des jugements à l'étranger (c. 4.1.1-4.1.2).

⁶¹⁰ ATF 130 I 26, JT 2005 I p. 143. Voir également TF, arrêt du 6 septembre 2004, 2P.134/2003. Soulignons ici que le gel de l'ouverture de nouveaux cabinets médicaux a été prolongé jusqu'à fin 2011, le Conseil des Etats ayant adopté le 4 juin 2009 le projet élaboré par le Conseil National (09.400, Bulletin officiel du Conseil des Etats 2009, session d'été, 9^{ème} séance).

connaissances que les nationaux en ce qui concerne les conditions à remplir pour ouvrir un cabinet médical⁶¹¹.

Mentionnons également l'arrêt du 11 août 2008 dans lequel notre Haute Cour a rejeté le recours d'un ressortissant autrichien qui faisait valoir que le refus par les autorités nationales de considérer une rente de vieillesse autrichienne comme insaisissable au sens de l'article 92 al. 1 ch. 9a LP⁶¹² constitue une violation de l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité consacrée par les articles 2 ALCP et 3 Règlement n° 1408/71⁶¹³. Pour arriver à une telle conclusion, le Tribunal fédéral s'est contenté de préciser que le traitement dont fait l'objet le recourant n'est pas lié à sa nationalité, mais résulte de son affiliation à une autre assurance-vieillesse qui, contrairement à la LAVS, n'est pas expressément mentionnée à l'article 92 al. 1 ch. 9a LP. Il a par ailleurs souligné qu'un tel traitement s'applique également à l'encontre des ressortissants suisses qui ont travaillé pendant plusieurs années en Autriche et rentrent ultérieurement en Suisse.

A notre sens, le raisonnement du Tribunal fédéral est particulièrement critiquable. En effet, notre Haute Cour se contente de relever l'absence de mention expresse du critère de nationalité pour écarter toute violation de l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité. Nous sommes d'avis qu'elle aurait dû, après avoir conclu à l'absence de discrimination directe, examiner dans quelle mesure la réglementation en cause risque de s'appliquer principalement au détriment des ressortissants étrangers et constitue ainsi une discrimination indirecte, à moins de se justifier par des motifs objectifs⁶¹⁴.

⁶¹¹ Dans le même sens, EPINEY, 2009, p. 29-30. Contra : GREMPER, 2009, p. 920, § 18.19 ; HANGARTNER, *Freizügigkeitsabkommen*, 2003, p. 267.

⁶¹² Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1.

⁶¹³ ATF 134 III 608 (613-614).

⁶¹⁴ A notre sens, le caractère indirectement discriminatoire de la réglementation ne fait pas de doute. Peu importe en effet que la réglementation en question s'applique également aux ressortissants suisses ayant travaillé à l'étranger, celle-ci désavantage essentiellement les ressortissants d'autres Etats parties et institue donc une discrimination indirecte. Dans le même sens, EPINEY, 2009, p. 30.

Section 3 Discrimination à rebours

Le notion de discrimination à rebours vise les situations dans lesquelles les ressortissants nationaux sont traités moins favorablement, dans leur Etat national, que les ressortissants étrangers⁶¹⁵. La question se pose de savoir à quelles conditions de tels cas de discrimination sont prohibés par le Traité et/ou par l'ALCP.

Dans le cadre de ce chapitre nous commencerons par une présentation de la position de la Cour de justice, ainsi que de la doctrine communautaire concernant les cas de discrimination à rebours⁶¹⁶, puis nous examinerons le régime prévalant dans le cadre de l'Accord⁶¹⁷. Nous concluons par une analyse des cas de discrimination à rebours ne présentant pas d'éléments transfrontaliers⁶¹⁸.

§ 1 Droit communautaire

I. Principes

Il ressort de la jurisprudence communautaire que la Cour de justice sanctionne les cas de discrimination à rebours lorsqu'ils présentent un élément transfrontalier, c'est-à-dire lorsqu'ils entrent dans le champ d'application matériel des articles 12 al. 1, 39, 43 et/ou 49 TCE⁶¹⁹. A l'inverse, les si-

⁶¹⁵ EPINEY, 1995, p. 19 ss ; HAMMERL, 1997, p. 23 ss ; HINTERSTEINER, 1999, p. 58 ; HOTTETIER/MOCK, 2003, p. 1275 ; HOLOUBEK, *Inländerdiskriminierung*, 2000, p. 159 ss ; ILIOPOULOU, 2007, p. 268 ; KADDOUS/TOBLER, 2005, p. 628 ; LACH, 2008, p. 5 ss ; MOCK/FILLIEZ, 2006, p. 238 ; MÜHL, 2004, p. 107-109 ; PLÖTSCHER, 2003, p. 75-77 ; RIESE/NOLL, 2007, p. 517 ; SCHILLING, 1994, p. 8 ; STERN, 2008, p. 80-81.

⁶¹⁶ Cf. Partie II, Chapitre III, Section 3, § 1.

⁶¹⁷ Cf. Partie II, Chapitre III, Section 3, § 2.

⁶¹⁸ Cf. Partie II, Chapitre III, Section 3, § 3.

⁶¹⁹ Voir notamment CJCE, arrêt du 20 avril 1988, aff. 204/87, *Bekaert*, Rec. 1988, p. 2029, § 12 ; CJCE, arrêt du 28 janvier 1992, aff. C-332/90, *Steen I*, Rec. 1992, p. I-341, § 11 ; CJCE, arrêt du 29 avril 2004, aff. C-224/02, *Pusa*, Rec. 2004, p. I-5763, § 17-20 (cet arrêt se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, il doit être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP. Cf. EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2005, p. 48). Pour une analyse approfondie de cette condition, cf. LACH, 2008, p. 56 ss.

tuations purement internes – c'est-à-dire qui ne présentent aucun élément transfrontalier – ne sont pas prohibées par le droit communautaire, ces situations n'entrant pas dans le champ d'application du Traité⁶²⁰. La Cour considère en effet que lorsque l'on est en présence de telles situations, « il appartient à la juridiction nationale, confrontée à une question de droit interne, d'apprécier s'il y a une discrimination dans le cadre de ce dernier et si et comment celle-ci doit être éliminée »⁶²¹.

En ce qui concerne la position de la doctrine, si la majorité des auteurs estiment que la jurisprudence de la Cour en matière de discriminations à rebours correspond au but du Traité⁶²², certains auteurs soutiennent, quant à eux, que les situations purement internes doivent également être soumises au droit communautaire. En particulier, EPINEY considère que l'exigence d'un élément transfrontalier ne correspond plus au but du Traité depuis l'introduction du concept de marché intérieur en 1987. Il se justifie dès lors, selon elle, d'y renoncer. Une telle renonciation n'est toutefois possible qu'à la condition d'être accompagnée d'une nouvelle catégorie de motifs justificatifs – les intérêts légitimes des Etats membres – permettant de prendre en considération les compétences des Etats membres⁶²³. LACH relève, quant à lui, que l'article 18 TCE présente les caractéristiques d'un droit fondamental susceptible d'être invoqué par

⁶²⁰ Cf. notamment CJCE, arrêt du 7 février 1979, aff. 115/78, *Knoors*, Rec. 1979, p. 399, § 24 ; CJCE, arrêt du 28 juin 1984, aff. 180/83, *Moser*, Rec. 1984, p. 2539, § 20 ; CJCE, arrêt du 15 janvier 1986, aff. 44/84, *Hurd*, Rec. 1986, p. 29, § 55 ; CJCE, arrêt du 8 décembre 1987, aff. 20/87, *Gauchard*, Rec. 1987, p. 4879, § 13 ; CJCE, arrêt du 20 avril 1988, aff. 204/87, *Bekaert*, Rec. 1988, p. 2029, § 13 ; CJCE, arrêt du 28 janvier 1992, aff. C-332/90, *Steen I*, Rec. 1992, p. I-341, § 12 ; CJCE, arrêt du 31 mars 1993, aff. C-19/92, *Kraus*, Rec. 1993, p. I-1663, § 15 ; CJCE, arrêt du 27 juin 1996, aff. C-107/94, *Asscher*, Rec. 1996, p. I-3089, § 32 ; CJCE, arrêt du 5 juin 1997, aff. C-64/96 et C-65/96, *Uecker et Jacquet*, Rec. 1997, p. I-3171, § 23 ; CJCE, arrêt du 11 juillet 2002, aff. C-60/00, *Carpenter*, Rec. 2002, p. I-6279, § 28. Pour une présentation détaillée de la question, cf. LACH, 2008, p. 79 ss.

⁶²¹ CJCE, arrêt du 16 juin 1994, aff. C-132/93, *Steen II*, Rec. 1994, p. I-2715, § 10.

⁶²² VON BOGDANDY, 2005, p. 16, § 51 ; BRECHMANN, 2007, p. 725-726, § 47 ; DIETRICH, 1995, p. 184-185, 197, 213, 240-242, 357 et 405-407 ; HAMMERL, 1997, p. 151 ss ; HOLOUBEK, *Art. 12 EGV*, 2009, p. 348-349, § 19 ss ; KUCSKO-STADLMAYER, 2005, § 52 ; MÜHL, 2004, p. 110 ; RIESE/NOLL, 2007, p. 519 ; ROSSI, 2000, p. 201-202 et 211 ; SCHILLING, 1994, p. 9 ; SCHÖNBERGER, 2006, p. 429-430 STERN, 2008, p. 80 ss et 109-111 ; TIEDJE/TROBERG, 2003, p. 1507, § 89 et p. 1513, § 109-110 ; WÖLKER/GRILL, 2003, p. 1325 ss, § 9 ss ; ZULEEG, 2003, p. 694, § 14.

⁶²³ EPINEY, 1995, p. 205 ss, ainsi que, de la même auteure, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 487-488, § 34-36 et *Familiennachzug*, 2008, p. 851-852.

l'ensemble des citoyens de l'Union. Partant de ce constat, il considère que cette disposition octroie aux citoyens de l'UE non seulement la faculté d'user, mais également celle de ne pas user de leur droit à la libre circulation. Or, vu que le principe d'interdiction des discriminations constitue l'élément central du statut de citoyen européen, cet auteur estime que l'ensemble des citoyens européens doivent bénéficier de l'interdiction de discrimination, même lorsqu'ils n'ont pas fait usage de leur droit à la libre circulation⁶²⁴. SCHEUER déduit enfin des articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁶²⁵ ainsi que de son Préambule l'extension du champ d'application du principe de non-discrimination aux situations internes⁶²⁶.

II. Illustrations

Plusieurs exemples peuvent être présentés afin d'illustrer la jurisprudence communautaire. La Cour de justice a jugé à de nombreuses reprises que les ressortissants communautaires ayant acquis des qualifications professionnelles dans un autre Etat membre bénéficient du droit à l'interdiction des discriminations à l'encontre de leurs autorités nationales lorsqu'ils retournent dans leur Etat d'origine. Tel a été par exemple le cas d'un ressortissant néerlandais, domicilié en Belgique et ayant acquis dans ce pays des qualifications professionnelles d'installateur-plombier. Selon la Cour, « s'il est vrai que les dispositions du Traité en matière d'établissement et de prestations de services ne sauraient être appliquées à des situations purement internes à un Etat membre, il n'en reste pas moins que la référence par l'article 52, aux « ressortissants d'un Etat membre » désireux de s'établir « dans le territoire d'un autre Etat membre », ne saurait être interprétée de manière à exclure du bénéfice du droit communautaire les propres ressortissants d'un Etat membre déterminé, lorsque ceux-ci, par le fait d'avoir résidé régulièrement sur le territoire d'un autre Etat membre et d'y avoir acquis une qualification professionnelle reconnue par les dispositions du droit communautaire, se trouvent, à l'égard de leur Etat d'origine, dans une situation assimilable à celle de tous les autres sujets

⁶²⁴ LACH, 2008, p. 338 ss.

⁶²⁵ JO n° C 303 2007, p. 1.

⁶²⁶ SCHEUER, 2006, p. 645-646, § 40. Voir également HINTERSTEININGER, 1999, p. 57 ss et les différentes références doctrinales in : LACH, 2008, p. 196 ss et 245 ss.

bénéficiant des droits et libertés garantis par le Traité »⁶²⁷. En effet, la Cour considère que les libertés fondamentales ne seraient « pas pleinement réalisées si les Etats membres pouvaient refuser le bénéfice des dispositions du droit communautaire à ceux de leurs ressortissants qui ont fait usage des facilités existant en matière de circulation et d'établissement et qui ont acquis, à la faveur de celles-ci, les qualifications professionnelles visées par la directive dans un Etat membre autre que celui dont ils ont la nationalité »⁶²⁸.

La Cour a par ailleurs jugé que les ressortissants nationaux ayant fait usage de leur droit à la libre circulation doivent au moins jouir, dans leur Etat national, des mêmes droits en matière de regroupement familial que ceux qui leur seraient octroyés en vertu du droit communautaire dans un autre Etat membre⁶²⁹.

Elle considère également que le Traité s'oppose aux réglementations nationales permettant à un Etat membre de refuser l'octroi d'avantages fiscaux ou sociaux à ses nationaux au seul motif qu'ils ont fait usage de leur droit à la libre circulation⁶³⁰.

§ 2 ALCP

Le Tribunal fédéral a adopté la même approche que la Cour de justice en matière de discriminations à rebours.

Dans plusieurs affaires relatives à des questions de regroupement familial, il a jugé – sur la base de la jurisprudence communautaire – que seuls les cas de discrimination qui présentent un élément transfrontalier doivent être appréciés au regard de l'Accord. Au contraire, un citoyen national n'est pas en droit d'invoquer l'ALCP lorsqu'il n'a ni séjourné, ni travaillé

⁶²⁷ CJCE, arrêt du 7 février 1979, aff. 115/78, *Knoors*, Rec. 1979, p. 399, § 24. Voir également CJCE, arrêt du 3 octobre 1990, aff. C-61/89, *Bouchoucha*, Rec. 1990, p. I-3551, § 13 ; CJCE, arrêt du 31 mars 1993, aff. C-19/92, *Kraus*, Rec. 1993, p. I-1663, § 15.

⁶²⁸ CJCE, arrêt du 6 octobre 1981, aff. 246/80, *Broekmeulen*, Rec. 1981, p. 2311, § 20.

⁶²⁹ CJCE, arrêt du 7 juillet 1992, aff. C-370/90, *Singh*, Rec. 1992, p. I-4265, § 25.

⁶³⁰ Voir notamment CJCE, arrêt du 27 juin 1996, aff. C-107/94, *Asscher*, Rec. 1996, p. I-3089, § 62 et 64 ; CJCE, arrêt du 11 juillet 2002, aff. C-224/98, *D'Hoop*, Rec. 2002, p. I-6191, § 35.

dans un autre Etat membre. De telles situations – qui sont purement internes – doivent être appréhendées au regard de la Constitution des Etats membres concernés⁶³¹.

A notre sens, une telle interprétation doit être suivie⁶³². S'il est vrai que le texte des articles 2 ALCP, 9, 15 et 19 Annexe I-ALCP semble, à première vue, exclure la possibilité pour un ressortissant d'une partie contractante de faire valoir son droit à l'interdiction des discriminations à l'encontre de l'Etat dont il a la nationalité⁶³³, cette interprétation littérale ne correspond pas à la volonté des Etats parties⁶³⁴. En effet, il ressort du Préambule et de l'article 16 al. 1 ALCP que les Etats contractants sont « décidés à réaliser la libre circulation des personnes entre eux en s'appuyant sur les dispositions en application dans la Communauté européenne » et sont prêts à prendre « toutes les mesures nécessaires pour que les droits et obligations équivalant à ceux contenus dans les actes juridiques de la Communauté européenne auxquels il est fait référence trouvent application ». En outre, une telle interprétation correspond à la jurisprudence communautaire rendue avant la signature de l'Accord qu'il convient de prendre en considération en vertu de l'article 16 al. 2 ALCP⁶³⁵.

⁶³¹ ATF 129 II 249 (258-261), JT 2005 I p. 359 ; TF, arrêt du 17 janvier 2003, 2A. 226/2002 (c. 4). Voir également TF, arrêt du 19 septembre 2006, I 142/04 (c. 6.2).

⁶³² Dans le même sens, HAILBRONNER, 2003, p. 49-50 ; HANGARTNER, *Freizügigkeitsabkommen*, 2003, p. 262-263 ; KÄLIN, 2002, p. 34 ; PÄRLI, 2007, p. 29.

⁶³³ Art. 2 ALCP : « Les ressortissants d'une partie contractante *qui séjournent légalement sur le territoire d'une autre partie contractante* ne sont pas [...] discriminés en raison de leur nationalité. » ; art. 9 al. 1 Annexe I-ALCP : « Un travailleur salarié ressortissant d'une partie contractante ne peut, *sur le territoire de l'autre partie contractante*, être, en raison de sa nationalité, traité différemment des travailleurs nationaux salariés [...]. » ; art. 15 al. 1 ALCP : « L'indépendant reçoit *dans le pays d'accueil* [...] un traitement non moins favorable que celui accordé à ses propres ressortissants. » ; art. 19 Annexe I-ALCP : « Le prestataire de services [...] peut [...] exercer [...] son activité *dans l'Etat où la prestation est fournie* dans les mêmes conditions que celles que cet Etat impose à ses propres ressortissants [...]. »

⁶³⁴ Dans le même sens, HAILBRONNER, 2003, p. 49-50 ; HANGARTNER, *Freizügigkeitsabkommen*, 2003, p. 262-263 ; KÄLIN, 2002, p. 34-35 ; PÄRLI, 2007, p. 29.

⁶³⁵ Soulignons ici que dans le cadre de ses premiers arrêts relatifs à des situations de discrimination à rebours, la Cour s'est également distanciée du texte de l'article 52 (qui a été remplacé par l'article 43 TCE). En effet, la Cour a jugé que « la référence par l'article 52, aux «ressortissants d'un Etat membre» désireux de s'établir «dans le territoire d'un autre Etat membre» ne saurait être interprétée de manière à exclure du bénéfice du droit communautaire les propres ressortissants d'un Etat membre déterminé [...] ».

§ 3 Cas purement internes

I. Exemples

Reste enfin à examiner de manière plus détaillée le traitement qu'il convient d'accorder aux situations de discrimination à rebours ne présentant pas d'éléments transfrontaliers. Tant la Cour de justice que le Tribunal fédéral s'accordent à admettre que de telles situations constituent des questions de droit interne qu'il convient d'apprécier au regard de la Constitution des Etats concernés⁶³⁶.

A titre d'illustrations, nous examinerons trois arrêts rendus par les Cours constitutionnelles allemandes et autrichiennes ainsi que par le Tribunal fédéral et concluons par une analyse critique de ce dernier arrêt.

A. Autorités étrangères

En premier lieu, la Cour constitutionnelle allemande a eu l'occasion d'apprécier le caractère constitutionnel d'une législation instituant l'obligation pour un charpentier de réussir un examen de maîtrise (« Meisterprüfung ») pour être en mesure de s'inscrire dans le registre de l'artisanat (« Handwerksrolle ») et ainsi pouvoir exercer son métier à titre indépendant⁶³⁷. Cette réglementation est constitutive d'une discrimination à rebours, en ce sens que le recourant – qui est un citoyen allemand – est traité, par son Etat national, moins favorablement que les ressortissants d'autres Etats membres, ceux-ci ne faisant pas l'objet de telles exigences. Les ressortissants d'autres Etats membres peuvent en effet exercer la profession de charpentier en Allemagne sans passer, au préalable, d'examen de maîtrise. Par ailleurs, la situation du recourant ne présente aucun élément transfrontalier, elle doit dès lors être examinée au regard du droit interne allemand. Dans cette affaire, la Cour constitutionnelle allemande a examiné la compatibilité de la législation en cause à la liberté profession-

⁶³⁶ Cf. notamment CJCE, arrêt du 16 juin 1994, aff. C-132/93, *Steen II*, Rec. 1994, p. I-2715, § 10 ; ATF 129 II 249 (248-261), JT 2005 I p. 359 ; TF, arrêt du 17 janvier 2003, 2A. 226/2002 (c. 4). Voir également TF, arrêt du 19 septembre 2006, I 142/04 (c. 6.2).

⁶³⁷ BverfG, 1 BvR 1730/02 du 5.12.2005. Pour une analyse de cet arrêt, cf. GUNDEL, 2007, p. 269 ss ; LACH, 2008, p. 360-361 ; RIEGER, 2006, p. 685 ss.

nelle, consacrée par l'article 12 al. 1 de la Loi fondamentale⁶³⁸, et a laissé ouverte la question de sa conformité à la garantie générale d'égalité consacrée par l'article 3 al. 1 de la Loi fondamentale⁶³⁹. La Cour a commencé par rappeler que, pour être compatible à l'article 12 al. 1 de la Loi fondamentale, les restrictions à la liberté professionnelle doivent poursuivre un intérêt public et respecter le principe de proportionnalité. Or, selon elle, les circonstances économiques et juridiques s'étant modifiées, de telles exigences ne sont plus respectées en l'espèce. En effet, la Cour considère que, au vu de la concurrence croissante en provenance d'autres Etats membres, la soumission des citoyens allemands à un examen de maîtrise ne permet plus de garantir les objectifs de qualité que cette législation poursuivait à l'origine, les ressortissants étrangers pouvant se contenter de démontrer qu'ils bénéficient d'une expérience professionnelle de plusieurs années pour exercer leur profession à titre indépendant en Allemagne. Aussi, la Cour conclut-elle à la non-conformité de cette législation au regard de la liberté professionnelle consacrée par l'article 12 al. 1 de la Loi fondamentale.

La Cour constitutionnelle autrichienne s'est également prononcée sur la constitutionnalité d'une législation soumettant les artisans nationaux à la réussite d'un examen de maîtrise et offrant la possibilité aux artisans ayant acquis des qualifications dans un autre Etat membre de les faire reconnaître sans passer un tel examen⁶⁴⁰. Dans le cadre de cet arrêt, la Cour autrichienne a jugé qu'une telle réglementation est constitutive d'une discrimination à rebours dont il convient d'analyser la conformité à la Constitution. La Cour considère en effet que le législateur national, lorsqu'il exerce son activité législative, est tenu de respecter tant le droit communautaire que la Constitution autrichienne. Aussi la Cour conclut-elle qu'une telle

⁶³⁸ L'article 12 al. 1 de la Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949 prévoit la réglementation suivante : « Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden ».

⁶³⁹ L'article 3 al. 1 de la Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949 dispose que : « Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich ». En 1970, la Cour constitutionnelle allemande avait examiné la conformité de la réglementation relative à l'examen de maîtrise à l'article 3 al. 1 de la Loi fondamentale et avait conclu à l'absence de violation de cette disposition (BverfG, 1 B 65.69 du 22.01.1970, in DVBl. 1970, p. 627-628).

⁶⁴⁰ ÖstVerfGH, arrêt du 09.12.1999 – G 42/99 u.a. Concernant cet arrêt, cf. HUBER-WILHELM, 2001, p. 219 ss ; LACH, 2008, p. 365-366. Voir également HOLOUBEK, *Inländerdiskriminierung*, 2000, p. 176 ss.

réglementation est contraire au principe d'égalité garanti par la Constitution⁶⁴¹ et qu'il se justifie dès lors de la modifier⁶⁴².

B. Tribunal fédéral

En ce qui concerne enfin la jurisprudence du Tribunal fédéral, notre examen portera sur un cas de discrimination à rebours apparu dans le cadre d'une affaire de regroupement familial⁶⁴³. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a commencé par rappeler que, pour être en mesure de bénéficier des dispositions de l'Accord en matière de regroupement familial, les ressortissants d'un Etat partie doivent avoir fait usage de leur droit à la libre circulation (condition d'un élément transfrontalier). La Tribunal fédéral a ensuite observé que, dès lors que les citoyens suisses bénéficient, en vertu du droit interne (art. 7 et 17 al. 2 aLSEE et art. 3 al. 1bis aOLE), d'un traitement moins favorable que les ressortissants étrangers, cette limitation du champ d'application de l'Accord est susceptible d'engendrer des cas de discrimination à rebours auxquels l'Accord ne s'oppose pas. Aussi le Tribunal fédéral a-t-il jugé qu'il appartient aux différents Etats parties d'apprécier la conformité des cas de discrimination à rebours à leur Constitution nationale. A la suite de ce premier constat, le Tribunal fédéral s'est attaché à déterminer dans quelle mesure l'article 8 al. 1 et 2 Cst. féd. est susceptible de s'opposer à de telles différences de traitement. Après avoir évoqué le projet de loi fédérale sur les étrangers⁶⁴⁴ et l'absence de volonté du législateur d'entreprendre une modification partielle de la LSEE pour remédier aux différences de traitement existantes, le Tribunal fédéral a souligné que l'article 191 Cst. féd. (aujourd'hui remplacé par l'article 190 Cst. féd.) – en vertu duquel les autorités nationales sont te-

⁶⁴¹ L'article 2 de la Loi fondamentale autrichienne du 21 décembre 1867 prévoit que « Vor dem Gesetz sind alle Staatsbürger gleich ».

⁶⁴² Voir également ÖstVerfGH, arrêts du 15.06.92 – G 22/92, du 07.10.97 – V 76/97 et du 15.12.04 – G 79/04 et LACH, 2008, p. 362 ss.

⁶⁴³ ATF 129 II 249 (258-267), JT 2005 I p. 359. Voir également TF, arrêt du 17 janvier 2003, 2A. 226/2002 (c. 4-5); TF, arrêt du 12 mai 2003, 2A.198/2003 (c. 2.2); TF, arrêt du 31 juillet 2003, 2A.115/2003 (c. 4); ATF 130 II 137 (141 ss). Il convient de souligner que ces arrêts ont été rendus sous l'empire de la LSEE.

⁶⁴⁴ Notons que le régime accordé aux ressortissants suisses en vertu de l'article 42 al. 1 LEtr n'est toujours pas aussi favorable que celui accordé aux ressortissants communautaires. En effet, cette disposition exige, contrairement à l'ALCP, que les membres de la famille vivent « en ménage commun ». Dans le même sens, HOTTELIER/MOCK, 2003, p. 1292; KADDOUS/TOBLER, 2005, p. 630 ainsi que, des mêmes auteurs, 2007, p. 655.

nues d'appliquer les lois fédérales et le droit international – l'empêche de refuser l'application d'une loi fédérale au motif qu'elle est contraire à la Constitution. Il en a conclu que, bien que les citoyens suisses bénéficient d'un traitement moins favorable que les ressortissants communautaires, les dispositions nationales en matière de regroupement familial (art. 7 et 17 al. 2 aLSEE et art. 3 al. 1bis aOLE) restent applicables.

II. Analyse critique au regard des articles 8 al. 1 et 2 Cst. féd. et 14 CEDH

Cet arrêt est critiquable à double titre. Le Tribunal aurait d'une part dû, conformément à sa jurisprudence⁶⁴⁵, se prononcer sur la constitutionnalité des dispositions de la LSEE, l'art. 190 Cst. féd. ne l'empêchant pas de procéder à un tel examen⁶⁴⁶. Et il aurait d'autre part dû procéder à une analyse de la conformité de ces dispositions à l'article 14 CEDH en combinaison avec l'article 8 CEDH, les autorités suisses ayant la compétence de refuser l'application des lois fédérales contraires au droit international⁶⁴⁷.

En effet, en ce qui concerne, en premier lieu, l'analyse de la constitutionnalité de la LSEE, nous sommes d'avis que le Tribunal fédéral aurait dû relever le caractère discriminatoire (au sens de l'article 8 al. 2 Cst. féd.) de la législation en question, les citoyens suisses se trouvant dans une situation comparable aux ressortissants communautaires et bénéficiant, de manière injustifiée, d'un traitement moins favorable en raison de leur nationalité⁶⁴⁸ en ce qui concerne leur droit au regroupement familial⁶⁴⁹. Mentionnons par ailleurs que l'autorité de recours en matière de droit des étrangers du canton d'Aarau (Rekursgericht im Ausländerrecht des Kantons Aargau) est allée encore plus loin dans son arrêt du 15 août 2003⁶⁵⁰.

⁶⁴⁵ ATF 128 IV 201 (204 ss).

⁶⁴⁶ HOTTELIER/MOCK, 2003, p. 1298.

⁶⁴⁷ HOTTELIER/MOCK, 2003, p. 1298-1299.

⁶⁴⁸ Sur le rôle joué par le critère de nationalité en ce qui concerne l'article 8 al. 2 Cst. féd., cf. Partie II, Chapitre IV, Section 2, § 4.

⁶⁴⁹ Concernant les éléments constitutifs d'une discrimination au sens de l'article 8 al. 2 Cst. féd., ATF 126 II 377 (392-393). Voir également Partie II, Chapitre IV, Section 2, § 4.

⁶⁵⁰ Arrêt BE.2003.00031 paru in : Jusletter du 1^{er} septembre 2003.

L'autorité argovienne a en effet jugé que l'absence de réglementation relative au droit pour les nationaux de faire valoir le regroupement familial en faveur de leurs enfants constitue non pas un silence qualifié du législateur, mais une lacune qu'il convient de combler conformément à l'article 8 Cst. féd. Or, au regard de cette disposition, les ressortissants suisses doivent bénéficier, selon elle, du même traitement que les ressortissants communautaires en ce qui concerne le droit au regroupement familial de leurs enfants et ainsi pouvoir invoquer par analogie les droits consacrés par l'article 3 Annexe I-ALCP.

Soulignons, en second lieu, que l'absence de violation de l'article 8 CEDH⁶⁵¹ n'empêche pas le Tribunal fédéral d'examiner la conformité de la législation suisse à l'article 14 CEDH⁶⁵². Cet article doit, certes, être lu conjointement avec les autres dispositions de la Convention, il peut toutefois « entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences et, dans cette mesure, possède une portée autonome »⁶⁵³. En ce qui concerne les conditions d'application de l'article 14 CEDH, il y a lieu de déterminer si l'on est en présence d'une différence de traitement entre deux situations comparables et manquant de justification objective et raisonnable⁶⁵⁴. La Cour a toutefois admis que les différences de traitement se basant sur certaines catégories de critères – notamment le critère de nationalité⁶⁵⁵ – doivent être présumées discriminatoires et entraînent une obligation de justification à la charge de l'auteur de la mesure⁶⁵⁶. Par ailleurs, la Cour juge que, en présence de tels critères, « seules des considérations très fortes peuvent [l']amener à estimer compatible avec la Convention une diffé-

⁶⁵¹ Cf. ATF 129 II 249 (256), JT 2005 I p. 359 et TF, arrêt du 17 janvier 2003, 2A. 226/2002 (c. 2.1). Voir également HOTTELIER/MOCK, 2003, p. 1289.

⁶⁵² ACHERMANN/CARONI, 2009, p. 212, § 6.43 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Les droits fondamentaux*, 2006, p. 479, § 1014 ; HOTTELIER/MOCK, 2003, p. 1301.

⁶⁵³ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali contre Royaume-Uni* du 28 mai 1985, requêtes n° 9214/80, 9473/81 et 9474/81, A/94, § 71. Sur ce point, voir ACHERMANN/CARONI, 2009, p. 212, § 6.43 ; HOTTELIER/MOCK, 2003, p. 1300 ; SCHWEIZER, 2007, p. 22 ss, § 47 ss.

⁶⁵⁴ SCHWEIZER, 2007, p. 13, § 23 et les références citées.

⁶⁵⁵ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Gaygusuz contre Autriche* du 16 septembre 1996, requête n° 17371/90, Rec. 1996-IV, § 42 ; Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Koua Poirrez contre France* du 30 septembre 2003, requête n° 40892/98, Rec. 2003-X, § 46.

⁶⁵⁶ SCHWEIZER, 2007, p. 10, § 18 et les références citées.

rence de traitement »⁶⁵⁷. Or, dans l'affaire traitée par le Tribunal fédéral, il s'agissait d'un citoyen suisse bénéficiant, en raison de sa nationalité, d'un traitement moins favorable que les ressortissants communautaires concernant son droit au regroupement familial. Vu qu'elle se fonde sur le critère suspect de la nationalité, nous sommes d'avis que cette différence de traitement est présumée discriminatoire et fait naître une obligation de justification à l'encontre des autorités suisses. A cet égard, seules des considérations fortes⁶⁵⁸ peuvent entrer en ligne de compte, ce qui, à notre sens, n'est pas réalisé en l'espèce⁶⁵⁹.

III. Garantie de l'égalité entre concurrents économiques au sens de l'article 27 Cst. féd. et discriminations à rebours

Pour conclure notre analyse, il y a lieu d'examiner dans quelle mesure la garantie de l'égalité entre concurrents économiques au sens de l'article 27 Cst. féd.⁶⁶⁰ peut, à l'instar de l'article 12 de la Loi fondamentale allemande, jouer un rôle lorsque l'on est en présence d'un cas de discrimination à rebours ne présentant pas de caractère transfrontalier.

Au préalable, il est nécessaire de rappeler que le Tribunal fédéral ne peut, en vertu de l'article 190 Cst. féd., refuser l'application d'une loi fédérale au motif qu'elle est contraire à la Constitution⁶⁶¹. En revanche, comme nous l'avons vu préalablement, rien ne l'empêche de se prononcer sur la constitutionnalité d'une telle loi⁶⁶². Par ailleurs, il est libre de refuser l'application d'autres règles de droit au motif qu'elles ne sont pas conformes à la Constitution (art. 190 Cst. féd. *a contrario*)⁶⁶³.

⁶⁵⁷ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Gaygusuz contre Autriche* du 16 septembre 1996, requête n° 17371/90, Rec. 1996-IV, § 42. Voir également SCHWEIZER, 2007, p. 11, § 20 et les références citées.

⁶⁵⁸ ACHERMANN/CARONI, 2009, p. 213, § 6.43 et les références citées.

⁶⁵⁹ Voir également HOTTELIER/MOCK, 2003, p. 1302. Contra : ATF 130 II 137 (146-147) qui confirme sa jurisprudence développée dans le cadre de son ATF 129 II 249, JT 2005 I p. 359.

⁶⁶⁰ En ce qui concerne la garantie de l'égalité entre concurrents économiques, cf. GRISSEL, 2006, p. 162 ss ; MARTENET, 2003, p. 486 ss, § 1088 ss ; VALLENDER, 2008, p. 535 ss, § 26 ss. Voir également MARTENET/BOHNET, 2009, p. 267-268, § 599 ss.

⁶⁶¹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *L'Etat*, 2006, p. 653, § 1857.

⁶⁶² AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *L'Etat*, 2006, p. 661, § 1878.

⁶⁶³ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *L'Etat*, 2006, p. 657, § 1866-1867.

La liberté de concurrence garantie par l'article 27 Cst. féd. implique que l'Etat doit respecter l'égalité entre concurrents économiques en s'abstenant de fausser les lois du marché⁶⁶⁴. En effet, le principe du « libre accès à une activité économique lucrative » (art. 27 al. 2 Cst. féd.) ne peut être réalisé que s'il est garanti de manière égale à tous les concurrents économiques⁶⁶⁵.

L'égalité au sens de cette disposition a une portée propre, plus étendue que celle de l'article 8 Cst. féd.⁶⁶⁶. Elle prohibe certaines différences de traitement entre concurrents économiques qui auraient pu faire l'objet de justifications admissibles au regard de l'article 8 Cst. féd.⁶⁶⁷.

Selon le Tribunal fédéral, l'égalité entre concurrents économiques vise les concurrents directs, c'est-à-dire « les personnes d'une même branche qui s'adressent au même public pour satisfaire les mêmes besoins »⁶⁶⁸. Un certain nombre d'auteurs sont d'avis que l'exigence de concurrence directe consacrée par le Tribunal fédéral n'est pas appropriée et proposent de la remplacer par les critères du *marché des produits et services*⁶⁶⁹ – il y a lieu de déterminer si un produit ou un service est *substituable* à un autre⁶⁷⁰ – et du *marché géographique* – les concurrents actifs sur le même territoire sont visés⁶⁷¹.

Imaginons qu'une législation cantonale fixe des critères particulièrement restrictifs concernant l'accès à une profession donnée. Il peut arriver que les ressortissants communautaires – suite à l'application des dispositions de l'ALCP relatives à la libre circulation des travailleurs/independants ou

⁶⁶⁴ GRISEL, 2006, p. 162 ; HOFMANN, 2005, p. 95 et les références citées ; MARTENET, 2003, p. 486-487, § 1089 et les références citées.

⁶⁶⁵ VALLENDER, 2008, p. 539, § 31.

⁶⁶⁶ ATF 121 I 129 (135) ; GRISEL, 2006, p. 164 ; HOFMANN, 2005, p. 98 ; MARTENET, 2003, p. 487, § 1090 et les références citées ; VALLENDER, 2008, p. 536, § 28.

⁶⁶⁷ MARTENET, 2003, p. 487, § 1090.

⁶⁶⁸ Cf. notamment TF, arrêt du 4 mars 2004, 2A.452/2003 (c. 5.1) ; ATF 125 I 431 (436) ; ATF 125 II 129 (149) ; ATF 121 I 129 (132). Voir également GRISEL, 2006, p. 163.

⁶⁶⁹ HOFMANN, 2005, p. 97-98 ; MARTENET, 2003, p. 491-492, § 1102-1103 et les références citées ; VALLENDER, 2008, p. 537, § 29.

⁶⁷⁰ MARTENET, 2003, p. 491, § 1100-1101 et les références citées ; VALLENDER, 2008, p. 537, § 29.

⁶⁷¹ HOFMANN, 2005, p. 97-98 ; MARTENET, 2003, p. 490-491, § 1098 ss et les références citées ; VALLENDER, 2008, p. 537, § 29.

des dispositions relatives à la libre prestation de services – ne soient pas soumis à la réalisation de telles conditions⁶⁷². Du fait de l'application des dispositions de l'Accord, les citoyens nationaux – qui doivent remplir les conditions imposées par la législation cantonale – bénéficient d'un traitement moins favorable que les ressortissants communautaires, ce qui a pour conséquence de faire naître un cas de discrimination à rebours.

A notre sens, puisqu'il s'agit ici d'une question relative au « libre accès à une activité économique lucrative » (art. 27 al. 2 Cst. féd.), la garantie de l'égalité entre concurrents économiques consacrée par l'article 27 al. 1 Cst. féd. trouve application. L'examen consistera alors en une comparaison des régimes juridiques appliqués aux deux concurrents⁶⁷³. Seules les différences de traitement remplissant les conditions prévues par l'article 36 Cst. féd. sont susceptibles de se justifier⁶⁷⁴. Il y a toutefois lieu de rappeler que l'égalité entre concurrents économiques au sens de la jurisprudence bénéficie d'une intensité renforcée⁶⁷⁵ dont l'une des conséquences « est de réduire pratiquement à néant le risque de discriminations à rebours au plan économique »⁶⁷⁶.

⁶⁷² Voir l'exemple allemand concernant l'accès à la profession de charpentier, cf. Partie II, Chapitre III, Section 3, § 3, I., A.

⁶⁷³ MARTENET/BOHNET, 2009, p. 267-268, § 599.

⁶⁷⁴ VALLENDER, 2008, p. 546 ss, § 48 ss et les références citées.

⁶⁷⁵ MARTENET, 2003, p. 487-488, § 1091-1092 et les références citées.

⁶⁷⁶ MARTENET, 2003, p. 488, § 1092 et les références citées. Voir cependant ATF 128 I 136 dans lequel le Tribunal fédéral a largement admis une différence de traitement.

Chapitre IV Champ d'application matériel

Après avoir défini la notion de discrimination et présenté les différentes formes qu'elle peut revêtir, il y a lieu de procéder à une analyse des dispositions de l'Accord prohibant les discriminations en raison de la nationalité et, en particulier, de déterminer leur champ d'application matériel.

Comme nous l'avons vu précédemment⁶⁷⁷, l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité consacrée à l'article 2 ALCP s'inspire largement de l'article 12 al. 1 TCE⁶⁷⁸ et peut donc être qualifiée de « notion de droit communautaire » au sens de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP. La jurisprudence de la Cour de justice relative à l'article 12 al. 1 TCE doit donc être prise en compte lors de son interprétation⁶⁷⁹. Le Tribunal fédéral a toutefois précisé que le champ d'application matériel de cette disposition – qui institue une interdiction de discrimination « dans l'application et conformément aux dispositions des annexes I, II et III de cet accord » – ne couvre pas l'étendue du champ d'application de l'article 12 al. 1 TCE⁶⁸⁰ – selon lequel, toute discrimination exercée en raison de la nationalité est interdite « dans le domaine d'application du présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit ». Lors de la détermination du champ d'application matériel du principe de non-discrimination prévu par l'article 2 ALCP, il convient donc, dans un premier temps, de prendre en considération la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'article 12 al. 1 TCE et d'établir, dans un deuxième temps, sur quels points il est nécessaire de s'en distancier.

Selon le texte de l'article 12 al. 1 TCE, les discriminations en raison de la nationalité sont interdites « dans le domaine d'application du présent traité » et « sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit ». En ce qui concerne l'article 2 ALCP, il interdit les discriminations « dans

⁶⁷⁷ Cf. Partie I, Chapitre V, Section 1, § 2.

⁶⁷⁸ « Art. 2 FZA entspricht insofern weitgehend Art. 12 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft » [ATF 130 I 26 (35), JT 2005 I p. 143]. Voir également BENESCH, 2007, p. 167 ; BREITENMOSER/MURESAN, 2004, p. 149 ; EPINEY, 2009, p. 27-28 ; EPINEY/MOSTERS, 2006, p. 67.

⁶⁷⁹ EPINEY, *Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit*, 2005, p. 65 ainsi que, de la même auteure, 2009, p. 28.

⁶⁸⁰ ATF 130 I 26 (35), JT 2005 I p. 143.

l'application » et « conformément aux dispositions des annexes I, II et III de cet accord ». Ainsi, lorsqu'il est question de déterminer le champ d'application matériel de ces deux dispositions, il est nécessaire, dans un premier temps, de définir le domaine d'application du Traité CE et de l'ALCP⁶⁸¹. Il s'agira, dans un deuxième temps, d'examiner si des dispositions spéciales peuvent s'appliquer⁶⁸².

Section 1 Domaine d'application du Traité CE

L'article 12 al. 1 TCE interdit les discriminations « dans le domaine d'application du présent traité ». La Cour de justice des Communautés européennes a renoncé à l'établissement d'un critère général apte à définir le domaine d'application du Traité au sens de l'article 12 al. 1 TCE. Elle se contente de le définir au cas par cas, en se basant sur l'évolution constante du droit communautaire⁶⁸³. Il est toutefois possible – et nécessaire – d'entreprendre une présentation des principaux domaines dans lesquels l'article 12 al. 1 TCE trouve application.

En premier lieu, le domaine d'application du Traité CE est ouvert lors de l'exécution ou de la mise en œuvre du droit communautaire ; ainsi, les actes de droit national édictés sur la base d'une directive entrent dans le champ d'application de l'article 12 al. 1 TCE⁶⁸⁴. De plus, la Cour admet que les domaines pour lesquels le Traité prévoit des normes attributives de compétence entrent également dans le champ d'application du Traité – et par conséquent dans le champ d'application matériel de l'article 12 al. 1 TCE⁶⁸⁵.

⁶⁸¹ Cf. Partie II, Chapitre IV, Sections 1 et 2.

⁶⁸² Cf. Partie II, Chapitre IV, Sections 3 et 4.

⁶⁸³ EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 482, § 15 ; KUCSKO-STADLMAYER, 2005, § 45 ; ROSSI, 2000, p. 203.

⁶⁸⁴ Voir notamment CJCE, arrêt du 23 janvier 1997, aff. C-29/95, *Pastors*, Rec. 1997, p. I-285, § 13 ss ; EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 482, § 16 ; KUCSKO-STADLMAYER, 2005, § 44 ; ZULEEG, 2003, p. 692, § 11.

⁶⁸⁵ Voir notamment CJCE, arrêt du 10 février 1994, aff. C-398/92, *Mund & Fester*, Rec. 1994, p. I-467, § 11 ; CJCE, arrêt du 2 octobre 1997, aff. C-122/96, *Saldanha*, Rec. 1997, p. I-5325, § 23, sur ce point, voir KUCSKO-STADLMAYER, 2005, § 45 ; ROSSI, 2000, p. 203 ; STERN, 2008, p. 89 ss ; ZULEEG, 2003, p. 692-693, § 12. Opinion contraire : EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 484, § 23.

En deuxième lieu, les situations qui présentent un rapport⁶⁸⁶ – même indirect – avec l'exercice d'une liberté fondamentale sont couvertes par le champ d'application du Traité⁶⁸⁷ ; tel est notamment le cas lorsque, de manière discriminatoire, des sûretés relatives aux frais de procès sont exigées⁶⁸⁸, des compensations pécuniaires sont accordées aux touristes ayant subi des dommages⁶⁸⁹ ou lorsqu'une réglementation nationale prévoit des distinctions relatives à la langue de procédure⁶⁹⁰. Ces différentes situations présentent un lien suffisant avec l'une des libertés pour entrer dans le champ d'application du Traité et permettre ainsi l'application de l'article 12 al. 1 TCE.

L'introduction de la notion de citoyenneté européenne (art. 17 TCE), enfin, a entraîné une extension du champ d'application matériel de l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité⁶⁹¹. La Cour de justice prévoit que les citoyens européens résidant légalement sur le territoire d'un autre Etat membre peuvent se prévaloir de l'article 12 al. 1 TCE dans toutes les situations relevant du domaine d'application *ratione materiae* du droit communautaire⁶⁹². La Cour admet par là que l'exercice du

⁶⁸⁶ Sur ce point, cf. EPINEY, *Anwendungsbereich des Vertrages*, 2007, p. 673 ss.

⁶⁸⁷ EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 482, § 17 ainsi que, de la même auteure, *Anwendungsbereich des Vertrages*, 2007, p. 663 ss et *Ausländerklauseln*, 2008, p. 16 ; HAILBRONNER, 2004, p. 605 ; HOLOUBEK, *Art. 12 EGV*, 2009, p. 347-348, § 17 ; KUCSKO-STADLMAYER, 2005, § 46 ; PLÖTSCHER, 2003, p. 106 ; STERN, 2008, p. 86 ss ; ZULEEG, 2003, p. 692, § 11.

⁶⁸⁸ CJCE, arrêt du 26 septembre 1996, aff. C-43/95, *Data Delecta*, Rec. 1996, p. I-4661, § 22. Sur ce point, cf. EPINEY, *Anwendungsbereich des Vertrages*, 2007, p. 665.

⁶⁸⁹ CJCE, arrêt du 2 février 1989, aff. 186/87, *Cowan*, Rec. 1989, p. 195, § 17 ss ; voir également CJCE, arrêt du 15 mars 1994, aff. C-45/93, *Commission/Espagne*, Rec. 1994, p. I-911, § 10. Sur ce point, cf. EPINEY, *Anwendungsbereich des Vertrages*, 2007, p. 664-665.

⁶⁹⁰ CJCE, arrêt du 24 novembre 1998, aff. C-274/96, *Bickel et Franz*, Rec. 1998, p. I-7637, § 15 ss. Sur ce point, cf. EPINEY, *Anwendungsbereich des Vertrages*, 2007, p. 664-665.

⁶⁹¹ HOLOUBEK, *Art. 12 EGV*, 2009, p. 346-347, § 16 ; LENZ, 2006, p. 269, § 7 ; SCHÖNBERGER, 2006, p. 326 ; STERN, 2008, p. 95 ss.

⁶⁹² Voir notamment CJCE, arrêt du 12 mai 1998, aff. C-85/96, *Martínez Sala*, Rec. 1998, p. I-2691, § 63 ; CJCE, arrêt du 2 octobre 2003, aff. C-148/02, *García Avello*, Rec. 2003, p. I-11613, § 23 ss ; CJCE, arrêt du 1^{er} avril 2008, aff. C-212/06, *Gouvernements français et wallon/Gouvernement flamand*, Rec. 2008, p. I-1683, § 34. CJCE, arrêt du 22 mai 2008, aff. C-499/06, *Nerkowska*, Rec. 2008, p. I-3993, § 26. EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 483, § 18 ; EPINEY, *Anwendungsbereich des Vertrages*, 2007, p. 665 ; ILIOPOULOU, 2007, p. 68 ss ; LENZ, 2006, p. 269, § 7 ; ZULEEG, 2003, p. 692, § 11.

droit à la libre circulation découlant de la citoyenneté européenne constitue en soi une situation relevant du droit communautaire⁶⁹³. Entrent ainsi dans le champ d'application de l'article 12 al. 1 TCE « les réglementations nationales déployant une influence sur les conditions de séjour »⁶⁹⁴ des citoyens européens, comme les législations octroyant des prestations familiales⁶⁹⁵, garantissant un droit à l'emploi de sa langue maternelle devant les juridictions pénales⁶⁹⁶, ou comme les législations attribuant aux étudiants des allocations d'attente⁶⁹⁷, des prestations sociales leur garantissant un minimum de moyens d'existence⁶⁹⁸ ou une aide financière visant à couvrir leur frais d'entretien⁶⁹⁹. La Cour a même admis que les dispositions régissant le nom d'une personne pouvaient entrer dans le champ d'application de l'article 12 al. 1 TCE⁷⁰⁰.

Reste à noter que les situations purement internes⁷⁰¹ – qui ne présentent « aucun facteur de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par le droit communautaire » – n'entrent pas dans le champ

⁶⁹³ EPINEY, *Ausländerklauseln*, 2008, p. 11 ; ROSSI, 2000, p. 205 ; STERN, 2008, p. 108.

⁶⁹⁴ EPINEY, *Anwendungsbereich des Vertrages*, 2007, p. 672 et 679 ; EPINEY/MOSTERS, 2006, p. 68.

⁶⁹⁵ CJCE, arrêt du 12 mai 1998, aff. C-85/96, *Martinez Sala*, Rec. 1998, p. I-2691, § 61 ss. Sur ce point, cf. EPINEY, *Anwendungsbereich des Vertrages*, 2007, p. 666.

⁶⁹⁶ CJCE, arrêt du 24 novembre 1998, aff. C-274/96, *Bickel et Franz*, Rec. 1998, p. I-7637, § 17 ss.

⁶⁹⁷ CJCE, arrêt du 11 juillet 2002, aff. C-224/98, *D'Hoop*, Rec. 2002, p. I-6191, § 29 ss.

⁶⁹⁸ CJCE, arrêt du 20 septembre 2001, aff. C-184/99, *Grzelczyk*, Rec. 2001, p. I-6193, § 31. Sur ce point, cf. EPINEY, *Anwendungsbereich des Vertrages*, 2007, p. 666-667.

⁶⁹⁹ CJCE, arrêt du 15 mars 2005, aff. C-209/03, *Bidar*, Rec. 2005, p. I-2119, § 31 ss ; CJCE, arrêt du 18 novembre 2008, aff. C-158/07, *Förster*, § 34 ss, non encore publié au Recueil ; CJCE, arrêt du 22 mai 2008, aff. C-499/06, *Nerkowska*, Rec. 2008, p. I-3993, § 25. Sur ce point, cf. EPINEY, *Anwendungsbereich des Vertrages*, 2007, p. 667-668 ; HILPOLD, 2009, p. 40 ss.

⁷⁰⁰ CJCE, arrêt du 2 octobre 2003, aff. C-148/02, *Garcia Avello*, Rec. 2003, p. I-11613, § 25. Sur ce point, cf. EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 483, § 18 ainsi que, de la même auteure, *Anwendungsbereich des Vertrages*, 2007, p. 668 ; KUCSKO-STADLMAYER, 2005, § 47 ; MONTINI, 2006, p. 470 ss. Voir également CJCE, arrêt du 14 octobre 2008, aff. C-353/06, *Grunkin et Paul*, Rec. 2008, p. I-7639, § 15 ss.

⁷⁰¹ Concernant les situations purement internes, cf. Partie II, Chapitre III, Section 3, § 3. Il y a lieu de souligner que le fait, pour un national n'ayant pas fait usage de son droit à la libre circulation, de bénéficier de la nationalité d'un autre Etat partie – en sus de la nationalité de son Etat de résidence –, permet d'admettre le caractère transfrontalier de sa situation (CJCE, arrêt du 2 octobre 2003, aff. C-148/02, *Garcia Avello*, Rec. 2003, p. I-11613, § 27-28). Dans le même sens, EPINEY, 2009, p. 28 et les références citées ; ILIOPOULOU, 2007, p. 103 ss.

d'application du Traité et ne sont par conséquent pas soumises à l'article 12 al. 1 TCE⁷⁰². Ainsi, « une perspective professionnelle purement hypothétique dans un autre Etat membre ne constitue pas un lien suffisant avec le droit communautaire »⁷⁰³ pour entrer dans le champ d'application du Traité⁷⁰⁴.

La jurisprudence communautaire relative à l'article 12 al. 1 TCE ayant été présentée, il convient ensuite de juger de sa pertinence dans le cadre de l'ALCP et d'examiner si elle peut être prise en considération – selon l'article 16 al. 2 ALCP – lors de la détermination du champ d'application matériel de l'article 2 ALCP.

Section 2 Domaine d'application de l'ALCP

§ 1 Principes

Selon l'article 2 ALCP, l'ensemble des situations couvertes par le champ d'application de l'Accord⁷⁰⁵ sont soumises à l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité⁷⁰⁶. Entrent ainsi dans le champ

⁷⁰² Voir notamment CJCE, arrêt du 28 mars 1979, aff. 175/78, *Saunders*, Rec. 1979, p. I-1129, § 10 ss ; CJCE, arrêt du 29 mai 1997, aff. C-299/95, *Kremzow*, Rec. 1997, p. I-2629, § 16 ss ; CJCE, arrêt du 5 juin 1997, aff. C-64/96 et C-65/96, *Uecker et Jacquet*, Rec. 1997, p. I-3171, § 23 ss ; CJCE, arrêt du 10 juin 1999, aff. C-430/97, *Johannes*, Rec. 1999, p. I-3475, § 29 ; CJCE, arrêt du 2 octobre 2003, aff. C-148/02, *Garcia Avello*, Rec. 2003, p. I-11613, § 26 ; CJCE, arrêt du 1^{er} avril 2008, aff. C-212/06, *Gouvernements français et wallon/Gouvernement flamand*, Rec. 2008, p. I-1683, § 33.

⁷⁰³ CJCE, arrêt du 28 juin 1984, aff. 180/83, *Moser*, Rec. 1984, p. 2539, § 18.

⁷⁰⁴ Dans l'arrêt en question, il s'agissait d'un ressortissant allemand ayant toujours vécu et résidé en Allemagne. Ce ressortissant allemand estimait que l'application de la législation allemande l'empêchait de compléter sa formation, ce qui entraînait une impossibilité pour lui de poser sa candidature pour des postes dans d'autres Etats membres (CJCE, arrêt du 28 juin 1984, aff. 180/83, *Moser*, Rec. 1984, p. 2539).

⁷⁰⁵ Concernant le champ d'application matériel de l'Accord, voir également Partie I, Chapitre III, Section 1.

⁷⁰⁶ TF, arrêt du 23 avril 2004, 2A. 114/2003 (c. 4.2). Voir également TF, arrêt du 21 avril 2004, 2A. 615/2002 (c. 4.2) ; TF, arrêt du 25 août 2005, 2A. 325/2004 (c. 3.3) ; TF, arrêt du 14 juillet 2005, 2A. 434/2005 (c. 3) ; HANGARTNER, *Freizügigkeitsabkommen*, 2003, p. 262. Contra : BENESCH, 2007, p.168. Selon cet auteur, seules les

d'application de l'Accord l'ensemble des cas dans lesquels une personne bénéficie d'un droit garanti par l'Accord⁷⁰⁷. De même qu'au niveau communautaire, il suffit qu'une situation présente un rapport même indirect avec l'exercice d'un droit garanti par l'Accord – tel que le droit à la libre circulation des travailleurs ou des indépendants, le droit à la libre circulation des non-actifs ou des destinataires de services ainsi que le droit à la libre prestation de services – pour que l'article 2 ALCP puisse trouver application. A titre d'exemple, le Tribunal fédéral a jugé que la réglementation selon laquelle une *cautio judicatum solvi* peut être exigée des parties ne possédant pas de domicile en Suisse⁷⁰⁸ déploie une influence sur les conditions de séjour et entre dès lors dans le champ d'application de l'article 2 ALCP⁷⁰⁹.

Lorsqu'il est question de déterminer si l'on est en présence de situations relevant du champ d'application de l'Accord, la jurisprudence communautaire relative à l'article 12 al. 1 TCE doit être prise en considération⁷¹⁰, sous réserve toutefois des arrêts de la Cour traitant de l'application de l'article 12 al. 1 TCE à des situations ne faisant pas l'objet d'une réglementation de l'Accord⁷¹¹.

Ainsi, lorsqu'un arrêt de la Cour a pour objectif la « réalisation effective des libertés », il doit être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2 ALCP⁷¹². En effet, lorsque le ressortissant d'un Etat partie à l'Accord a fait usage de son droit à la libre circulation, le champ d'application de

dispositions des Annexes I, II et III-ALCP doivent être appliquées conformément à l'article 2 ALCP.

⁷⁰⁷ EPINEY, *Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit*, 2005, p. 69 ainsi que, de la même auteure, 2009, p. 28 et 30.

⁷⁰⁸ Ancien art. 150 al. 2 OJ (RO 1944 269), remplacé par l'art. 62 al. 2 LTF.

⁷⁰⁹ TF, arrêt du 24 octobre 2002, B 18/02 (c. 4.1).

⁷¹⁰ Dans le même sens, arrêt du 13 juin du Tribunal d'arrondissement Berne-Laupen dans la cause *CEP Cortailod/Swiss Athletics* commenté in : EPINEY, *Anmerkung*, 2008, p. 1235.

⁷¹¹ EPINEY, *Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit*, 2005, p. 66 ss ainsi que, de la même auteure, *Ausländerklauseln*, 2008, p. 11.

⁷¹² Dans le même sens, arrêt du 13 juin du Tribunal d'arrondissement Berne-Laupen dans la cause *CEP Cortailod/Swiss Athletics* commenté in : EPINEY, *Anmerkung*, 2008, p. 1235. Voir également EPINEY, *Ausländerklauseln*, 2008, p. 11 ; EPINEY/MOSTERS, 2006, p. 68.

l'ALCP est ouvert⁷¹³ et l'article 2 doit donc faire l'objet d'une interprétation parallèle à celle rendue par la Cour en relation à l'article 12 al. 1 TCE⁷¹⁴.

§ 2 Limitations

Une limite à ce principe doit toutefois être prévue lorsque l'Accord exclut certains domaines de son champ d'application. Tel est notamment le cas de la notion de citoyenneté européenne⁷¹⁵. Ce statut n'entre pas dans le domaine d'application de l'ALCP qui traite uniquement de la liberté de circulation des personnes exerçant une activité économique ainsi que de certains inactifs⁷¹⁶. Les arrêts de la Cour relatifs à cette notion ne doivent dès lors pas être pris en considération lors de l'interprétation de l'article 2 ALCP⁷¹⁷. Soulignons toutefois que dans un grand nombre d'arrêts, la Cour fait référence non seulement au statut de citoyen européen au sens de l'article 17 TCE, mais également à d'autres droits prévus par l'Accord et ses annexes. Dans de tels cas, le champ d'application de l'Accord est

⁷¹³ A cet égard, il y a lieu de souligner que le fait, pour un national n'ayant pas fait usage de son droit à la libre circulation, de bénéficier de la nationalité d'un autre Etat partie – en sus de la nationalité suisse –, permet d'admettre le caractère transfrontalier de sa situation (CJCE, arrêt du 2 octobre 2003, aff. C-148/02, *Garcia Avello*, Rec. 2003, p. I-11613, § 27-28. S'il est vrai que cet arrêt ne se contente pas, sur ce point, de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord et constitue dès lors une jurisprudence postérieure participant à l'évolution du droit communautaire, il correspond toutefois au but de l'Accord et doit donc être pris en considération. Dans le même sens, EPINEY, 2009, p. 28 et les références citées. Voir également TF, arrêt du 2 avril 2008, 2C_625/2007 et son analyse in : EPINEY/CIVITELLA, *Rechtsprechung*, 2008, p. 232 ; ILIOPOULOU, 2007, p. 103 ss).

⁷¹⁴ EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 13-14 ; EPINEY/MOSTERS, 2006, p. 68 ; EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2004, p. 90. Voir également l'arrêt du 13 juin du Tribunal d'arrondissement Berne-Laupen dans la cause *CEP Cortailod/Swiss Athletics* commenté in : EPINEY, *Anmerkung*, 2008, p. 1235.

⁷¹⁵ Sur ce point, cf. Partie I, Chapitre VII, Section 2, § 2. ATF 130 II 113 (121) ; BREITENMOSER, 2003, p. 1162 ; EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 14 ; EPINEY/MOSTERS, 2006, p. 69 ; HAILBRONNER, 2003, p. 53 ; NGUYEN, 2003, p. 337, note 11.

⁷¹⁶ EPINEY/MOSTERS, 2006, p. 69.

⁷¹⁷ ATF 130 II 113 (121). Voir également EPINEY, *Ausländerklauseln*, 2008, p. 11-12.

ouvert et la jurisprudence communautaire doit être prise en considération, à l'exclusion des effets directement liés au concept de citoyenneté⁷¹⁸.

L'article 24 al. 4, dernière phrase, Annexe I-ALCP institue également une limitation au champ d'application de l'interdiction de discrimination. Selon cette disposition, l'Accord « ne règle ni l'accès à la formation professionnelle, ni l'aide accordée pour leur entretien aux étudiants visés par le présent article ». Par conséquent, ces domaines n'entrent pas dans le champ d'application matériel de l'article 2 ALCP et les arrêts de la Cour y relatifs ne doivent pas être pris en considération⁷¹⁹.

§ 3 Illustrations

Plusieurs arrêts de la Cour de justice peuvent être mentionnés afin d'illustrer le rôle de la jurisprudence communautaire dans le cadre de la détermination du champ d'application matériel de l'article 2 ALCP. Le premier arrêt traite des discriminations en raison de la nationalité relatives aux frais d'inscription à un enseignement professionnel⁷²⁰. Cette situation entrant dans le champ d'application de l'Accord – l'article 24 al. 4 Annexe I-ALCP réglemente le séjour des étudiants – et ne faisant pas l'objet de l'exception consacrée à l'article 24 al. 4 dernière phrase – la limitation prévue par cette disposition concerne les conditions matérielles de l'accès à la formation et non les modalités d'accès telles que les frais

⁷¹⁸ EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 14 ainsi que, de la même auteure, *Die schweizerische Rechtsprechung*, 2005, p. 143 et *Ausländerklauseln*, 2008, p. 12 ; EPINEY/MOSTERS, 2006, p. 69 ; EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2006, p. 79 ; IMHOF, *Auslegungsmethode – Teil 1*, 2007, p. 164-165. Voir également l'arrêt du 13 juin du Tribunal d'arrondissement Berne-Laupen dans la cause *CEP Cortailod/Swiss Athletics* commenté in : EPINEY, *Anmerkung*, 2008, p. 1236.

⁷¹⁹ Le but de l'Accord étant de garantir la libre circulation, cette limitation doit faire l'objet d'une interprétation restrictive. Ainsi, par « accès à la formation professionnelle », il faut entendre les conditions matérielles (par exemple les diplômes requis et non les frais d'inscription). En ce qui concerne « l'aide accordée pour leur entretien », elle vise tant les bourses que les prêts (EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2006, p. 80-81). Voir également EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 14 ainsi que, de la même auteure, *Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit*, 2005, p. 68 ; EPINEY/MOSTERS, 2006, p. 68.

⁷²⁰ CJCE, arrêt du 13 février 1985, aff. 293/83, *Gravier*, Rec. 1985, p. 593, § 9 ss.

d'inscription⁷²¹ –, cette jurisprudence doit être prise en considération lors de l'interprétation de l'article 2 ALCP.

Un deuxième arrêt traite des aides accordées aux étudiants séjournant légalement dans un Etat membre sous la forme de bourses ou de prêts dans le but de couvrir leurs frais d'entretien⁷²². La Cour admet ici que les étudiants séjournant légalement dans un autre Etat membre peuvent invoquer les droits conférés par le Traité aux citoyens européens et ainsi se prévaloir de l'article 12 al. 1 TCE⁷²³. Cette jurisprudence se basant sur la notion de citoyenneté, elle ne devrait pas, à première vue, être prise en compte selon l'article 16 al. 2 ALCP. L'ALCP prévoit toutefois une réglementation du séjour des étudiants à l'article 24 al. 4 Annexe I-ALCP⁷²⁴. Ainsi, bien que l'Accord ne réglemente pas la notion de citoyenneté, cette situation entre a priori dans son champ d'application. Elle devrait donc être soumise à l'interdiction de discrimination au sens de l'article 2 ALCP et être interprétée en fonction de l'arrêt de la Cour susmentionné. Le raisonnement ne s'arrête toutefois pas là. En effet, la Cour traite, dans cet arrêt, d'un cas de discrimination relatif aux aides accordées aux étudiants sous la forme de bourses ou de prêts dans le but de couvrir leurs frais d'entretien. Or, comme nous l'avons vu précédemment, l'article 24 al. 4, dernière phrase, Annexe I-ALCP exclut expressément du champ d'application de l'Accord le domaine des aides accordées pour leur entretien aux étudiants. Dès lors, du fait de l'exception expressément prévue par l'article 24 al. 4, dernière phrase, la réglementation ayant fait l'objet de l'analyse de la Cour dans l'arrêt *Bidar* est exclue du champ d'application de l'Accord – et par conséquent de l'article 2 ALCP⁷²⁵. Cette jurisprudence ne doit donc pas être prise en considération lors de l'interprétation du champ d'application matériel de l'article 2 ALCP⁷²⁶.

⁷²¹ Cf. note 719.

⁷²² CJCE, arrêt du 15 mars 2005, aff. C-209/03, *Bidar*, Rec. 2005, p. I-2119, § 28 ss. Voir également CJCE, arrêt du 18 novembre 2008, aff. C-158/07, *Förster*, § 34 ss, non encore publié au Recueil.

⁷²³ CJCE, arrêt du 15 mars 2005, aff. C-209/03, *Bidar*, Rec. 2005, p. I-2119, § 31 ss.

⁷²⁴ EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2006, p. 80.

⁷²⁵ EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2006, p. 80 ; KADDOUS/TOBLER, 2005, p. 623.

⁷²⁶ Vu la conclusion selon laquelle cette jurisprudence ne doit pas être prise en considération, il n'est pas nécessaire d'examiner si elle constitue une jurisprudence postérieure dont l'objet est de préciser une pratique antérieure ou si elle entraîne une évolution du droit communautaire.

Les mêmes conclusions s'imposent en ce qui concerne l'arrêt de la Cour relatif à une loi autrichienne limitant l'accès à l'enseignement supérieur ou universitaire aux titulaires d'un diplôme obtenu en Autriche⁷²⁷. L'accès à la formation professionnelle étant exclu du champ d'application de l'Accord, cette jurisprudence ne doit pas être prise en considération lors de l'interprétation de l'article 2 ALCP⁷²⁸.

Le Tribunal fédéral a également eu l'occasion de se prononcer sur la détermination du champ d'application matériel du principe d'interdiction des discriminations en raison de la nationalité au sens de l'article 2 ALCP. A titre d'exemple, on peut citer l'arrêt 129 II 249 dans lequel le Tribunal fédéral a constaté qu'un ressortissant suisse établi en Suisse n'entrait pas dans le champ d'application de l'Accord et ne pouvait dès lors pas invoquer l'article 2 ALCP alors même qu'il subissait une discrimination par rapport aux ressortissants communautaires⁷²⁹. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a constaté que seules les situations présentant un élément transfrontalier entrent dans le champ d'application de l'Accord. Or le recourant n'ayant pas fait usage de son droit à la libre circulation, il ne présente aucun lien avec un autre Etat partie⁷³⁰. Le Tribunal fédéral a également précisé à plusieurs reprises que, contrairement au texte de l'article 2 ALCP, l'interdiction de discrimination ne vaut pas uniquement « dans l'application des dispositions contenues dans les annexes de l'Accord » ; il constitue une des « dispositions de base » de l'Accord, il a donc une « portée générale »⁷³¹ et s'applique ainsi tant aux situations réglementées par les annexes que par l'Accord lui-même *stricto sensu*⁷³².

Préalablement à l'analyse de la réserve prévue par les articles 12 al. 1 TCE et 2 ALCP en faveur des dispositions spéciales, il y a lieu d'examiner dans quelle mesure un ressortissant d'un Etat partie peut in-

⁷²⁷ CJCE, arrêt du 7 juillet 2005, aff. C-147/03, *Commission/Autriche*, Rec. 2005, p. I-5969. Voir également CJCE, arrêt du 1^{er} juillet 2004, aff. C-65/03, *Commission/Belgique*, Rec. 2004, p. I-6427, § 29 ss.

⁷²⁸ EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2005, p. 49 ainsi que, des mêmes auteurs, 2006, p. 80-81 ; KADDOUS/TOBLER, 2005, p. 622.

⁷²⁹ Concernant les discriminations à rebours, cf. Partie II, Chapitre III, Section 3.

⁷³⁰ ATF 129 II 249 (261 ss), JT 2005 I 359.

⁷³¹ TF, arrêt du 23 avril 2004, 2A. 114/2003 (c. 4.2). Voir également TF, arrêt du 21 avril 2004, 2A. 615/2002 (c. 4.2) ; TF, arrêt du 25 août 2005, 2A. 325/2004 (c. 3.3) et TF, arrêt du 14 juillet 2005, 2A. 434/2005 (c. 3).

⁷³² Opinion contraire, IMHOF, 2000, p. 24-25.

voquer l'article 8 al. 2 Cst. féd., lorsque la différence de traitement qu'il fait valoir n'entre pas dans le champ d'application matériel de l'ALCP.

§ 4 Excursus : interdiction des discriminations en vertu de l'article 8 al. 2 Cst. féd.

Selon l'article 8 al. 2 Cst. féd., « nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique ». Cette disposition crée « une présomption, réfragable, d'inégalité »⁷³³. La liste de critères consacrée par l'article 8 al. 2 commençant par l'adverbe « notamment », elle ne doit pas être considérée comme exhaustive⁷³⁴. A cet égard, la doctrine semble admettre que le critère de la nationalité est inclus dans celui de l'origine⁷³⁵. Selon certains auteurs, seules les différences de traitement entre étrangers ressortissants de différents Etats sont cependant visées, les différences de traitement entre nationaux et étrangers devant, quant à elle, être appréhendées au regard de l'article 8 al. 1 Cst. féd.⁷³⁶.

En ce qui concerne la jurisprudence du Tribunal fédéral, elle n'est pas très claire. En effet, alors que notre Haute Cour a expressément reconnu dans son arrêt relatif à l'initiative populaire communale « D'abord les Suis-

⁷³³ MAHON, *8 Cst. féd.*, 2003, p. 80, § 14. Voir également BIAGGINI, *Art. 8 BV*, 2007, p. 104-105, § 22 ; GRISEL, 2009, p. 88, § 148 ; KIENER/KÄLIN, 2007, p. 360 ; PULVER, 2003, p. 143, § 210.

⁷³⁴ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Les droits fondamentaux*, 2006, p. 507, § 1083 ; BIAGGINI, *Art. 8 BV*, 2007, p. 105, § 23 ; GRISEL, 2009, p. 82, § 129 ; KIENER/KÄLIN, 2007, p. 361 ; MAHON, *8 Cst. féd.*, 2003, p. 81, § 16 ; MARTENET, 2003, p. 457, § 1019 et les références citées ; MÜLLER/SCHEFER, 2008, p. 711 ; SCHWEIZER, *Art. 8 Abs. 1 und 2 BV*, 2008, p. 205, § 56.

⁷³⁵ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Les droits fondamentaux*, 2006, p. 507, § 1084 ; HANGARTNER, *Diskriminierung*, 2003, p. 100 ; KIENER/KÄLIN, 2007, p. 361-362 ; MAHON, *8 Cst. féd.*, 2003, p. 82, § 16 ; MARTENET, 2003, p. 471, § 1049 ; PETERS, 2007, p. 271-272, § 33-34 ; PULVER, 2003, p. 192, § 268 ; WALDMANN, 2003, p. 583. Contra : GRISEL, 2009, p. 90, § 156.

⁷³⁶ BIAGGINI, *Art. 8 BV*, 2007, p. 105, § 24 ; KIENER/KÄLIN, 2007, p. 361-362 ; WALDMANN, 2003, p. 584.

ses ! » que le critère de l'origine inclut celui de la nationalité⁷³⁷, elle a ensuite appliqué l'article 8 al. 2 Cst. féd. parallèlement à l'article 8 al. 1 Cst. féd.⁷³⁸. De même, dans le cadre de ses arrêts relatifs aux cas de discrimination à rebours en matière de regroupement familial⁷³⁹, le Tribunal fédéral n'a pas clarifié sur quelle disposition il se fondait⁷⁴⁰.

Au vu des considérations qui précèdent, nous sommes d'avis qu'il y a lieu d'admettre – à l'instar d'une partie de la doctrine et, semble-t-il, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral – que le critère d'origine inclut celui de la nationalité⁷⁴¹. Les différences de traitement entre un national et un ressortissant communautaire ainsi qu'entre ressortissants communautaires sont dès lors prohibées par l'article 8 al. 2 Cst. féd., à moins d'être valablement justifiées.

Selon le Tribunal fédéral, une discrimination au sens de l'article 8 al. 2 Cst. féd. suppose qu'une personne, se trouvant dans une situation comparable à une autre, fasse l'objet d'une différence de traitement qualifiée ayant pour but de la défavoriser, sur la base d'un critère de distinction visant une caractéristique essentielle de son identité et ne pouvant que difficilement être modifiée⁷⁴². Cette différence de traitement ne doit pas

⁷³⁷ ATF 129 I 392 (398) : « «Herkunft» im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV zielt vor allem auf Menschen, die unter anderem wegen ihrer nationalen Herkunft von Diskriminierung bedroht sind ».

⁷³⁸ ATF 129 I 392 (398-399). Sur ce point, cf. PETERS, 2007, p. 271, § 33.

⁷³⁹ Cf. Partie II, Chapitre III, Section 3, § 3, I., B.

⁷⁴⁰ Dans son ATF 129 II 249 (262-263), JT 2005 I p. 359, le Tribunal fédéral a mentionné les alinéas 1 et 2 de l'article 8 Cst. féd. Dans son arrêt ATF 130 II 137 (143-144) en revanche, il s'est uniquement fondé sur l'article 8 al. 1 Cst. féd. Sur ce point, cf. PETERS, 2007, p. 271, § 33, note 92.

⁷⁴¹ Sont toutefois réservées, les différences de traitement se fondant sur la nationalité expressément prévues par la Constitution (MARTENET, 2003, p. 471, § 1049 ; PETERS, 2007, p. 272, § 34 ; PULVER, 2003, p. 196, § 272 et p. 204, § 280).

⁷⁴² ATF 126 II 377 (392-393) confirmé par ATF 129 I 217 (223) : « eine Diskriminierung gemäss Art. 8 Abs. 2 BV liegt dann vor, wenn eine Person rechtsungleich behandelt wird allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe (...), welche historisch und in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzt oder sonst als minderwertig behandelt wurde (...). Die Diskriminierung stellt eine qualifizierte Art von Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen dar, indem sie eine Benachteiligung eines Menschen bewirkt, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, weil sie an ein Unterscheidungsmerkmal anknüpft, das einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebaren Bestandteil der Identität der betreffenden Person ausmacht (...); insofern beschlägt die Diskriminierung auch Aspekte der Menschenwürde (Art. 7 BV). Das Diskriminie-

ailleurs pas faire l'objet d'une justification⁷⁴³. Soulignons également que l'interdiction des discriminations au sens de l'article 8 al. 2 Cst. féd. peut être invoquée tant par les personnes appartenant au groupe minoritaire que par toute autre personne⁷⁴⁴.

Ainsi, dans le domaine qui nous intéresse, l'article 8 al. 2 Cst. féd. est notamment susceptible de jouer un rôle important lorsqu'un ressortissant suisse – dont la situation est purement interne et n'entre dès lors pas dans le champ d'application de l'Accord – est traité moins favorablement qu'un ressortissant communautaire.

Il en va par ailleurs de même lorsqu'un ressortissant communautaire fait l'objet d'une différence de traitement en raison de sa nationalité dans un domaine exclu du champ d'application matériel de l'Accord tel que l'accès à la formation professionnelle ou l'aide accordée pour leur entretien aux étudiants⁷⁴⁵.

Section 3 Délimitation prévue par l'article 12 al. 1 TCE en faveur des dispositions spéciales

Comme mentionné précédemment, tant l'article 12 al. 1 TCE que l'article 2 ALCP prévoient une réserve en faveur des dispositions spéciales. Il

rungsverbot des schweizerischen Verfassungsrechts macht aber die Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal – wie Herkunft, Rasse, Geschlecht, Sprache und weitere in Art. 8 Abs. 2 BV (in nicht abschliessender Weise) aufgezählte Kriterien – nicht absolut unzulässig. Vielmehr begründet dieser Umstand zunächst den blossen «Verdacht einer unzulässigen Differenzierung» (...); sich daraus ergebende Ungleichbehandlungen sind infolgedessen «qualifiziert zu rechtfertigen». Voir également AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Les droits fondamentaux*, 2006, p. 505, § 1076 ; BIAGGINI, *Art. 8 BV*, 2007, p. 107, § 26 ; GRISEL, 2009, p. 89, § 151 et 153 ; PETERS, 2007, p. 260 ss, § 8 ss.

⁷⁴³ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Les droits fondamentaux*, 2006, p. 506, § 1079 ; BIAGGINI, *Art. 8 BV*, 2007, p. 107, § 26 ; PETERS, 2007, p. 260, § 8.

⁷⁴⁴ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Les droits fondamentaux*, 2006, p. 505, § 1077 ; HANGARTNER, *Diskriminierung*, 2003, p. 104 et les références citées ; MARTENET, 2003, p. 424 ss, § 948 ss ; PETERS, 2007, p. 265-266, § 21 ss. Contra : BIAGGINI, *Art. 8 BV*, 2007, p. 103, § 18.

⁷⁴⁵ Cf. art. 24 al. 4, dernière phrase, Annexe I-ALCP. Voir Partie II, Chapitre IV, Section 2, § 2.

convient dès lors d'examiner la jurisprudence communautaire relative à cette limitation.

L'article 12 al. 1 TCE interdit les discriminations dans le domaine d'application du Traité « et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit ». Seules les dispositions interdisant les discriminations en raison de la nationalité sont concernées, les dispositions s'attachant à d'autres critères de distinction – comme le sexe (art. 141 TCE) – ne font pas l'objet de la réserve prévue par l'article 12 al. 1 TCE⁷⁴⁶. Doivent donc être qualifiées de dispositions spécifiques, les articles 39 al. 2, 43 et 49 TCE⁷⁴⁷ ainsi que les actes de droit secondaire adoptés par les institutions communautaires sur la base de ces dispositions⁷⁴⁸.

La Cour de justice n'a pas développé de principe général permettant de régler la relation de subsidiarité qui prévaut entre l'article 12 al. 1 TCE et les dispositions spécifiques ; elle se contente, au contraire, de traiter la question au cas par cas⁷⁴⁹. Ainsi, dans certains arrêts, la Cour applique l'article 12 al. 1 TCE parallèlement aux dispositions spécifiques sans aborder la question de la subsidiarité⁷⁵⁰. Dans d'autres arrêts, la Cour ap-

⁷⁴⁶ EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 479, § 6 ; HOLOUBEK, *Art. 12 EGV*, 2009, p. 344, § 9-10 ; KUCSKO-STADLMAYER, 2005, § 17-18 ; ROSSI, 2000, p. 209 ; SCHÖNBERGER, 2006, p. 388 ; STERN, 2008, p. 114-115 ; ZULEEG, 2003, p. 696, § 20.

⁷⁴⁷ BUCHER, 2000, p. 20, § 52 ; EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 479, § 6 ; STERN, 2008, p. 118 ; ZULEEG, 2003, p. 695, § 18 ; Selon ROSSI, la relation entre l'article 28 TCE et l'article 12 al. 1 TCE pose également un problème de délimitation (ROSSI, 2000, p. 207). Voir également KUCSKO-STADLMAYER, 2005, § 17. LENZ inclut également les articles 34 al. 2, 2^{ème} phrase, et 56 TCE dans la catégorie des dispositions spécifiques au sens de l'article 12 al. 1 TCE (LENZ, 2006, p. 268, § 7).

⁷⁴⁸ Par exemple l'article 3 du règlement n° 1408/71 garantissant l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale ou les articles 7-9 du règlement n° 1612/68 qui instituent en faveur des travailleurs une interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité dans différents domaines (CJCE, arrêt du 25 juin 1997, aff. C-131/96, *Mora Romero*, Rec. 1997, p. I-3659, § 10 ss).

⁷⁴⁹ KUCSKO-STADLMAYER, 2005, § 16 ; MÜHL, 2004, p. 74 ; ROSSI, 2000, p. 203.

⁷⁵⁰ Voir notamment CJCE, arrêt du 28 juin 1978, aff. 1/78, *Kenny*, Rec. 1978, p. 1489, § 12 ; CJCE, arrêt du 28 mars 1979, aff. 175/78, *Saunders*, Rec. 1979, p. 1129, § 8 ; CJCE, arrêt du 28 janvier 1992, aff. C-332/90, *Steen I*, Rec. 1992, p. I-341, § 8 ; CJCE, arrêt du 15 mars 1994, aff. C-45/93, *Commission/Espagne*, Rec. 1994, p. I-911, § 13 ; CJCE, arrêt du 7 mars 1996, aff. C-334/94, *Commission/France*, Rec. 1996, p. I-1307, § 13 ; CJCE, arrêt du 8 juillet 1999, aff. C-203/98, *Commission/Belgique*, Rec. 1999, p. I-4899, § 15 ; CJCE, arrêt du 16 janvier 2003, aff. C-388/01, *Commission/Italie*, Rec. 2003, p. I-721, § 28 ; EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p.

plique uniquement les dispositions particulières⁷⁵¹ tout en admettant que l'article 12 al. 1 TCE constitue un principe général d'interprétation des dispositions spécifiques⁷⁵². Il arrive enfin qu'une réglementation nationale ne concerne pas directement l'exercice d'une liberté, mais limite de manière indirecte son application. Dans de tels cas, la Cour applique uniquement l'article 12 al. 1 TCE⁷⁵³.

L'absence d'unité concernant l'interprétation du principe de subsidiarité prévu à l'article 12 al. 1 TCE peut entraîner des difficultés notamment en ce qui concerne les justifications potentielles des différences de traitement en raison de la nationalité⁷⁵⁴. En effet, les dispositions interdisant les discriminations en raison de la nationalité se distinguent les unes des autres en particulier en fonction des différents motifs justificatifs qu'elles prévoient⁷⁵⁵. Ainsi, à titre d'exemple, les libertés fondamentales réservent des limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique (art. 39 al. 3, 46 al. 1 et 55 TCE) et ne s'appliquent pas aux activités participant à l'exercice de l'autorité publique (art. 39 al. 4,

478, § 4 ; HOLOUBEK, *Art. 12 EGV*, 2009, p. 344, § 8 ; KUCSKO-STADLMAYER, 2005, § 16 ; MÜHL, 2004, p. 74 ; PLÖTSCHER, 2003, p. 102-103 ; ROSSI, 2000, p. 206.

⁷⁵¹ Voir notamment CJCE, arrêt du 2 février 1989, aff. 186/87, *Cowan*, Rec. 1989, p. 195, § 14 ; CJCE, arrêt du 30 mai 1989, aff. 305/87, *Commission/Grèce*, Rec. 1989, p. 1461, § 28 ; CJCE, arrêt du 8 mai 1990, aff. 175/88, *Biehl*, Rec. 1990, p. I-1779, § 19 ; CJCE, arrêt du 7 mars 1991, aff. C-10/90, *Masgio*, Rec. 1991, p. I-1119 ; CJCE, arrêt du 4 juillet 1991, aff. C-213/90, *ASTI*, Rec. 1991, p. I-3507, § 10 ; CJCE, arrêt du 23 février 1994, aff. C-419/92, *Scholz*, Rec. 1994, p. I-505, § 6 ; CJCE, arrêt du 13 avril 2000, aff. C-176/96, *Lehtonen*, Rec. 2000, p. I-2681, § 37 ; CJCE, arrêt du 12 mai 1998, aff. C-336/96, *Gilly*, Rec. 1998, p. I-2793, § 37 ; CJCE, arrêt du 8 mars 2001, aff. C-397/98, *Metallgesellschaft e.a.*, Rec. 2001, p. I-1727, § 38 ; EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 478, § 4 ; HOLOUBEK, *Art. 12 EGV*, 2009, p. 344, § 8 ; PLÖTSCHER, 2003, p. 105 ; ROSSI, 2000, p. 206-207.

⁷⁵² Voir notamment CJCE, arrêt du 14 juillet 1977, aff. 8/77, *Sagulo e.a.*, Rec. 1977, p. 1495, § 9 ; CJCE, arrêt du 28 juin 1978, aff. 1/78, *Kenny*, Rec. 1978, p. 1489, § 12 ; CJCE, arrêt du 7 février 1979, aff. 136/78, *Auer*, Rec. 1979, p. 437, § 14 ; CJCE, arrêt du 28 mars 1979, aff. 175/78, *Saunders*, Rec. 1979, p. 1129, § 8 ; CJCE, arrêt du 6 juin 2000, aff. C-281/98, *Angonese*, Rec. 2000, p. I-4139, § 35 ; VON BOGDANDY, 2005, p. 2, § 1 ; EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 477, § 1 ; HOLOUBEK, *Art. 12 EGV*, 2009, p. 344, § 8 ; KUCSKO-STADLMAYER, 2005, § 4 et 16 ; MÜHL, 2004, p. 64 et 74 ; PLÖTSCHER, 2003, p. 103 ; STERN, 2008, p. 116.

⁷⁵³ Voir par exemple CJCE, arrêt du 20 octobre 1993, aff. C-92/92 et C-326/92, *Phil Collins*, Rec. 1993, p. I-5145, § 27 ; KUCSKO-STADLMAYER, 2005, § 16.

⁷⁵⁴ KUCSKO-STADLMAYER, 2005, § 16 ; ROSSI, 2000, p. 207 ; ZULEEG, 2003, p. 696, § 18.

⁷⁵⁵ HAILBRONNER, 2004, p. 604.

45 al. 1 et 55 TCE), alors que l'article 12 al. 1 TCE ne consacre pas expressément de motifs justificatifs⁷⁵⁶.

Il ressort de l'examen qui précède que la jurisprudence communautaire ne clarifie que dans une moindre mesure la relation de subsidiarité de l'article 12 al. 1 TCE par rapport aux dispositions spécifiques. De même, la doctrine reste très partagée sur ce point⁷⁵⁷. Cela étant, la prise en considération – en vertu de l'article 16 al. 2 ALCP – des arrêts de la Cour de justice relatifs à la relation entre l'article 12 al. 1 TCE et les dispositions spéciales ne fournira qu'une aide limitée lors de l'interprétation de la réserve prévue par l'article 2 ALCP.

Section 4 Délimitation prévue par l'article 2 ALCP en faveur des dispositions spéciales

En vertu de l'article 2 ALCP, les discriminations en raison de la nationalité sont interdites dans l'application et « conformément aux dispositions des annexes I, II et III ». A notre sens, le caractère subsidiaire de l'article 2 se déduit de cette formulation⁷⁵⁸.

Il y a lieu, dans un premier temps, d'identifier les autres dispositions de l'Accord consacrant le principe de non-discrimination et d'analyser, dans un deuxième temps, leur relation avec l'article 2 ALCP.

⁷⁵⁶ ROSSI, 2000, p. 208. Concernant ces limitations, cf. Partie II, Chapitre VI.

⁷⁵⁷ Certains auteurs excluent le recours à l'article 12 al. 1 TCE lorsque des dispositions spéciales trouvent application alors que d'autres considèrent que l'article 12 al. 1 TCE doit s'appliquer parallèlement aux dispositions spécifiques. En ce qui concerne le critère sur lequel se base la différence de traitement, une partie de la doctrine estime que les dispositions interdisant les discriminations sur la base d'autres critères – notamment le sexe – sont exclues de la réserve alors qu'une autre partie de la doctrine soutient qu'elles doivent être considérées comme des dispositions spécifiques. Cf. références in EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 478, § 5.

⁷⁵⁸ Dans le même sens, BENESCH, 2007, p. 168-169.

§ 1 Identification des autres dispositions interdisant les discriminations en raison de la nationalité

Comme nous l'avons vu préalablement⁷⁵⁹, différentes dispositions de l'Accord et des annexes consacrent une interdiction des discriminations en raison de la nationalité. En premier lieu, les articles 1 let. d ALCP et 8 let. a ALCP se contentent de fixer des objectifs et ne présentent qu'un caractère programmatique. Elles n'entrent dès lors pas, selon nous, dans le champ d'application du renvoi prévu par l'article 2 ALCP. Elles jouent toutefois un rôle lors de l'interprétation de l'article 2 ALCP et des dispositions spéciales. En second lieu, plusieurs dispositions consacrent de véritables droits à l'interdiction des discriminations dans des domaines spécifiques et constituent dès lors des dispositions spéciales⁷⁶⁰. Ainsi, les articles 9, 15 et 19 Annexe I-ALCP – qui doivent être lus en relation avec l'article 7 let. a ALCP⁷⁶¹ – consacrent un droit à l'égalité de traitement concernant l'accès à une activité économique et son exercice, ainsi que les conditions de vie, d'emploi et de travail. L'article 21 al. 2 ALCP institue l'égalité de traitement en matière fiscale⁷⁶², l'article 2 al. 1 Annexe I-ALCP garantit aux chercheurs d'emploi la même assistance que celle accordée aux nationaux, l'article 3 al. 6 Annexe I-ALCP consacre le droit pour les enfants d'un ressortissant d'une partie contractante d'être admis aux cours d'enseignement général, d'apprentissage et de formation professionnelle dans les mêmes conditions que les ressortissants de l'Etat d'accueil, et l'article 25 Annexe I-ALCP garantit aux ressortissants d'un Etat contractant les mêmes droits que les nationaux en matière d'acquisitions immobilières. L'article 3 du règlement n° 1408/71, enfin, garantit l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale⁷⁶³.

⁷⁵⁹ Cf. Partie II, Chapitre I.

⁷⁶⁰ KAHIL-WOLFF, 2001, p. 102 ; KAHIL-WOLFF/GREBER, 2006, p. 365, § 796. Voir également BJM, 2004, p. 150.

⁷⁶¹ Cf. TF, arrêt du 21 décembre 2006, C 203/03 (c. 2.2).

⁷⁶² Pour un examen de cette disposition, cf. BOCK, 2006, p. 168-169.

⁷⁶³ L'Accord fait référence – à la Section A de l'Annexe II-ALCP – au règlement n° 1408/71 (CEE) du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, ainsi qu'à plusieurs actes le modifiant (version consolidée publiée au RS 0.831.109.268.1). L'Accord faisant référence ici à un règlement communautaire, la jurisprudence de la Cour de jus-

§ 2 Rapport entre les différentes dispositions

I. Doctrine et jurisprudence du Tribunal fédéral

La réserve consacrée par l'article 2 ALCP en faveur des dispositions spéciales n'est pas interprétée de manière uniforme par la doctrine⁷⁶⁴. Alors que plusieurs auteurs interprètent strictement son caractère subsidiaire et ne recourent à l'article 2 ALCP que lorsque aucune disposition spécifique n'est applicable⁷⁶⁵, d'autres auteurs appliquent simultanément l'interdiction générale et les dispositions spéciales⁷⁶⁶.

La relation entre l'article 2 ALCP et les dispositions spécifiques interdisant les discriminations en raison de la nationalité a également été traitée par le Tribunal fédéral⁷⁶⁷. Dans un arrêt concernant l'obligation de bénéficier d'un permis C pour l'obtention d'une autorisation de pêche⁷⁶⁸, le Tribunal fédéral a considéré que cette situation n'entraîne pas dans le champ d'application de l'article 9 al. 1 et 2 Annexe I-ALCP. A notre sens, le Tribunal fédéral aurait dû, à la suite de l'analyse de cette disposition – qui, par ailleurs, nous semble trop restrictive⁷⁶⁹ –, examiner si l'interdiction

tice y relative doit donc également être prise en considération selon l'article 16 al. 2 ALCP.

⁷⁶⁴ Il convient toutefois de relever la portée relativement théorique de cette question.

⁷⁶⁵ BJM, 2004, p. 150 ; BENESCH, 2007, p. 169 ; BUCHER, *Sozialversicherungsprozess*, 2006, p. 19 ainsi que, de la même auteure, *Die Rechtsprechung*, 2006, p. 58 ; CARDINAUX, 2008, p. 33, § 60 ; DELLI, 2009, p. 44. EPINEY, *Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit*, 2005, p. 67 ainsi que, de la même auteure, *Ausländerklauseln*, 2008, p. 20 et 2009, p. 28 ; EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2004, p. 90 ; KAHIL-WOLFF, 2001, p. 102 ; KAHIL-WOLFF/GREBER, 2006, p. 365, § 796 ; METRAL, 2004, p. 186.

⁷⁶⁶ IMHOF estime que l'interdiction de discrimination en matière d'avantages sociaux découle des articles 2 ALCP et 9 al. 2 Annexe I-ALCP (IMHOF, *FZA/EFTA*, 2006, § 59). PÄRLI recourt aux articles 2 ALCP, 7 let. a ALCP et 9 Annexe I-ALCP lorsqu'il est question de discriminations à l'embauche (PÄRLI, 2006, § 62).

⁷⁶⁷ Il convient de noter que les arrêts du Tribunal fédéral traitent essentiellement de la relation entre les articles 2 ALCP, 9 Annexe I-ALCP et 3 du règlement n° 1408/71. Dans le cadre de ce travail, nous examinerons donc ces trois dispositions ainsi que les dispositions relatives aux travailleurs indépendants (art. 15 Annexe I-ALCP) et aux prestataires de services (art. 19 annexe I-ALCP).

⁷⁶⁸ TF, arrêt du 7 novembre 2003, 2P. 142/2003 (c. 3.4).

⁷⁶⁹ Dans le même sens, EPINEY, *Die schweizerische Rechtsprechung*, 2005, p. 154.

générale de discrimination au sens de l'article 2 ALCP devait trouver application⁷⁷⁰.

Dans un arrêt⁷⁷¹ relatif à la conformité de l'article 52 d RAVS avec le principe d'interdiction des discriminations, le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion selon laquelle l'article 3 du règlement n° 1408/71 *et/ou* l'article 2 ALCP ne trouvaient pas application faute de lien suffisant avec la Suisse⁷⁷². Le recours aux termes *et/ou* laisse supposer que le Tribunal fédéral aurait admis – si l'Accord avait trouvé application – la possibilité d'appliquer simultanément les deux dispositions. Le Tribunal fédéral a, par la suite, eu l'occasion de préciser son analyse de la relation prévalant entre l'article 3 du règlement n° 1408/71 et l'article 2 ALCP. Il a considéré que l'article 2 ALCP trouve application uniquement dans les cas où aucune disposition spéciale – telle que l'article 3 du règlement n° 1408/71 – ne peut être invoquée⁷⁷³.

Dans un arrêt traitant de la conformité de l'article 14 al. 1 let. c LACI⁷⁷⁴ au principe d'interdiction des discriminations enfin⁷⁷⁵, le Tribunal fédéral a précisé que le règlement n° 1612/68 (duquel s'inspire l'article 9 Annexe I-ALCP) s'applique subsidiairement au règlement n° 1408/71. Le Tribunal fédéral a alors commencé par analyser la conformité de l'article 14 al. 1 let. c LACI à l'article 3 du règlement n° 1408/71. Arrivant à la conclusion que les prestations prévues par l'article 14 al. 1 let. c LACI n'entraient pas dans le champ d'application du règlement n° 1408/71, il a examiné la conformité de cette disposition à l'article 9 al. 2 Annexe I-ALCP. Le Tribunal fédéral a également considéré que l'article 9 Annexe

⁷⁷⁰ Soulignons toutefois qu'il s'agissait d'un recours de droit public et que le recourant n'avait pas expressément invoqué l'article 2 ALCP (EPINEY, *Die schweizerische Rechtsprechung*, 2005, p. 155 ainsi que, de la même auteure, *Ausländerklauseln*, 2008, p. 17). Voir également EPINEY/MOSTERS, 2006, p. 68 ; KAHIL-WOLFF/GREBER, 2006, p. 365, § 796.

⁷⁷¹ ATF 131 V 209.

⁷⁷² Le TF a utilisé l'expression « und/oder », ATF 131 V 209 (222).

⁷⁷³ « Das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 2 FZA (...) käme dann zum Zuge, wenn anders als vorliegend kein besonderes Diskriminierungsverbot – hier jenes des Art. 3 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 – angerufen werden könnte », TF, arrêt du 14 juillet 2005, H 16/04 (c. 5.2). Voir également TF, arrêt du 17 février 2006, H 289/03 (c. 6.1) ; ATF 133 V 265 (271).

⁷⁷⁴ Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.0.

⁷⁷⁵ TF, arrêt du 21 décembre 2006, C 203/03.

I-ALCP n'était pas applicable, le recourant ne présentant pas de lien suffisant avec le marché du travail suisse. Il est regrettable que le Tribunal fédéral n'ait pas poursuivi son développement en examinant ensuite la conformité de l'article 14 al. 1 let. c avec l'interdiction générale de discrimination au sens de l'article 2 ALCP⁷⁷⁶.

II. Synthèse et position personnelle

L'analyse de la doctrine ainsi que des arrêts du Tribunal fédéral nous permettent de relever un certain flou relatif à l'interprétation de la réserve prévue par l'article 2 ALCP. En effet, la doctrine est partagée entre, d'une part, le recours à l'article 2 ALCP lorsque aucune disposition spéciale ne peut être invoquée et, d'autre part, l'application parallèle de l'interdiction générale de discrimination et des dispositions spéciales. Quant à la jurisprudence du Tribunal fédéral, aucun principe général ne peut être déduit des différents arrêts. Un certain nombre d'éléments ressortent toutefois tant de l'analyse de la doctrine que de la jurisprudence ; il nous appartient donc de nous en inspirer afin de définir le champ d'application matériel de l'article 2 ALCP.

Il convient, en premier lieu, de constater que l'article 2 ALCP constitue une « disposition de base » de l'Accord et qu'il est doté d'une « portée générale »⁷⁷⁷. Toutes les discriminations en raison de la nationalité sont donc interdites dans le domaine d'application de l'Accord⁷⁷⁸. En deuxième lieu, l'article 2 ALCP réserve les dispositions spécifiques interdisant les discriminations en raison de la nationalité. Ces dispositions ont pour but d'apporter des précisions relatives à l'application de l'interdiction générale des discriminations dans des domaines particuliers ou en rapport à des catégories particulières de personnes⁷⁷⁹ : à titre d'exemple, l'article 9 al. 1 Annexe I-ALCP précise la portée du principe d'égalité de traitement en matière de conditions de travail et d'emploi⁷⁸⁰. Les dispositions spécia-

⁷⁷⁶ L'article 2 ALCP bénéficiant d'une portée supplémentaire.

⁷⁷⁷ TF, arrêt du 23 avril 2004, 2A. 114/2003 (c. 4.2). Voir également TF, arrêt du 21 avril 2004, 2A. 615/2002 (c. 4.2) ; TF, arrêt du 25 août 2005, 2A. 325/2004 (c. 3.3) et TF, arrêt du 14 juillet 2005, 2A. 434/2005 (c. 3).

⁷⁷⁸ EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 478, § 6.

⁷⁷⁹ KAHIL-WOLFF/GREBER, 2006, p. 365, § 796.

⁷⁸⁰ KAHIL-WOLFF/GREBER, 2006, p. 365, § 796.

les permettent également de prévoir des limitations spécifiques à l'interdiction générale⁷⁸¹ : en ce qui concerne la portée de l'interdiction de discrimination à l'égard des travailleurs salariés par exemple, l'article 10 Annexe I-ALCP consacre une réserve en faveur des emplois dans l'administration publique. Ainsi, lorsque des dispositions spécifiques peuvent être invoquées, nous sommes d'avis qu'il n'est pas nécessaire d'appliquer simultanément l'interdiction générale de discrimination⁷⁸², celle-ci constitue tout au plus un principe général d'interprétation⁷⁸³. Cela étant, on peut déduire du grand nombre de dispositions spécifiques que l'article 2 ALCP ne trouve application que dans un nombre limité de situations. Tel est notamment le cas des situations dans lesquelles les ressortissants des Etats parties n'exerçant pas d'activité lucrative font l'objet de discriminations. L'Accord ne prévoyant pas de dispositions spéciales en faveur de cette catégorie de personnes, celles-ci bénéficient d'un droit à l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité en vertu de l'article 2 ALCP⁷⁸⁴.

Après avoir constaté que l'article 2 ALCP ne trouve application que lorsque aucune disposition spécifique ne peut être invoquée, il est nécessaire, dans un deuxième temps, de délimiter le champ d'application matériel des dispositions spéciales interdisant les discriminations en raison de la nationalité. Nous nous limiterons toutefois à l'analyse du champ d'application des articles 3 du règlement n° 1408/71, 9, 15 et 19 Annexe I-ALCP, ces dispositions jouant – par comparaison aux autres dispositions spécifiques – un rôle plus important en pratique⁷⁸⁵.

⁷⁸¹ IMHOF, 2000, p. 26.

⁷⁸² Dans le même sens, BENESCH, 2007, p. 130. Dans le même sens, mais en relation à l'article 12 al. 1 TCE, EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 479, § 6.

⁷⁸³ Voir, par analogie, EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 477, § 1 ; HOLOUBEK, *Art. 12 EGV*, 2009, p. 344, § 8 ; KUCSKO-STADLMAYER, 2005, § 4 et 16 ; MÜHL, 2004, p. 64 et 74 ; PLÖTSCHER, 2003, p. 103.

⁷⁸⁴ BENESCH, 2007, p. 169 ; KAHIL-WOLFF, 2001, p. 102.

⁷⁸⁵ Cf. Partie II, Chapitre I.

§ 3 Champ d'application matériel des dispositions spéciales

I. Portée de l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale

Comme nous l'avons vu précédemment⁷⁸⁶, le règlement n° 1612/68 – duquel s'inspire l'article 9 Annexe I-ALCP – s'applique de manière subsidiaire au règlement n° 1408/71⁷⁸⁷. Il se justifie dès lors d'analyser le champ d'application matériel de l'article 3 du règlement n° 1408/71 préalablement à celui de l'article 9 Annexe I-ALCP.

Le champ d'application matériel de l'article 3 du règlement n° 1408/71 est défini par l'article 4 du règlement n° 1408/71⁷⁸⁸. Il couvre l'ensemble des législations relatives aux branches de sécurité sociale qui concernent les prestations de maladie et de maternité, les prestations d'invalidité – y compris celles qui sont destinées à maintenir ou à améliorer la capacité de gain –, les prestations de vieillesse, les prestations de survivants, les prestations d'accidents du travail et de maladie professionnelle, les allocations de décès, les prestations de chômage et les prestations familiales⁷⁸⁹.

Le critère déterminant, selon la Cour de justice, pour l'établissement du champ d'application matériel du règlement n° 1408/71 réside dans le lien entre la disposition de la législation nationale et les risques mentionnés par l'article 4 ; celui-ci doit être direct et suffisamment pertinent⁷⁹⁰.

Le règlement s'applique aux régimes de sécurité sociale généraux et spéciaux, contributifs et non contributifs (art. 4 al. 2). Sont exclus de son champ d'application, l'assistance sociale et médicale, ainsi que les régimes de prestations en faveur des victimes de la guerre (art. 4 al. 4).

⁷⁸⁶ Cf. Partie II, Chapitre IV, Section 4, § 2.

⁷⁸⁷ TF, arrêt du 21 décembre 2006, C 203/03 (c. 2.2). Voir également TF, arrêt du 19 avril 2007, I 816/2007 (c. 5.7-5.8) ; TF, arrêt du 9 mai 2007, C 101/04 (c. 5.2 et 8.7) ; BUCHER, 2008, p. 442.

⁷⁸⁸ Concernant les modifications relatives au champ d'application matériel apportées par le règlement (CE) n° 883/2004, cf. EICHENHOFER, 2005, p. 74 ss, § 5 ss ; KAHIL-WOLFF, 2008, p. 48-49 ; KAHIL-WOLFF/GREBER, 2006, p. 311, § 674 ; KAHIL-WOLFF/SONNENBERG, 2007, p. 124.

⁷⁸⁹ Concernant les branches de sécurité sociale, cf. FUCHS, 2005, p. 112-117, § 8-22.

⁷⁹⁰ CJCE, arrêts du 18 mai 1995, aff. C-327/92, *Rheinhold & Mahla*, Rec. 1995, p. I-1223, § 23.

Le catalogue prévu par l'article 4 du règlement est exhaustif⁷⁹¹. Une branche de sécurité sociale qui n'y est pas mentionnée est exclue du champ d'application matériel du règlement, « même si elle confère aux bénéficiaires une position légalement définie donnant droit à une prestation »⁷⁹². En outre, seules sont concernées les prestations octroyées « en dehors de toute appréciation individuelle et discrétionnaire des besoins personnels, aux bénéficiaires sur la base d'une situation légalement définie »⁷⁹³. Le règlement n° 1408/71 définit la notion de législation à son article 1 let. j⁷⁹⁴.

La distinction entre le domaine de la sécurité sociale et celui de l'assistance sociale n'est pas aisée⁷⁹⁵. Elle « repose essentiellement sur les éléments constitutifs de chaque prestation, notamment ses finalités et ses conditions d'octroi, et non pas sur le fait qu'une prestation est qualifiée ou non par une législation nationale comme une prestation de sécurité sociale »⁷⁹⁶. Certaines prestations relèvent d'une législation qui constitue – de par son champ d'application personnel, ses objectifs et/ou ses conditions d'éligibilité – tant une législation en matière de sécurité sociale que

⁷⁹¹ Pour une présentation des branches d'assurances sociales suisses concernées, cf. METRAL/MOSER-SZELESS, 2007, p. 164.

⁷⁹² CJCE, arrêt du 27 mars 1985, aff. 249/83, *Hoeckx*, Rec. 1985, p. 973, § 12 ; CJCE, arrêts du 5 mars 1998, aff. C-160/96, *Molenaar*, Rec. 1998, p. I-843, § 20.

⁷⁹³ CJCE, arrêt du 2 août 1993, aff. C-66/92, *Acciardi*, Rec. 1993, p. I-4567, § 14. Voir également CJCE, arrêt du 27 mars 1985, aff. 249/83, *Hoeckx*, Rec. 1985, p. 973, § 12-14 ; CJCE, arrêts du 16 juillet 1992, aff. C-78/91, *Hughes*, Rec. 1992, p. I-4839, § 14 ; CJCE, arrêts du 15 mars 2001, aff. C-85/99, *Offermanns*, Rec. 2001, p. I-2261, § 28 (cet arrêt se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, il doit être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP) ; CJCE, arrêts du 20 janvier 2005, aff. C-101/04, *Noteboom*, Rec. 2005, p. I-771, § 21, arrêt cité par le TF dans son arrêt du 21 décembre 2006, C 203/03 (c. 5.2.3). Voir également ATF 131 V 390 (395) ; ATF 132 V 184 (190).

⁷⁹⁴ Sur ce point, voir BUCHER, 2000, p. 41-42, § 92 ; EICHENHOFER, 2005, p. 90-91, § 33 ss ; FUCHS, 2005, p. 111-112, § 5-6 ; IMHOF, *FZA/EFTA*, 2006, § 37 ainsi que, du même auteur, *Mutterschaft*, 2006, p. 162-163, § 111-112.

⁷⁹⁵ BERGMANN, 2001, p. 48 ainsi que, du même auteur, 2002, p. 35. « L'aide sociale se définit comme une prestation, subsidiaire aux autres prestations sociales, qu'un Etat octroie sans aucune condition de périodes ou de paiement de cotisations en vue de garantir à ses bénéficiaires un minimum de moyens d'existence » (GASTALDI, 2007, p. 326 et les références citées).

⁷⁹⁶ CJCE, arrêt du 27 mars 1985, aff. 249/83, *Hoeckx*, Rec. 1985, p. 973, § 11. Voir également CJCE, arrêts du 20 janvier 2005, aff. C-101/04, *Noteboom*, Rec. 2005, p. I-771, § 24, arrêt cité par le TF dans son arrêt du 21 décembre 2006, C 203/03 (c. 5.2.3).

d'assistance sociale (art. 4 al. 2bis du règlement n° 1408/71). Il s'agit de prestations spéciales en espèces à caractère non contributif⁷⁹⁷. Pour tomber dans le champ d'application du règlement, ce type de prestations, doit venir « en remplacement ou en complément d'une prestation de sécurité sociale et présenter le caractère d'une aide sociale justifiée par des raisons économiques et sociales et décidée par une réglementation fixant des critères objectifs »⁷⁹⁸. Seul le principe d'exportation peut ne pas leur être applicable (art. 10bis al. 1 du règlement n° 1408/71)⁷⁹⁹.

Les Etats parties peuvent exclure du champ d'application matériel du règlement n° 1408/71 certaines prestations par le biais d'une inscription à l'annexe II du règlement⁸⁰⁰. La Suisse a ainsi exclu les allocations de naissance et d'adoption accordées par plusieurs législations cantonales ainsi que les allocations familiales aux indépendants prévues par trois cantons⁸⁰¹. Ce type de prestations entrent dès lors – subsidiairement – dans le champ d'application matériel de l'article 9 al. 2 Annexe I-ALCP⁸⁰².

Selon l'article 5 du règlement n° 1408/71, les Etats parties mentionnent les législations ou régimes concernés par l'article 4 du règlement dans une déclaration publiée au Journal officiel⁸⁰³. La portée de ces déclarations

⁷⁹⁷ Ce type de prestations est défini par l'article 4 al. 2bis let. a et b du règlement n° 1408/71. Pour des exemples, cf. FUCHS, 2005, p. 118, § 26.

⁷⁹⁸ CJCE, arrêt du 29 avril 2004, aff. C-160/02, *Skalka*, Rec. 2004, p. I-5613, § 25 (cet arrêt se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, il doit être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP). Voir également CJCE, arrêt du 4 novembre 1997, aff. C-20/96, *Snares*, Rec. 1997, p. I-6057, § 33, 42 et 43 ; CJCE, arrêts du 11 juin 1998, aff. C-297/96, *Partridge*, Rec. 1998, p. I-3467, § 34 ; CJCE, arrêts du 8 mars 2001, aff. C-215/99, *Jauch*, Rec. 2001, p. I-1901 ; CJCE, arrêts du 31 mai 2001, aff. C-43/99, *Lecclere*, Rec. 2001, p. I-4265, § 34 ss ; CJCE, arrêts du 6 juillet 2006, aff. C-154/05, *Kersbergen-Lap et Dams-Schipper*, Rec. 2006, p. I-6249, § 30 ss (cf. KAHIL-WOLFF/SONNENBERG/ROHRER, 2007, p. 142).

⁷⁹⁹ Cf. ATF 133 V 265 (271). Concernant la portée des inscriptions à l'annexe II bis du règlement n° 1408/71 relatives aux prestations spéciales à caractère non contributif, cf. KAHIL-WOLFF/SONNENBERG/ROHRER, 2007, p. 142-143 ; METRAL/MOSER-SZELESS, 2007, p. 164-165.

⁸⁰⁰ IMHOF, *FZA/EFTA*, 2006, § 40.

⁸⁰¹ Lettres e et f de la section A de l'Annexe II-ALCP.

⁸⁰² IMHOF, *FZA/EFTA*, 2006, § 40 ; METRAL/MOSER-SZELESS, 2007, p. 165.

⁸⁰³ Cf. mise à jour des déclarations des Etats membres prévues à l'article 5 du règlement n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (JO n° C 139, 1980, p. 1).

n'est toutefois pas constitutive ; si elle remplit les critères établis par la Cour de Justice, une législation non mentionnée entre également dans le champ d'application du règlement⁸⁰⁴.

II. Portée de l'égalité de traitement en matière de libre circulation des travailleurs et des indépendants ainsi que de libre prestation de services

L'Accord concrétise ensuite le principe d'interdiction des discriminations en raison de la nationalité en prévoyant un certain nombre de dispositions visant les domaines spécifiques de la libre circulation des travailleurs et des indépendants ainsi que de la libre prestation de services.

L'article 7 let. a ALCP précise le principe d'interdiction des discriminations en faveur des ressortissants des Etats parties exerçant une activité économique. Il charge les Etats signataires de réglementer l'égalité de traitement en ce qui concerne l'accès à une activité économique et son exercice ainsi que les conditions de vie, d'emploi et de travail. Cette disposition fait l'objet, comme nous l'avons mentionné précédemment⁸⁰⁵, de plusieurs concrétisations. Les articles 9, 15 et 19 Annexe I-ALCP précisent l'article 7 let. a ALCP en faveur respectivement des travailleurs salariés, des indépendants et des prestataires de services⁸⁰⁶.

A. Portée de l'égalité de traitement dans le domaine de la libre circulation des travailleurs

1. Généralités

L'article 9 Annexe I-ALCP précise l'article 7 let. a ALCP en faveur des travailleurs salariés⁸⁰⁷. Or, vu que le texte de l'article 7 let. a ALCP⁸⁰⁸

⁸⁰⁴ CJCE, arrêt du 29 novembre 1977, aff. 35/77, *Beerens*, Rec. 1977, p. 2249, § 9 ; CJCE, arrêt du 27 mars 1985, aff. 249/83, *Hoeckx*, Rec. 1985, p. 973, § 11.

⁸⁰⁵ Cf. Partie II, Chapitre IV, Section 4, § 1.

⁸⁰⁶ Les droits prévus aux lettres b à g de l'article 7 ALCP font tous l'objet d'une réglementation spécifique à l'Annexe I-ALCP. Dans le même sens, EPINEY/MOSTERS, 2006, p. 59-60.

⁸⁰⁷ § 35- 36 des conclusions présentées le 6 juin 2006 par l'avocat général Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer dans l'affaire CJCE, C-339/05, *Zentralbetriebsrat der Landeskran-*

s'inspire en grande partie de l'article 39 al. 2 TCE⁸⁰⁹, que l'article 9 Annexe I-ALCP reprend les articles 7 à 9 du règlement n° 1612/68⁸¹⁰ et que les Etats contractants ont pour but de « réaliser la libre circulation des personnes entre eux en s'appuyant sur les dispositions en application dans la Communauté européenne »⁸¹¹, l'article 9 Annexe I-ALCP en relation à l'article 7 let. a ALCP correspond, selon nous⁸¹², à l'article 39 al. 2 TCE⁸¹³ et doit donc être interprété à la lumière de la jurisprudence communautaire⁸¹⁴.

L'examen de l'article 9 Annexe I-ALCP en relation à l'article 7 let. a ALCP doit être réalisé en deux étapes. Il est nécessaire, en premier lieu, de procéder à une analyse des conditions générales prévues par ces dispositions, et il convient, en second lieu, d'examiner les conditions spéciales liées aux différents droits qu'elles consacrent.

2. Conditions générales

En droit communautaire, deux critères doivent être remplis afin de permettre l'application de l'article 39 al. 2 TCE et du règlement n° 1612/68.

kenhäuser Tirols/Land Tirol. L'affaire a été radiée du registre de la Cour le 4 août 2006 à la suite d'une demande de suspension perpétuelle de la procédure.

Il y a par ailleurs lieu de noter que l'article 9 Annexe I-ALCP trouve également application à l'égard des travailleurs frontaliers salariés [ATF 135 II 128 (133) qui mentionne, sans se prononcer sur sa portée, l'arrêt de la CJCE du 22 décembre 2008, aff. C-13/08, *Stamm*, non encore publié au Recueil, § 39 et 39].

⁸⁰⁸ Cette disposition garantit « le droit à l'égalité de traitement avec les nationaux en ce qui concerne l'accès à une activité économique et son exercice ainsi que les conditions de vie, d'emploi et de travail ».

⁸⁰⁹ Selon cette disposition, la libre circulation « implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre travailleurs des Etats membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail ».

⁸¹⁰ Cf. note 486.

⁸¹¹ Préambule de l'ALCP.

⁸¹² Selon PÄRLI, le contenu de l'article 39 al. 2 TCE a été repris par l'Accord. Il se déduit des articles 2 et 7 let. a ALCP ainsi que du Préambule de l'Accord (PÄRLI, 2006, § 12 ainsi que, du même auteur, *Arbeitsrechtliches Diskriminierungsverbot*, 2007, p. 27). Voir également BENESCH, 2007, p. 131 ; EPINEY/GAMMENTHALER, 2008, p. 41.

⁸¹³ Cette disposition étant elle-même concrétisée par les articles 1 à 9 du règlement n° 1612/68. Voir également l'article 24 de la directive n° 2004/38/CE, FUCHS/MARHOLD, 2006, p. 47 ; SCHEUER, 2006, p. 642, § 35 ; WINDISCH-GRAETZ, 2006, § 70.

⁸¹⁴ BEUL, 2006, p. 126.

Il est nécessaire, d'une part, d'être en présence d'une activité salariée et, d'autre part, que cette activité salariée présente un élément transfrontalier⁸¹⁵. L'article 7 let. a ALCP et l'article 9 Annexe I-ALCP trouvent application aux mêmes conditions⁸¹⁶. Il se justifie toutefois de mentionner l'article 15 al. 2 Annexe I-ALCP selon lequel les dispositions de l'article 9 s'appliquent *mutatis mutandis* aux indépendants. Les travailleurs salariés et les indépendants faisant l'objet de principes identiques, la question de la distinction entre ces deux statuts ne se pose par conséquent que de manière limitée⁸¹⁷.

a. Activité salariée

Les notions de travailleur et d'indépendant⁸¹⁸ doivent être définies à la lumière du droit communautaire et de la jurisprudence de la Cour de justice⁸¹⁹. Or, selon la Cour de justice, la notion de travailleur revêt une portée communautaire⁸²⁰. Elle doit être interprétée de façon extensive⁸²¹ en fonc-

⁸¹⁵ BREITENMOSER/MURESAN, 2004, p. 140-141 ; PÄRLI, 2007, p. 22 ; SCHEUER, 2006, p. 625, § 3 ; WÖLKER/GRILL, 2003, p. 1297-1302, § 26-36.

⁸¹⁶ PÄRLI, 2006, § 33.

⁸¹⁷ Il en va de même en ce qui concerne le droit communautaire. Selon la Cour, « il y a lieu de souligner encore que la comparaison entre ces différentes dispositions [relatives aux travailleurs, au droit d'établissement et aux services] fait apparaître que celles-ci sont fondées sur les mêmes principes en ce qui concerne tant l'entrée et le séjour sur le territoire des Etats membres des personnes relevant du droit communautaire que l'interdiction de toute discrimination exercée à leur égard en raison de la nationalité » (CJCE, arrêt du 20 mai 1992, aff. C-106/91, *Ramrath*, Rec. 1992, p. I-3351, § 17). Voir également CJCE, arrêt du 5 février 1991, aff. C-363/89, *Roux*, Rec. 1991, p. I-273, § 23 ; CJCE, arrêt du 7 juillet 1992, aff. C-370/90, *Singh*, Rec. 1992, p. I-4265, § 16 ss ; CJCE, arrêt du 27 juin 1996, aff. C-107/94, *Asscher*, Rec. 1996, p. I-3089, § 29.

⁸¹⁸ Concernant la notion d'indépendant, cf. Partie II, Chapitre IV, Section 4, § 3, II., B.

⁸¹⁹ Le Tribunal fédéral a également précisé que « certains principes ont été rappelés récemment dans des arrêts qui, bien que postérieurs à la date de signature de l'Accord, peuvent néanmoins être pris en considération dans la mesure – limitée – où ils précisent les notions de travailleur et d'activité salariée » [ATF 131 II 339 (344-345)]. Voir également BENESCH, 2007, p. 118 et 138 ; EPINEY, *Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit*, 2005, p. 55 ; GROSSEN/DE PALÉZIEUX, 2002, p. 115 ; PÄRLI, 2006, § 36 ss.

⁸²⁰ En effet, si la notion de « travailleur migrant » relevait du droit interne, chaque Etat aurait alors la possibilité d'en modifier son contenu et d'éliminer, à son gré, certaines protections du Traité accordées à certaines catégories de personnes [CJCE, arrêt du 19 mars 1964, aff. 75/63, *M.K.H. Unger*, Rec. 1964, p. 347, § 8 ; ATF 130 II 388 (391) ; ATF 131 II 339 (344)].

tion « de critères objectifs qui caractérisent la relation de travail en considération des droits et des devoirs des personnes concernées »⁸²².

La caractéristique essentielle d'une relation de travail consiste en l'accomplissement par une personne, « pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, de prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération »⁸²³. En outre, la prestation de travail doit être exercée sous la forme d'activités « réelles et effectives, à l'exclusion d'activités tellement réduites qu'elles se présentent comme purement marginales et accessoires »⁸²⁴. Ainsi, à titre d'exemple, la Cour a estimé que les activités exercées dans un but de rééducation ou de réin-

⁸²¹ Voir notamment CJCE, arrêt du 23 mars 1982, aff. 53/81, *Levin*, Rec. 1982, p. 1035, § 13 ; CJCE, arrêt du 3 juin 1986, aff. 139/85, *Kempf*, Rec. 1986, p. 1741, § 13. Voir également ATF 131 II 339 (345).

⁸²² CJCE, arrêt du 3 juillet 1986, aff. 66/85, *Lawrie-Blum*, Rec. 1986, p. 2121, § 17. Voir également CJCE, arrêt du 26 février 1992, aff. C-3/90, *Bernini*, Rec. 1992, p. I-1071, § 14-16 ; CJCE, arrêt du 12 mai 1998, aff. C-85/96, *Martínez Sala*, Rec. 1998, p. I-2691, § 32.

⁸²³ CJCE, arrêt du 3 juillet 1986, aff. 66/85, *Lawrie-Blum*, Rec. 1986, p. 2121, § 17. Voir également CJCE, arrêt 6 novembre 2003, aff. C-413/01, *Ninni-Orasche*, Rec. 2003, p. I-13187, § 24 ; CJCE, arrêt du 7 septembre 2004, aff. C-456/02, *Trojani*, Rec. 2004, p. I-7573, § 15 (ces arrêts se contentent de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, ils doivent être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP. Cf. EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2004, p. 101 ainsi que, des mêmes auteurs, 2005, p. 46-47 ; KADDOUS/TOBLER, 2005, p. 617-619). Voir encore CJCE, arrêt du 4 juin 2009, aff. C-22/08 et C-23/08, *Vatsouras*, § 26, non encore publié au Recueil, qui se contente de préciser la jurisprudence antérieure.

⁸²⁴ CJCE, arrêt du 23 mars 1982, aff. 53/81, *Levin*, Rec. 1982, p. 1035, § 17. Voir également CJCE, arrêt du 31 mai 1989, aff. 344/87, *Bettray*, Rec. 1989, p. 1621, § 13 ; CJCE, arrêt du 26 février 1992, aff. C-3/90, *Bernini*, Rec. 1992, p. I-1071, § 14 ; CJCE, arrêt du 27 juin 1996, aff. C-107/94, *Asscher*, Rec. 1996, p. I-3089, § 25 ; CJCE, arrêt 6 novembre 2003, aff. C-413/01, *Ninni-Orasche*, Rec. 2003, p. I-13187, § 26 ; CJCE, arrêt du 23 mars 2004, aff. C-138/02, *Phil Collins*, Rec. 2004, p. I-2703, § 26 ; CJCE, arrêt du 7 septembre 2004, aff. C-456/02, *Trojani*, Rec. 2004, p. I-7573, § 15 ; CJCE, arrêt du 17 mars 2005, aff. C-109/04, *Kranemann*, Rec. 2005, p. I-2421, § 12 (sur ce point, les arrêts C-413/01, C-138/02, C-456/02 et C-109/04 se contentent de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord ; ils doivent donc être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP. Cf. EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2004, p. 101 ainsi que, des mêmes auteurs, 2005, p. 46-47, p. 52-53 et 2006, p. 94 ; KADDOUS/TOBLER, 2005, p. 617-619). Voir encore CJCE, arrêt du 4 juin 2009, aff. C-22/08 et C-23/08, *Vatsouras*, § 26, non encore publié au Recueil, qui se contente de préciser la jurisprudence antérieure.

sersion n'étaient pas réelles et effectives⁸²⁵. En revanche, la nature juridique de la relation de travail, la productivité du travailleur, son taux d'occupation ainsi que l'origine ou l'importance de sa rémunération ne constituent pas, à eux seuls, des éléments déterminants lors de la qualification du statut de travailleur⁸²⁶.

En principe, le statut de travailleur cesse simultanément à la fin de la relation de travail. La Cour de justice a cependant admis que ce statut continue – à la suite de la cessation de l'activité professionnelle – à produire certains effets⁸²⁷. En outre, les personnes à la recherche réelle d'un emploi peuvent également bénéficier du statut de travailleur⁸²⁸. Il en va de même

⁸²⁵ CJCE, arrêt du 31 mai 1989, aff. 344/87, *Bettray*, Rec. 1989, p. 1621.

⁸²⁶ Voir notamment CJCE, arrêt du 23 mars 1982, aff. 53/81, *Levin*, Rec. 1982, p. 1035, § 17 ; CJCE, arrêt du 31 mai 1989, aff. 344/87, *Bettray*, Rec. 1989, p. 1621, § 13 ; CJCE, arrêt du 26 février 1992, aff. C-357/89, *Raulin*, Rec. 1992, p. I-1027, § 9-13 ; CJCE, arrêt du 26 février 1992, aff. C-3/90, *Bernini*, Rec. 1992, p. I-1071, § 14 ; CJCE, arrêt du 14 décembre 1995, aff. C-317/93, *Nolte*, Rec. 1995, p. I-4625, § 19 ; CJCE, arrêt du 7 septembre 2004, aff. C-456/02, *Trojani*, Rec. 2004, p. I-7573, § 16 ; CJCE, arrêt du 17 mars 2005, aff. C-109/04, *Kranemann*, Rec. 2005, p. I-2421, § 12 ; CJCE, arrêt du 30 mars 2006, aff. C-10/05, *Mattern & Cikotaic*, Rec. 2006, p. I-3145, § 22 (sur ce point, les arrêts C-456/02, C-109/04 et C-10/05 se contentent de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord ; ils doivent donc être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP. Cf. EPINEY/MOSTERS, 2007, p. 112-113 ; EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2005, p. 46-47 ainsi que, des mêmes auteurs, 2006, p. 94). Voir également ATF 131 II 339 (346).

⁸²⁷ CJCE, arrêt du 12 mai 1998, aff. C-85/96, *Martínez Sala*, Rec. 1998, p. I-2691, § 32. Voir également TF, arrêt du 21 décembre 2006, C 203/03 (c. 6.2.1).

⁸²⁸ Selon le Tribunal fédéral, elles ne bénéficient toutefois du droit à l'égalité de traitement qu'à la condition d'avoir préalablement travaillé dans l'Etat en question et de présenter ainsi un lien suffisant avec son marché du travail (TF, arrêt du 21 décembre 2006, C 203/03, c. 6.2.1 et les références citées. Pour une appréciation critique de cet arrêt, cf. METRAL/MOSER-SZELESS, 2007, p. 171 ; USINGER-EGGER, 2006, p. 52-52). Voir également TF, arrêt du 9 mai 2007, C 101/04 (c. 8.3 et 8.8) et ATF 134 V 34 (43). En revanche, le Tribunal fédéral considère que « pour les ressortissants communautaires à la recherche d'un emploi, le droit à l'égalité de traitement avec les citoyens suisses se limite [...] au <droit de recevoir la même assistance que celle que les bureaux d'emploi de cet Etat (soit la Suisse) accordent à ses propres ressortissants> (cf. art. 2 par. 2 al. 2, deuxième phrase, Annexe I-ALCP), à l'exclusion du droit, prévu à l'art. 9 par. 2 annexe I ALCP de bénéficier <des mêmes avantages fiscaux et sociaux que les travailleurs nationaux> » [ATF 130 II 388 (392)]. Sur ce point, voir EPINEY, *Das Abkommen über die Personalfreizügigkeit*, 2005, p. 59 ; EPINEY/CIVITELLA, *Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen*, 2008, p. 18 ss. A l'instar de ces auteures, nous sommes d'avis que l'article 2 al. 1 in fine Annexe I-ALCP – qui prévoit que les chercheurs d'emploi peuvent être exclus de l'aide sociale

des personnes mettant un terme à leur activité professionnelle dans le but de poursuivre leurs études. La reconnaissance du statut de travailleur pré-suppose toutefois « une continuité entre l'activité professionnelle précédemment exercée et les études poursuivies, en ce sens qu'il doit exister une relation entre l'objet des études et l'activité professionnelle préalable »⁸²⁹. Une telle condition de continuité n'est toutefois pas exigée lorsque le travailleur tombe involontairement au chômage et se voit contraint de procéder à une reconversion professionnelle⁸³⁰.

Il convient enfin de noter que les situations d'abus de droit ne doivent pas faire l'objet de protection⁸³¹. Ainsi, un Etat peut refuser de reconnaître le statut de travailleur et les droits qui y en découlent à un ressortissant d'un Etat membre exerçant, dans un autre Etat, une activité salariée fictive ou de durée extrêmement limitée dans le seul but de bénéficier de certains droits accordés plus généreusement par l'Etat d'accueil⁸³².

b. Caractère transfrontalier

Seules les relations de travail présentant un élément transfrontalier entrent dans le champ d'application des articles 7 let. a ALCP et 9 Annexe I-ALCP. Les situations purement internes à un Etat membre – qui ne font pas l'objet d'un facteur de rattachement à l'une quelconque des situations prévues par l'Accord – ne sont pas couvertes par ces dispositions⁸³³. Il est

pendant la durée de leur séjour – n'empêche pas les chercheurs d'emploi de bénéficier d'autres prestations sociales susceptibles de les aider dans leurs recherches. Voir enfin CJCE, arrêt du 27 novembre 1997, aff. C-57/96, *Meints*, Rec. 1997, p. I-6689, § 40-41 ; CJCE, arrêt du 12 mai 1998, aff. C-85/96, *Martínez Sala*, Rec. 1998, p. I-2691, § 32.

⁸²⁹ CJCE, arrêt du 21 juin 1988, aff. 39/86, *Lair*, Rec. 1988, p. 3161, § 37.

⁸³⁰ Voir notamment CJCE, arrêt du 21 juin 1988, aff. 39/86, *Lair*, Rec. 1988, p. 3161, § 37 ; CJCE, arrêt du 6 novembre 2003, aff. C-413/01, *Ninni-Orasche*, Rec. 2003, p. I-13187, § 35 (cet arrêt se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, il doit donc être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP. Cf. EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2004, p. 101).

⁸³¹ CJCE, arrêt du 21 juin 1988, aff. 39/86, *Lair*, Rec. 1988, p. 3161, § 43 ; CJCE, arrêt du 6 novembre 2003, aff. C-413/01, *Ninni-Orasche*, Rec. 2003, p. I-13187, § 36, arrêts cités par le Tribunal fédéral in : ATF 131 II 339 (347).

⁸³² DIETRICH, 1995, p. 287.

⁸³³ Voir notamment CJCE, arrêt du 28 mars 1979, aff. 175/78, *Saunders*, Rec. 1979, p. 1129, § 11. Voir également CJCE, arrêt du 28 juin 1984, aff. 180/83, *Moser*, Rec. 1984, p. 2539, § 15 ; CJCE, arrêt du 28 janvier 1992, aff. C-332/90, *Steen I*, Rec.

toutefois important de noter que les travailleurs sont également en droit de les invoquer à l'égard de leur Etat d'origine lorsqu'ils se trouvent dans une situation assimilable à celle des ressortissants d'autres Etats membres au bénéfice de droits et d'obligations garantis par l'Accord⁸³⁴. Tel est notamment le cas des nationaux ayant fait usage de leur droit à la libre circulation en travaillant ou en acquérant des qualifications professionnelles dans un autre Etat membre⁸³⁵.

A la suite de l'analyse des conditions générales prévues par les articles 7 let. a ALCP et 9 Annexe I-ALCP, il sied d'examiner les conditions spécifiques liées aux différents droits qu'ils consacrent.

3. Conditions spéciales

a. Accès à une activité économique

En vertu de l'article 7 let. a ALCP, le droit à l'égalité de traitement doit être garanti en ce qui concerne l'accès à une activité économique et son exercice ainsi que les conditions de vie, d'emploi et de travail. L'article 9 Annexe I-ALCP – qui, comme nous l'avons vu précédemment, correspond aux articles 7 à 9 du règlement n° 1612/68⁸³⁶ – a pour objet d'apporter des précisions concernant l'exercice d'une activité lucrative, les conditions de vie, d'emploi et de travail. En ce qui concerne l'accès à l'emploi, son alinéa 4 consacre notamment la nullité des clauses de convention collective ou individuelle ou d'autres réglementations collectives instituant ou autorisant des conditions discriminatoires⁸³⁷. Vu la vo-

1992, p. I-341, § 9 ; CJCE, arrêt du 31 mars 1993, aff. C-19/92, *Kraus*, Rec. 1993, p. I-1663, § 15 ; CJCE, arrêt du 15 décembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. 1995, p. I-4921, § 89. Pour le surplus, cf. Partie II, Chapitre III, Section 3.

⁸³⁴ Voir notamment CJCE, arrêt du 23 février 1994, aff. C-419/92, *Scholz*, Rec. 1994, p. I-505, § 9. Voir également CJCE, arrêt du 7 février 1979, aff. 115/78, *Knoors*, Rec. 1979, p. 399, § 24 ; CJCE, arrêt du 31 mars 1993, aff. C-19/92, *Kraus*, Rec. 1993, p. I-1663, § 15. Pour le surplus, cf. Partie II, Chapitre III, Section 3.

⁸³⁵ BRECHMANN, 2007, p. 725-726, § 47. Il y a également lieu de souligner que le fait, pour un national n'ayant pas fait usage de son droit à la libre circulation, de bénéficier – en sus de la nationalité suisse – de la nationalité d'un autre Etat partie, permet d'admettre le caractère transfrontalier de sa situation (cf. note 713).

⁸³⁶ Cf. note 486.

⁸³⁷ Voir également l'article 2 al. 1 in fine Annexe I-ALCP qui prévoit que les chercheurs d'emploi bénéficient de la même assistance que celle accordée par les bureaux de l'emploi de l'Etat d'accueil aux ressortissants nationaux.

lonté des parties à l'Accord de réaliser la libre circulation des personnes en s'inspirant des dispositions en application dans l'Union européenne⁸³⁸, la notion d'accès à une activité économique doit, selon nous⁸³⁹, correspondre à celle prévue par la droit communautaire⁸⁴⁰.

Ainsi, les ressortissants d'Etats parties à l'Accord ont le droit d'accéder à une activité salariée selon les dispositions législatives, réglementaires et administratives prévues par l'Etat d'accueil en faveur de ses propres ressortissants⁸⁴¹. Ils bénéficient en outre de la même priorité que les travailleurs nationaux dans l'accès aux postes vacants⁸⁴². Il est toutefois permis de limiter l'accès à une activité professionnelle pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique (art. 5 Annexe I-ALCP)⁸⁴³ et de refuser l'accès à certains emplois dans l'administration publique liés à l'exercice de la puissance publique (art. 10 Annexe I-ALCP)⁸⁴⁴. En outre, certaines différences de traitement peuvent se justifier lors de compétitions sportives pour des motifs non économiques⁸⁴⁵. Il est enfin possible d'exiger pour l'accès à une activité professionnelle certaines connaissances linguistiques justifiées par la nature de l'emploi⁸⁴⁶. Le

⁸³⁸ Préambule de l'ALCP.

⁸³⁹ Dans le même sens, BREITENMOSER/MURESAN, 2004, p. 146 ; IKEN, 2003, p. 108-109.

⁸⁴⁰ En droit communautaire, les articles 1 à 6 du règlement n° 1612/68 précisent l'article 39 al. 2 TCE en ce qui concerne l'accès à une activité salariée (BRECHMANN, 2007, p. 730, § 58 ; SCHEUER, 2006, p. 660, § 66).

⁸⁴¹ Cf. art. 1 al. 1 du règlement n° 1612/68.

⁸⁴² Cf. art. 1 al. 2 du règlement n° 1612/68. Il convient toutefois de réserver le régime transitoire consacré à l'article 10 ALCP.

⁸⁴³ Concernant les notions d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, voir Partie II, Chapitre VI, Section 1.

⁸⁴⁴ Concernant la notion d'emploi dans l'administration publique, voir Partie II, Chapitre VI, Section 2, § 1.

⁸⁴⁵ « Ces dispositions ne s'opposent pas, cependant, à une réglementation ou pratique excluant les joueurs étrangers de la participation à certaines rencontres pour des motifs non économiques, tenant au caractère et au cadre spécifique de ces rencontres et intéressant donc uniquement le sport en tant que tel, comme il en est, par exemple, de rencontres entre équipes nationales de différents pays » (CJCE, arrêt du 14 juillet 1976, aff. 13/76, *Dona/Mantero*, Rec. 1976, p. 1333, § 13). Voir également CJCE, arrêt du 12 décembre 1974, aff. 36/74, *Walrave et Koch*, Rec. 1974, p. 1405, § 8 ; CJCE, arrêt du 15 décembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. 1995, p. I-4921, § 127.

⁸⁴⁶ Cf. art. 3 al. 1 dernière phrase du règlement n° 1612/68. Voir également ATF 130 I 26 (39), JT 2005 I p. 143 et les références de jurisprudence communautaire citées.

principe de non-discrimination s'oppose toutefois à l'obligation d'acquérir ces connaissances sur le territoire national⁸⁴⁷.

b. Conditions d'emploi et de travail

L'article 9 al. 1 Annexe I-ALCP garantit l'égalité de traitement en ce qui concerne « les conditions d'emploi et de travail, notamment en matière de rémunération, de licenciement, et de réintégration professionnelle ou de réemploi ». Cette disposition traite de l'ensemble des mesures ou dispositions touchant aux conditions d'emploi et de travail⁸⁴⁸. Elle doit être interprétée de façon extensive⁸⁴⁹ et s'applique dès lors aux différents avantages – notamment financiers⁸⁵⁰ – accordés aux travailleurs, que cela soit en vertu de la loi, d'une convention individuelle/collective ou encore d'une simple faculté de l'employeur⁸⁵¹.

La Cour de justice a admis, à titre d'exemples, que l'octroi d'une indemnité de séparation versée en supplément du salaire⁸⁵², que la prise en considération du temps passé au service militaire pour le calcul de la durée du travail effectué au sein d'une entreprise⁸⁵³, ou encore que la possibilité d'invoquer des dispositions spéciales en matière de congé⁸⁵⁴ entrent dans le champ d'application de l'article 7 al. 1 du règlement n° 1612/68⁸⁵⁵. Le Tribunal fédéral a, quant à lui, jugé que le champ d'application de l'article 9 al. 1 Annexe I-ALCP ne couvre pas l'octroi d'une autorisation de chasse et de pêche⁸⁵⁶.

⁸⁴⁷ CJCE, arrêt du 28 novembre 1989, aff. C-379/87, *Groener*, Rec. 1989, p. 3967, § 14 et 23.

⁸⁴⁸ BRECHMANN, 2007, p. 731, § 61.

⁸⁴⁹ SCHEUER, 2006, p. 648, § 44 ; WINDISCH-GRAETZ, 2006, § 76 ; WÖLKER/GRILL, 2003, p. 1346, § 54.

⁸⁵⁰ SCHEUER, 2006, p. 648, § 44.

⁸⁵¹ CJCE, arrêt du 12 février 1974, aff. 152/73, *Sotgiu*, Rec. 1974, p. 153, § 9.

⁸⁵² CJCE, arrêt du 12 février 1974, aff. 152/73, *Sotgiu*, Rec. 1974, p. 153, § 9.

⁸⁵³ CJCE, arrêt du 15 octobre 1969, aff. 15/69, *Ugliola*, Rec. 1969, p. 363, § 5 ss.

⁸⁵⁴ CJCE, arrêt du 13 décembre 1972, aff. 44/72, *Marsman/Rosskamp*, Rec. 1972, p. 1243, § 3 ss ; CJCE, arrêt du 24 septembre 1998, aff. C-35/97, *Commission/France*, Rec. 1998, p. I-5325, § 36.

⁸⁵⁵ Pour d'autres exemples, voir BRECHMANN, 2007, p. 731, § 62 ; SCHEUER, 2006, p. 648 ss, § 44 ss ; WINDISCH-GRAETZ, 2006, § 78 ss ; WÖLKER/GRILL, 2003, p. 1346, § 54.

⁸⁵⁶ TF, arrêt du 7 novembre 2003, 2P. 142/2003 (c. 3.4). Concernant cet arrêt, cf. note 874.

c. Avantages fiscaux et sociaux

Selon l'alinéa 2 de l'article 9 Annexe I-ALCP, les travailleurs salariés et les membres de leur famille bénéficient des mêmes avantages fiscaux et sociaux que les travailleurs nationaux et les membres de leur famille. Les alinéas 1 et 2 de l'article 9 Annexe I-ALCP ne s'excluent pas l'un l'autre⁸⁵⁷. La portée de l'article 9 al. 2 est plus étendue que celle de l'article 9 al. 1⁸⁵⁸. Cette disposition comprend tous les avantages « qui, liés ou non à un contrat d'emploi, sont généralement reconnus aux travailleurs nationaux, en raison principalement de leur qualité objective de travailleurs ou du simple fait de leur résidence sur le territoire national, et dont l'extension aux travailleurs ressortissants d'autres Etats membres apparaît dès lors comme apte à faciliter leur mobilité à l'intérieur de la Communauté »⁸⁵⁹.

(i) Avantages fiscaux

L'article 9 al. 2 Annexe I-ALCP garantit, en premier lieu, une égalité de traitement en matière fiscale⁸⁶⁰. Ainsi, bien que le domaine de la fiscalité relève de la compétence des Etats parties à l'Accord, ce domaine doit être réglementé conformément au principe d'égalité⁸⁶¹.

⁸⁵⁷ SCHEUER, 2006, p. 650, § 48 ; WÖLKER/GRILL, 2003, p. 1347, § 55.

⁸⁵⁸ SCHEUER, 2006, p. 650, § 48.

⁸⁵⁹ CJCE, arrêt du 31 mai 1979, aff. 207/78, *Even*, Rec. 1979, p. 2019, § 22. Voir également CJCE, arrêt du 20 juin 1985, aff. 94/84, *Deak*, Rec. 1985, p. 1873, § 21 ; CJCE, arrêt du 21 juin 1988, aff. 39/86, *Lair*, Rec. 1988, p. 3161, § 21 ; CJCE, arrêt du 27 mai 1993, aff. C-310/91, *Schmid*, Rec. 1993, p. I-3011, § 18 ; CJCE, arrêt du 14 mars 1996, aff. C-315/94, *De Vos*, Rec. 1996, p. I-1417, § 20 ; TF, arrêt du 7 novembre 2003, 2P. 142/2003 (c. 3.4).

⁸⁶⁰ Voir, par analogie, CJCE, arrêt du 8 mai 1990, aff. C-175/88, *Biehl*, Rec. 1990, p. I-1779, § 12 ss : « le principe d'égalité de traitement en matière de rémunération serait privé d'effet s'il pouvait y être porté atteinte par des dispositions nationales discriminatoires en matière d'impôt sur le revenu ». Voir également CJCE, arrêt du 14 février 1995, aff. C-279/93, *Schumacker*, Rec. 1995, p. I-225, § 23 ; CJCE, arrêt du 26 octobre 1995, aff. C-151/94, *Commission/Luxembourg*, Rec. 1995, p. I-3685, § 13.

⁸⁶¹ Voir notamment CJCE, arrêt du 14 février 1995, aff. C-279/93, *Schumacker*, Rec. 1995, p. I-225, § 21 ; CJCE, arrêt du 11 août 1995, aff. C-80/94, *Wielockx*, Rec. 1995, p. I-2493, § 16 ; CJCE, arrêt du 27 juin 1996, aff. C-107/94, *Asscher*, Rec. 1996, p. I-3089, § 36. Voir également CJCE, arrêt du 16 mai 2000, aff. C-87/99, *Zurstrassen*, Rec. 2000, p. I-3337, § 18 ; CJCE, arrêt du 1^{er} juillet 2004, aff. C-169/03, *Wallentin*, Rec. 2004, p. I-6443, § 15 ss (ces arrêts appliquant des principes développés par la Cour de justice dans une jurisprudence rendue avant la date de si-

A titre d'illustration, la Cour de justice a notamment jugé que la législation fiscale d'un Etat membre qui soumet à une exigence de résidence permanente sur le territoire national le droit de bénéficier d'un éventuel remboursement d'un trop perçu d'impôt est contraire à l'article 7 al. 2 du règlement n° 1612/68⁸⁶². Il en va de même en ce qui concerne une législation nationale qui accorde le bénéfice de l'imposition collective aux seuls conjoints qui résident sur le territoire national et le refuse à un travailleur percevant la quasi-totalité de ses revenus dans cet Etat mais dont le conjoint réside dans un autre Etat membre⁸⁶³.

(ii) Avantages sociaux

En deuxième lieu, l'article 9 al. 2 Annexe I-ALCP interdit les discriminations fondées sur la nationalité en matière d'avantages sociaux. La notion d'avantage social doit être interprétée largement⁸⁶⁴. Elle englobe toutes les prestations de sécurité sociale au sens du règlement n° 1408/71 et s'étend bien au-delà⁸⁶⁵. Doivent être considérées comme des avantages sociaux, l'ensemble des prestations accordées par les Etats membres qui ont pour objet de contribuer à l'intégration des travailleurs et des membres de leur famille dans l'Etat d'accueil et de favoriser ainsi la libre circulation des personnes⁸⁶⁶. Ainsi, à titre d'exemples, les bourses d'étude accordées aux enfants des travailleurs⁸⁶⁷ ainsi qu'aux travailleurs eux-mêmes⁸⁶⁸, les allo-

gnature de l'Accord, ils doivent être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP. Cf. EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2005, p. 55).

⁸⁶² CJCE, arrêt du 8 mai 1990, aff. C-175/88, *Biehl*, Rec. 1990, p. I-1779, § 12 ss ; CJCE, arrêt du 26 octobre 1995, aff. C-151/94, *Commission/Luxembourg*, Rec. 1995, p. I-3685, § 15.

⁸⁶³ CJCE, arrêt du 16 mai 2000, aff. C-87/99, *Zurstrassen*, Rec. 2000, p. I-3337, § 19-20 (cet arrêt appliquant des principes développés par la Cour de justice dans une jurisprudence rendue avant la date de signature de l'Accord, il doit être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP).

⁸⁶⁴ Cf. notamment CJCE, arrêt du 30 septembre 1975, aff. 32/75, *Cristini*, Rec. 1975, p. 1085, § 12. Voir également TF, arrêt du 21 décembre 2006, C 203/03 (c. 6.1).

⁸⁶⁵ IMHOF, 2000, p. 46.

⁸⁶⁶ CJCE, arrêt du 17 avril 1986, aff. 59/85, *Reed*, Rec. 1986, p. 1283, § 28.

⁸⁶⁷ CJCE, arrêt du 20 mars 2001, aff. C-33/99, *Fahmi et Esmoris Cerdeiro-Pinedo Amado*, Rec. 2001, p. I-2415, § 45. Bien qu'il s'agisse d'une jurisprudence postérieure à la date de signature de l'Accord, cet arrêt de la Cour de justice a été pris en considération par le Tribunal fédéral dans son arrêt du 7 novembre 2003, 2P. 142/2003 (c. 3.4). Voir également TF, arrêt du 21 décembre 2006, C 203/03 (c. 6.1).

⁸⁶⁸ CJCE, arrêt du 21 juin 1988, aff. 39/86, *Lair*, Rec. 1988, p. 3161, § 22-24. Voir également TF, arrêt du 21 décembre 2006, C 203/03 (c. 6.1).

cations d'éducation⁸⁶⁹, les indemnités funéraires⁸⁷⁰, la faculté de parler dans sa propre langue lors d'une procédure devant les juridictions de l'Etat membre de résidence⁸⁷¹, les avantages accordés aux travailleurs en raison d'une période de service militaire⁸⁷² ainsi que les réductions sur les prix de transport en faveur des familles nombreuses⁸⁷³ constituent, selon la Cour, des avantages sociaux. En revanche, la délivrance d'un permis de chasse et de pêche ne doit pas être qualifiée, selon le Tribunal fédéral, d'avantage social au sens de l'article 9 al. 2 Annexe I-ALCP⁸⁷⁴.

d. Autres dispositions

Les travailleurs salariés ressortissants d'une partie contractante bénéficient, en vertu de l'article 9 al. 3 Annexe I-ALCP, de l'enseignement des écoles professionnelles et des centres de réadaptation ou de rééducation au même titre que les travailleurs nationaux. Il n'est pas nécessaire que l'objet de l'enseignement présente un lien avec l'activité professionnelle exercée préalablement⁸⁷⁵. La notion d'école professionnelle comprend les institutions dispensant « un enseignement soit intercalé dans une activité professionnelle, soit strictement lié à celle-ci, notamment pendant

⁸⁶⁹ CJCE, arrêt du 12 mai 1998, aff. C-85/96, *Martínez Sala*, Rec. 1998, p. I-2691, § 26. Voir également TF, arrêt du 21 décembre 2006, C 203/03 (c. 6.1).

⁸⁷⁰ CJCE, arrêt du 23 mai 1996, aff. C-237/94, *O'Flynn*, Rec. 1996, p. I-2617, § 14. Voir également TF, arrêt du 21 décembre 2006, C 203/03 (c. 6.1).

⁸⁷¹ CJCE, arrêt du 11 juillet 1985, aff. 137/84, *Ministère public/Mutsch*, Rec. 1985, p. 2681, § 16. Voir également TF, arrêt du 21 décembre 2006, C 203/03 (c. 6.1).

⁸⁷² En Suisse, les allocations pour perte de gain en cas de service militaire (KAHIL-WOLFF, 2006, p. 68). Cf. CJCE, arrêt du 15 octobre 1969, aff. 15/69, *Ugliola*, Rec. 1969, p. 363 ; CJCE, arrêt du 14 mars 1996, aff. C-315/94, *de Vos*, Rec. 1996, p. I-1417.

⁸⁷³ CJCE, arrêt du 30 septembre 1975, aff. 32/75, *Cristini*, Rec. 1975, p. 1085, § 13. Voir également TF, arrêt du 21 décembre 2006, C 203/03 (c. 6.1). Pour d'autres exemples, cf. TF, arrêt du 9 mai 2007, C 101/04 (c. 8.2, 8.6 et 8.8) ; BRECHMANN, 2007, p. 734, § 69 ; FUCHS/MARHOLD, 2006, p. 52 ss ; SCHEUER, 2006, p. 650-651, § 49 ; WINDISCH-GRAETZ, 2006, § 83 ss ; WÖLKER/GRILL, 2003, p. 1351, § 65.

⁸⁷⁴ Selon le Tribunal fédéral, ce permis ne constitue pas une prestation étatique généralement reconnue aux travailleurs nationaux en raison de leur qualité objective de travailleurs [TF, arrêt du 7 novembre 2003, 2P. 142/2003 (c. 3.4)]. Cet arrêt est, à notre sens, particulièrement critiquable. En effet, il ne correspond pas à la jurisprudence de la Cour de justice qui a très largement défini la notion d'avantage social.

⁸⁷⁵ BRECHMANN, 2007, p. 735, § 72.

l'apprentissage »⁸⁷⁶. Les universités n'entrent dès lors pas dans le champ d'application de cette disposition⁸⁷⁷.

L'article 9 al. 4 Annexe I-ALCP prévoit la nullité des clauses de convention collective ou individuelle ou d'autres réglementations collectives instituant ou autorisant des conditions discriminatoires en ce qui concerne non seulement l'accès à l'emploi⁸⁷⁸ mais également l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail et de licenciement.

Les travailleurs salariés bénéficient, selon l'article 9 al. 5 Annexe I-ALCP, de l'égalité de traitement en ce qui concerne leur affiliation aux organisations syndicales ainsi que l'exercice de leurs droits syndicaux. Cette disposition s'applique également aux organismes « qui, tout en n'ayant pas la nature juridique d'organisations syndicales, exercent des fonctions analogues de défense et de représentation des intérêts des travailleurs »⁸⁷⁹. Elle comprend le droit de vote et d'éligibilité lors des élections organisées au sein des organes de représentation des travailleurs⁸⁸⁰. L'article 9 al. 5 prévoit également la possibilité pour les Etats contractants d'exclure les travailleurs ressortissants d'autres Etats contractants de la participation à la gestion d'organismes de droit public et de l'exercice d'une fonction de droit public⁸⁸¹.

⁸⁷⁶ CJCE, arrêt du 21 juin 1988, aff. 39/86, *Lair*, Rec. 1988, p. 3161, § 26. Voir également CJCE, arrêt du 21 juin 1988, aff. 197/86, *Brown*, Rec. 1988, p. 3205, § 12.

⁸⁷⁷ Voir notamment CJCE, arrêt du 21 juin 1988, aff. 39/86, *Lair*, Rec. 1988, p. 3161, § 26 ; CJCE, arrêt du 21 juin 1988, aff. 197/86, *Brown*, Rec. 1988, p. 3205, § 12. Mentionnons toutefois que, dans un arrêt antérieur, la Cour avait constaté que « les études universitaires répondent, dans leur généralité, à ces conditions. Il n'en va autrement que pour certains cycles d'études particuliers qui, du fait de leurs caractéristiques propres, s'adressent à des personnes désireuses d'approfondir leurs connaissances générales plutôt que d'accéder à la vie professionnelle » (CJCE, arrêt du 2 février 1988, aff. 24/86, *Blaizot*, Rec. 1988, p. 379, § 20).

⁸⁷⁸ Cf. Partie II, Chapitre IV, Section 4, § 3, II., A., 3., a.

⁸⁷⁹ CJCE, arrêt du 4 juillet 1991, aff. C-213/90, *ASTI*, Rec. 1991, p. I-3507, § 16.

⁸⁸⁰ CJCE, arrêt du 18 mai 1994, aff. C-118/92, *Commission/Luxembourg*, Rec. 1994, p. I-1891, § 5 ; CJCE, arrêt du 16 septembre 2004, aff. C-465/01, *Commission/Autriche*, Rec. 2004, p. I-8291, § 28 (cet arrêt se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, il doit être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP. Cf. EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2005, p. 54).

⁸⁸¹ Cette réserve découle de l'exception prévue par l'article 10 Annexe I-ALCP (CJCE, arrêt du 21 juin 1988, aff. 39/86, *Lair*, Rec. 1988, p. 3161, § 19).

L'article 9 al. 6 Annexe I-ALCP garantit enfin aux travailleurs salariés ressortissants d'une partie contractante les mêmes droits que les travailleurs nationaux en matière de logement, y compris l'accès à la propriété⁸⁸².

B. Portée de l'égalité de traitement dans le domaine de la libre circulation des indépendants

Comme nous l'avons vu précédemment⁸⁸³, la notion d'activité indépendante découle du droit communautaire⁸⁸⁴. Elle doit donc être interprétée à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice⁸⁸⁵. Ainsi, selon la Cour, par activité non salariée, il faut entendre « l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable dans un autre Etat membre pour une durée indéterminée »⁸⁸⁶. En outre, cette activité doit être exercée de manière indépendante – l'indépendant doit agir en l'absence de toute instruction, il doit répondre de ses activités et supporter lui-même le risque économique direct⁸⁸⁷. Le caractère stable et continu de l'activité permet de distinguer les activités indépendantes des prestations de services⁸⁸⁸ ; le critère de l'indépendance, les activités non salariées des activités salariées⁸⁸⁹.

Dans l'Etat d'accueil, l'indépendant⁸⁹⁰ bénéficie d'un traitement égal à celui accordé aux nationaux en ce qui concerne l'accès à une activité éco-

⁸⁸² Il convient de noter que les articles 8 et 9 du règlement n° 1612/68 desquels s'inspirent les articles 9 al. 5 et 9 al. 6 Annexe I-ALCP n'ont pas fait l'objet d'importants développements par la doctrine et la jurisprudence communautaires.

⁸⁸³ Cf. note 487.

⁸⁸⁴ Elle découle de l'article 43 TCE. Dans le même sens, EPINEY/GAMMENTHALER, 2008, p. 41 ; WEIGELL, 2006, p. 192.

⁸⁸⁵ BEUL, 2006, p. 126 ; GROSSEN/DE PALÉZIEUX, 2002, p. 115.

⁸⁸⁶ CJCE, arrêt du 25 juillet 1991, aff. C-221/89, *Factortame*, Rec. 1991, p. I-3905, § 20. Voir également CJCE, arrêt du 30 novembre 1995, aff. C-55/94, *Gebhard*, Rec. 1995, p. I-4165, § 25 ; CJCE, arrêt du 17 juin 1997, aff. C-70/95, *Sodemare*, Rec. 1997, p. I-3395, § 24.

⁸⁸⁷ BRÖHMER, 2007, p. 773, § 10 ; MAYER, 2003, § 11.

⁸⁸⁸ BRÖHMER, 2007, p. 771, § 3 ; COTTIER/KRAFFT/ET AL., 2004, p. 12 ; MAYER, 2003, § 12 ; SCHEUER, 2006, p. 705, § 2.

⁸⁸⁹ PÄRLI, 2006, § 45 ; SCHEUER, 2006, p. 627, § 7.

⁸⁹⁰ Les frontaliers indépendants bénéficient également de l'égalité de traitement consacrée par l'article 15 Annexe I-ALCP [ATF 135 II 128 (133) qui mentionne, sans se prononcer sur sa portée, l'arrêt de la CJCE du 22 décembre 2008, aff. C-13/08, *Stamm*, non encore publié au Recueil, § 38 et 39].

nomique et son exercice (art. 15 al. 1 Annexe I-ALCP et 7 let. a ALCP). De plus, l'article 15 al. 2 Annexe I-ALCP renvoie à l'article 9 Annexe I-ALCP ; l'analyse effectuée en relation à l'article 9 Annexe I-ALCP s'applique dès lors *mutatis mutandis* aux activités non salariées⁸⁹¹.

A titre d'exemples, l'article 15 Annexe I-ALCP prohibe les réglementations nationales prévoyant la règle de l'unicité de cabinet⁸⁹², les législations obligeant les avocats à résider dans l'arrondissement du tribunal dont dépend le barreau auquel ils sont inscrits⁸⁹³, ou celles soumettant les dentistes à l'obligation de résider dans la circonscription de l'ordre professionnel auprès duquel ils sollicitent leur inscription⁸⁹⁴. Il en va de même des réglementations prévoyant des conditions de résidence préalable pour le versement d'une allocation de naissance et d'une allocation de maternité⁸⁹⁵. Par ailleurs, l'article 15 Annexe I-ALCP s'oppose aux réglementations soumettant la location d'un local à usage professionnel à une condition de nationalité⁸⁹⁶, ainsi qu'aux législations obligeant un ressortissant hellénique à utiliser, dans l'exercice de sa profession, « une graphie de son nom résultant de la translittération dans les registres de l'état civil, et que cette graphie soit telle que la prononciation s'en trouve

⁸⁹¹ Concernant l'analyse de l'article 9 Annexe I-ALCP, cf. Partie II, Chapitre IV, Section 4, § 3, II., A.

⁸⁹² CJCE, arrêt du 12 juillet 1984, aff. C-107/83, *Klopp*, Rec. 1984, p. 2971, § 18 ss ; CJCE, arrêt du 30 avril 1986, aff. C-96/85, *Commission/France*, Rec. 1986, p. 1475, § 12 ss ; CJCE, arrêt du 20 mai 1992, aff. C-106/91, *Ramrath*, Rec. 1992, p. I-3351, § 19 ss ; CJCE, arrêt du 16 juin 1992, aff. C-351/90, *Commission/Luxembourg*, Rec. 1992, p. I-3945, § 10 ss.

⁸⁹³ CJCE, arrêt du 12 juillet 1984, aff. C-107/83, *Klopp*, Rec. 1984, p. 2971, § 19 ; CJCE, arrêt du 20 mai 1992, aff. C-106/91, *Ramrath*, Rec. 1992, p. I-3351, § 20-22 ; CJCE, arrêt du 7 mars 2002, aff. C-145/99, *Commission/Italie*, Rec. 2002, p. I-2235, § 25 ss ; CJCE, arrêt du 21 avril 2005, aff. C-140/03, *Commission/Grèce*, Rec. 2005, p. I-3177, § 28 (ces arrêts se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, ils doivent être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP. Concernant l'affaire C-140/03, cf. EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2006, p. 108-109).

⁸⁹⁴ CJCE, arrêt du 12 juillet 1984, aff. C-107/83, *Klopp*, Rec. 1984, p. 2971, § 19 ; CJCE, arrêt du 18 janvier 2001, aff. C-162/99, *Commission/Italie*, Rec. 2001, p. I-541, § 29 ss (cet arrêt se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, il doit être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP).

⁸⁹⁵ CJCE, arrêt du 10 mars 1993, aff. C-111/91, *Commission/Luxembourg*, Rec. 1993, p. I-817.

⁸⁹⁶ CJCE, arrêt du 18 juin 1985, aff. 197/84, *Steinhauser*, Rec. 1985, p. 1819, § 14 ss.

dénaturée, avec le risque d'une confusion de personnes auprès de sa clientèle potentielle »⁸⁹⁷. En revanche, les Etats parties à l'Accord sont en droit d'exiger des ressortissants d'autres Etats parties qu'ils acquièrent les connaissances linguistiques nécessaires à l'exercice de la profession de dentiste⁸⁹⁸.

C. Portée de l'égalité de traitement dans le domaine de la libre prestation de services

Il convient enfin d'examiner le champ d'application matériel du principe d'interdiction des discriminations prévu en faveur des prestataires de services.

De même que les activités salariées et non salariées, la notion de prestation de services s'inspire du droit communautaire⁸⁹⁹ et doit dès lors être interprétée à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice⁹⁰⁰.

1. Elément transfrontalier

En premier lieu, selon la Cour de justice, les dispositions relatives aux prestations de services s'appliquent aux activités présentant un élément transfrontalier⁹⁰¹, c'est-à-dire lorsque les personnes participant à la prestation de services sont établies dans différents Etats membres⁹⁰². Une telle

⁸⁹⁷ CJCE, arrêt du 30 mars 1993, aff. C-168/91, *Konstantinidis*, Rec. 1993, p. I-1191. Sur ce point, voir MONTINI, 2006, p. 470 ss.

⁸⁹⁸ CJCE, arrêt du 4 juillet 2000, aff. C-424/97, *Haim*, Rec. 2000, p. I-5123, § 50 ss. Vu que cette jurisprudence se limite à appliquer les principes développés par la Cour dans des arrêts rendus avant la date de signature de l'Accord, elle doit être prise en considération ; cf. CJCE, arrêts du 30 novembre 1995, aff. C-55/94, *Gebhard*, Rec. 1995, p. I-4165, § 37 ; CJCE, arrêt du 9 mars 1999, aff. C-212/97, *Centros*, Rec. 1999, p. I-1459, § 34.

⁸⁹⁹ Art. 50 TCE.

⁹⁰⁰ BENESCH, 2007, p. 148 ; BEUL, 2006, p. 126 ; EPINEY, *Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit*, 2005, p. 60 ; EPINEY/GAMMENTHALER, 2008, p. 41 ; EPINEY/ZBINDEN, 2009, p. 13 ; MARITZ, 2001, p. 335.

⁹⁰¹ Voir notamment CJCE, arrêt du 18 mars 1980, aff. 52/79, *Debauve*, Rec. 1980, p. 833, § 9 ; CJCE, arrêt du 26 février 1991, aff. C-198/89, *Commission/Grèce*, Rec. 1991, p. I-727, § 9 ; CJCE, arrêt du 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Höfner et Elser*, Rec. 1991, p. I-1979, § 37 ; CJCE, arrêt du 16 janvier 1997, aff. C-134/95, *USSL N 47 di Biella*, Rec. 1997, p. I-195, § 19.

⁹⁰² Voir notamment CJCE, arrêt du 24 mars 1994, aff. C-275/92, *Schindler*, Rec. 1994, p. I-1039, § 29 ; CJCE, arrêt du 10 mai 1995, aff. C-384/93, *Alpine Investments*, Rec. 1995, p. I-1141, § 21 ; CJCE, arrêt du 21 septembre 1999, aff. C-124/97, *Läärä*, Rec.

condition est également prévue par l'ALCP. En effet, l'exigence d'un déplacement du prestataire ou du destinataire de services dans un autre Etat partie à l'Accord ressort des différentes dispositions relatives aux prestations de services⁹⁰³. Ainsi, tant les situations dans lesquelles le prestataire de services se déplace dans l'Etat où est établi le destinataire [art. 5 al. 1 et 2 ALCP et 17 let. b, i), Annexe I-ALCP] que celles dans lesquelles le destinataire se déplace dans l'Etat où est établi le prestataire (art. 5 al. 3 ALCP et 23 Annexe I-ALCP)⁹⁰⁴ sont couvertes par l'Accord. En outre, les situations dans lesquelles seule la prestation de services traverse la frontière entrent également dans la notion de prestation de services⁹⁰⁵. Il convient toutefois de noter ici que l'interdiction de discrimination au sens de l'article 19 Annexe I-ALCP ne trouve application qu'en faveur des prestataires de services. Les destinataires de services victimes d'une discrimination en raison de leur nationalité bénéficient de l'interdiction générale de discrimination au sens de l'article 2 ALCP⁹⁰⁶.

2. Activité économique

En deuxième lieu, seules les prestations de services constituant une activité économique – c'est-à-dire fournies normalement contre rémunération –

1999, p. I-6067, § 27 (cet arrêt se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, il doit être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP).

⁹⁰³ Cf. art. 5 ALCP, 17 let. a, 19, 20 et 23 Annexe I-ALCP, MARITZ, 2001, p. 336, note 15.

⁹⁰⁴ Concernant la libre prestation de services passive en matière de traitement médical, cf. Partie I, Chapitre VI, Section 3.

⁹⁰⁵ Voir notamment CJCE, arrêt du 25 juillet 1991, aff. C-76/90, *Säger*, Rec. 1991, p. I-4221, § 13. Sur ce point, voir EPINEY, *Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit*, 2005, p. 61 ; IKEN, 2003, p. 122 ; MARITZ, 2001, p. 339-340. Contra : BECKER, 2001, p. 5-6 ; BENESCH, 2007, p. 150. A titre d'exemples, voir CJCE, arrêt du 30 avril 1974, aff. 155/73, *Sacchi*, Rec. 1974, p. 409, § 6 ; CJCE, arrêt du 24 octobre 1978, aff. 15/78, *Koestler*, Rec. 1978, p. 1971, § 2 ; CJCE, arrêt du 4 décembre 1986, aff. 205/84, *Commission/Allemagne*, Rec. 1986, p. 3755, § 2 ; CJCE, arrêt du 9 juillet 1997, aff. C-34/95, *De Agostini*, Rec. 1997, p. I-3843, § 48.

⁹⁰⁶ L'article 23 al. 1 *in fine* Annexe I-ALCP doit en outre être mentionné. Cette disposition prévoit la possibilité d'exclure le destinataire de services de l'aide sociale pendant la durée de son séjour. Elle constitue dès lors une limitation au principe prévu par l'article 2 ALCP.

sont concernées⁹⁰⁷. L'élément constitutif de la rémunération réside « dans le fait que celle-ci constitue la contrepartie économique de la prestation en cause, contrepartie qui est normalement définie entre le prestataire et le destinataire du service »⁹⁰⁸. La valeur de la prestation ne doit toutefois pas être hors de proportion avec celle de la rémunération⁹⁰⁹. Le terme « services » comprend ainsi notamment les activités commerciales, artisanales et les professions libérales⁹¹⁰. Il peut également viser les activités sportives⁹¹¹ ou culturelles⁹¹².

3. Caractère temporaire

En troisième lieu, enfin, les prestations de services se distinguent des autres types d'activités par leur caractère temporaire. Selon la Cour de justice, celui-ci est « à apprécier non seulement en fonction de la durée de la prestation, mais également en fonction de sa fréquence, périodicité ou continuité. Le caractère temporaire de la prestation n'exclut pas la possibilité pour le prestataire de services [...] de se doter, dans l'Etat membre d'accueil, d'une certaine infrastructure (y compris un bureau, cabinet ou étude) dans la mesure où cette infrastructure est nécessaire aux fins de l'accomplissement de la prestation en cause »⁹¹³. La Cour juge toutefois que l'Etat de destination est en droit de prendre des mesures à l'encontre des prestataires de services « destinées à empêcher que la liberté garantie

⁹⁰⁷ Voir notamment CJCE, arrêt du 12 décembre 1974, aff. 36/74, *Walrave et Koch*, Rec. 1974, p. 1405, § 4 ; CJCE, arrêt du 5 octobre 1988, aff. 196/87, *Steymann*, Rec. 1988, p. 6159, § 9. Voir également GRISEL, 2008, p. 172 ss.

⁹⁰⁸ CJCE, arrêt du 27 septembre 1988, aff. 263/86, *Humbel et Edel*, Rec. 1988, p. 5365, § 15 ss. Voir également notamment CJCE, arrêt du 18 décembre 2007, aff. C-281/06, *Jundt*, Rec. 2007, p. I-12231, § 28 ss (cet arrêt se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, il doit être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP. Cf. EPINEY/MOSTERS, 2008, p. 90).

⁹⁰⁹ KLUTH, 49-50 *EGV*, 2007, p. 820, § 10.

⁹¹⁰ Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p. 5618.

⁹¹¹ Voir par exemple, CJCE, arrêt du 12 décembre 1974, aff. 36/74, *Walrave et Koch*, Rec. 1974, p. 1405 ; CJCE, arrêt du 15 décembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. 1995, p. I-4921 ; CJCE, arrêt du 11 avril 2000, aff. C-51/96 et C-191/97, *Deliège*, Rec. 2000, p. I-2549.

⁹¹² Voir, par exemple, CJCE, arrêt du 26 février 1991, aff. C-198/89, *Commission/Grèce*, Rec. 1991, p. I-727.

⁹¹³ CJCE, arrêt du 30 novembre 1995, aff. C-55/94, *Gebhard*, Rec. 1995, p. I-4165, § 27.

par l'article [49] soit utilisée par un prestataire dont l'activité serait entièrement ou principalement tournée vers sont territoire, en vue de se soustraire aux règles professionnelles qui lui seraient applicables au cas où il serait établi sur le territoire de cet Etat, une telle situation pouvant être justiciable du chapitre relatif au droit d'établissement et non de celui des prestations de services »⁹¹⁴.

En ce qui concerne l'Accord, il précise la portée du caractère temporaire des prestations de services aux articles 5 al. 1 ALCP et 17 let. a Annexe I-ALCP. En vertu de ces dispositions, seules les prestations ne dépassant pas 90 jours de travail effectif par année civile – les prestations pouvant être exercées de manière ininterrompue ou de manière successive (art. 21 al. 1 Annexe I-ALCP) – sont couvertes par l'ALCP. Cette limitation de durée ne trouve toutefois pas application à l'égard de deux types de prestations de services. Les services faisant l'objet d'un accord spécifique (art. 5 al. 1 ALCP)⁹¹⁵ ainsi que ceux fournis en vertu d'une autorisation accordée par l'autorité compétente de la partie contractante concernée (art. 5 al. 2 let. b ALCP et 20 al. 2 Annexe I-ALCP)⁹¹⁶ peuvent dépasser les 90 jours de travail effectif par année civile.

4. Portée de l'interdiction de discrimination en faveur des prestataires de services

S'agissant de la portée de l'interdiction de discrimination en faveur des prestataires de services, l'article 19 Annexe I-ALCP s'applique également en relation à l'article 7 let. a ALCP. En vertu de ces dispositions, les prestataires de services bénéficient d'un droit à l'égalité de traitement avec les nationaux en ce qui concerne l'accès à une activité économique, son exercice ainsi que les conditions de vie, d'emploi et de travail⁹¹⁷.

⁹¹⁴ CJCE, arrêt du 4 décembre 1986, aff. 205/84, *Commission/Allemagne*, Rec. 1986, p. 3755, § 22. Voir également CJCE, arrêt du 3 décembre 1974, aff. 33/74, *van Binsbergen*, Rec. 1974, p. 1299, § 13.

⁹¹⁵ L'Accord sur le transport aérien (RS 0.748.127.192.68), l'Accord relatif aux échanges de produits agricoles (RS 0.916.026.81) et l'Accord sur certains aspects relatifs aux marchés publics (RS 0.172.052.68) constituent notamment des accords spécifiques (MARITZ, 2001, p. 342).

⁹¹⁶ Les autorités compétentes bénéficient d'un pouvoir d'appréciation lors de l'octroi des autorisations. Elles peuvent notamment prendre en compte la situation du marché du travail (MARITZ, 2001, p. 342).

⁹¹⁷ A titre d'exemple, TF, arrêt du 17 juin 2008, 2C_151/2008 (c. 2.3-2.4).

Ainsi, les articles 19 Annexe I-ALCP et 7 let. a ALCP s'opposent notamment aux législations nationales exigeant une résidence permanente sur le territoire national⁹¹⁸, aux dispositions nationales interdisant aux sociétés de télédistribution de transmettre des programmes de stations d'autres Etats membres dans une langue autre que celle de leur pays d'établissement⁹¹⁹ et aux législations interdisant aux émetteurs établis dans d'autres Etats de diffuser au sein de leurs programmes des messages publicitaires destinés spécialement au public national ou d'accompagner ces programmes d'un sous-titrage dans la langue nationale⁹²⁰. De même, vu que les prestataires de services ont la possibilité de se doter, dans l'Etat membre d'accueil, d'une certaine infrastructure⁹²¹, les réglementations interdisant aux avocats établis dans un Etat et exerçant, en qualité de prestataires de services, dans un autre Etat membre de constituer un cabinet dans ce dernier Etat sont contraires aux articles 19 Annexe I-ALCP et 7 let. a ALCP⁹²².

5. Illustration

Avant de conclure ce chapitre consacré au champ d'application matériel de l'interdiction de discrimination, il y a lieu de mentionner l'arrêt du Tribunal fédéral du 11 avril 2008⁹²³, dans lequel notre Haute Cour a rejeté le recours déposé par un avocat pratiquant en Autriche contre une décision rendue le 3 janvier 2008 par le Tribunal cantonal de Saint-Gall de ne pas

⁹¹⁸ CJCE, arrêt du 3 décembre 1974, aff. 33/74, *van Binsbergen*, Rec. 1974, p. 1299, § 17 ; CJCE, arrêt du 26 novembre 1975, aff. 39/75, *Coenen*, Rec. 1975, p. 1547, § 12 ; CJCE, arrêt du 29 mai 2001, aff. C-263/99, *Commission/Italie*, Rec. 2001, p. I-4195, § 20 ; CJCE, arrêt du 11 mars 2004, aff. C-496/01, *Commission/France*, Rec. 2004, p. I-2351, § 77 (ces arrêts se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, ils doivent être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP).

⁹¹⁹ CJCE, arrêt du 16 décembre 1992, aff. C-211/91, *Commission/Belgique*, Rec. 1992, p. I-6757, § 4-5.

⁹²⁰ CJCE, arrêt du 26 avril 1988, aff. C-352/85, *Bond van Adverteerders*, Rec. 1988, p. I-2085, § 26 et 30.

⁹²¹ CJCE, arrêt du 30 novembre 1995, aff. C-55/94, *Gebhard*, Rec. 1995, p. I-4165, § 27.

⁹²² CJCE, arrêt du 7 mars 2002, aff. C-145/99, *Commission/Italie*, Rec. 2002, p. I-2235, § 22-23 ; CJCE, arrêt du 21 mars 2002, aff. C-298/99, *Commission/Italie*, Rec. 2002, p. I-3129, § 54 ss (ces arrêts reprenant des principes développés par la Cour de justice avant la date de signature de l'Accord, ils doivent être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP).

⁹²³ TF, arrêt du 11 avril 2008, 4A_83/2008.

entrer en matière sur un recours envoyé dans un premier temps par fax, puis déposé dans une poste autrichienne le dernier jour du délai.

Le recourant a fait valoir que les articles 12 LDIP⁹²⁴ et 84 GerG/SG⁹²⁵, en vertu desquels les actes doivent parvenir au tribunal compétent ou être remis à un bureau de poste suisse ou, à l'étranger, à une représentation diplomatique ou consulaire suisse le dernier jour du délai au plus tard, créent un grave obstacle administratif (« ein gravierendes administrative Hindernis ») à l'exercice par les avocats européens de leur profession et sont dès lors contraires aux dispositions de l'ALCP.

Le Tribunal fédéral a jugé que l'ALCP se limite à définir les conditions d'accès à la profession d'avocat et n'a pas pour objet de réglementer la question du respect des délais. Une fois admis en Suisse, les avocats – qu'ils soient prestataires de services ou établis durablement en Suisse – doivent être soumis au même traitement que les nationaux. Partant de ce constat, le Tribunal fédéral a conclu que les articles 84 GerG/SG et 12 LDIP n'engendrent aucun obstacle contraire aux dispositions de l'Accord, celui-ci n'ayant pas vocation à s'appliquer dans la présente affaire.

Cet arrêt aborde ainsi principalement la question du champ d'application de l'Accord. Dans la présente affaire, il était question d'un avocat établi en Autriche et offrant ses services en Suisse. A notre sens, le Tribunal fédéral aurait dû déterminer dans quelle mesure l'avocat exerce une activité économique transfrontalière présentant un caractère temporaire et entrant dès lors dans le champ d'application des dispositions de l'Accord relatives aux prestataires de services (art. 5 ALCP et 17 ss Annexe I-ALCP).

A cet égard, nous sommes d'avis qu'il est possible d'admettre que la situation présente un élément transfrontalier, l'avocat étant établi en Autriche et exerçant une activité lucrative en Suisse.

En ce qui concerne ensuite la qualification des activités du recourant de prestations de services, elle doit également être reconnue. En effet, l'avocat fournit des services contre une rémunération constituant « la contrepartie économique de la prestation en cause »⁹²⁶. Une telle conclu-

⁹²⁴ Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP), RS 291.

⁹²⁵ Gerichtsgesetz vom 2. April 1987 des Kantons St. Gallen, RS SG 941.1.

⁹²⁶ Cf. Partie II, Chapitre IV, Section 4, § 3, II., C., 2.

sion se déduit par ailleurs du Message du Conseil fédéral qui précise que la notion de prestation de services englobe notamment « les activités commerciales, artisanales et les professions libérales »⁹²⁷. Les activités du recourant se caractérisent en outre par leur caractère temporaire, l'avocat étant établi en Autriche et n'ayant accompli en Suisse que les actes nécessaires au dépôt de son recours.

Concernant enfin la condition de nationalité⁹²⁸, l'état de fait ne précisant pas celle du recourant, il se justifie d'admettre que le recourant est ressortissant d'un Etat partie à l'Accord.

Au vu de la réalisation de l'ensemble des conditions relatives au champ d'application, nous sommes d'avis que le Tribunal fédéral aurait dû conclure à l'application de l'Accord et en particulier des articles 17 ss Annexe I-ALCP. Par ailleurs, suite à ce premier constat, notre Haute Cour aurait dû examiner dans quelle mesure la réglementation des articles 84 GerG/SG et 12 LDIP est susceptible de constituer une discrimination en raison de la nationalité.

Comme nous l'avons vu précédemment, l'article 19 Annexe I-ALCP prévoit que « le prestataire de services ayant le droit ou ayant été autorisé à fournir un service peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer, à titre temporaire, son activité dans l'Etat où la prestation est fournie dans les mêmes conditions que celles que cet Etat impose à ses propres ressortissants, conformément aux dispositions de la présente annexe et des annexes II et III ». Cette disposition – qu'il convient de lire en relation à l'article 7 let. a ALCP – accorde aux prestataires de services un droit à l'égalité de traitement avec les nationaux en ce qui concerne l'accès à une activité économique, son exercice ainsi que les conditions de vie, d'emploi et de travail.

L'analyse des articles 12 LDIP et 84 GerG/SG nous permet d'emblée d'écartier la présence d'une discrimination directe⁹²⁹. En effet, aucune de ces dispositions ne fait expressément référence au critère de nationalité. Tant les ressortissants suisses que les ressortissants étrangers doivent respecter les obligations consacrées par ces dispositions.

⁹²⁷ Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p. 5618.

⁹²⁸ Condition relative au champ d'application personnel, cf. Partie II, Chapitre V.

⁹²⁹ Concernant la notion de discrimination directe, cf. Partie II, Chapitre III, Section 1.

Il reste toutefois à déterminer si ces dispositions sont constitutives d'une discrimination indirecte⁹³⁰. Comme nous l'avons vu précédemment, le rapport de comparaison doit, dans un tel cas, se fonder sur les effets de la mesure en cause. Aussi y a-t-il lieu d'examiner si les articles 12 LDIP et 84 GerG/SG « risqu[ent] de jouer principalement au détriment de ressortissants d'autres Etats membres ».

En vertu de ces dispositions, les actes doivent parvenir au tribunal compétent ou être remis à un bureau de poste suisse ou, à l'étranger, à une représentation diplomatique ou consulaire suisse le dernier jour du délai au plus tard. Or une telle obligation s'applique principalement au détriment des avocats en provenance d'autres parties contractantes. En effet, seuls les ressortissants étrangers se voient contraints de faire usage de la voie diplomatique. Il en va, par ailleurs, de même dans le cas où les avocats étrangers décident de faire parvenir leurs actes à un bureau de poste suisse. Dans l'une et l'autre des situations, les avocats établis dans un autre Etat contractant se voient empêchés de faire usage de la totalité de leur délai de recours. Pour être en mesure de déposer leurs actes le dernier jour du délai à un bureau de poste suisse, ceux-ci doivent les avoir remis à un bureau de poste de leur Etat de résidence au moins un jour auparavant. Par ailleurs, leur étude est parfois éloignée d'un consulat ou d'une ambassade dont les heures d'ouverture sont, le plus souvent, réduites. En ce sens, les articles 12 LDIP et 84 GerG/SG sont donc indirectement discriminatoires à moins de se justifier par des raisons d'ordre public (art. 5 Annexe I-ALCP⁹³¹) ou des raisons objectives⁹³², proportionnées à l'objectif poursuivi.

A notre sens, il est d'emblée possible d'exclure l'application de l'article 5 Annexe I-ALCP, les objectifs visés par les articles 12 LDIP et 84 GerG/SG ne représentant pas une menace réelle et d'une certaine gravité pour un intérêt fondamental de la société.

Reste ainsi à examiner dans quelle mesure la réglementation consacrée par les articles 12 LDIP et 84 GerG/SG est susceptible de se justifier par un intérêt objectif et proportionné au but poursuivi.

⁹³⁰ Concernant la notion de discrimination indirecte, cf. Partie II, Chapitre III, Section 2.

⁹³¹ Concernant cette notion, cf. Partie II, Chapitre VI, Section 1.

⁹³² Concernant cette notion, cf. Partie II, Chapitre VI, Section 4.

Les articles 12 LDIP et 84 GerG/SG poursuivent deux objectifs principaux. Ils ont, d'une part, pour fonction de garantir que le tribunal compétent dispose des écritures des parties dans un délai raisonnable afin de ne pas entraver le cours normal de la procédure et, d'autre part, d'assurer la fiabilité du contrôle du respect de la date.

A cet égard, s'il est vrai qu'il se justifie d'admettre que le bon fonctionnement de la justice constitue une raison objective susceptible de justifier une telle réglementation⁹³³, elle n'est toutefois pas proportionnée au but poursuivi. En effet, le fait que les écritures parviennent aux tribunaux compétents avec quelques jours de retard ne risque pas d'entraver la cours de la procédure. Par ailleurs, il ne se justifie pas de douter de la fiabilité des systèmes postaux des différents Etats parties à l'Accord.

En définitive, il faut dès lors admettre que la réglementation consacrée par les articles 12 LDIP et 84 GerG/SG se fonde sur des motifs objectifs. Ceux-ci ne sont toutefois ni appropriés, ni nécessaires, ils dépassent les limites de ce qui est indispensable pour les réaliser.

Au vu des considérations qui précèdent, il y a donc lieu de reconnaître le caractère discriminatoire de la réglementation des articles 12 LDIP et 84 GerG/SG, en ce sens qu'ils dépassent les limites de ce qui est indispensable pour réaliser l'objectif qu'ils poursuivent.

⁹³³ Voir notamment CJCE, arrêt du 3 décembre 1974, aff. 33/74, *van Binsbergen*, Rec. 1974, p. 1299, § 14-16 ; CJCE, arrêt du 12 juillet 1984, aff. C-107/83, *Klopp*, Rec. 1984, p. 2971, § 20 ; CJCE, arrêt du 5 décembre 2006, aff. C-94/04, *Cipolla*, Rec. 2006, p. I-11421, § 64 (cet arrêt se contentant de préciser, sur ce point, la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, il doit être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP).

Chapitre V Champ d'application personnel

A la suite de la détermination du champ d'application matériel des principales dispositions de l'Accord interdisant les discriminations en raison de la nationalité, il convient de définir leur champ d'application personnel. Dans le cadre de cet examen, il nous appartiendra, d'une part, d'identifier les personnes susceptibles d'invoquer ces différentes dispositions – les bénéficiaires⁹³⁴ – et, d'autre part, de déterminer à l'encontre de quels sujets de droit – les destinataires⁹³⁵ – elles sont opposables.

Section 1 Bénéficiaires

Lors de l'identification des bénéficiaires, nous procéderons par étapes successives. Nous débiterons notre examen par l'analyse des conditions générales valant tant pour l'article 2 ALCP que pour les dispositions spéciales. Puis nous analyserons les conditions spécifiques de chaque disposition. Nous terminerons notre identification par l'examen du régime prévu en faveur des membres de la famille et des travailleurs détachés.

§ 1 Conditions communes aux différentes dispositions

I. Nationalité d'un Etat partie à l'Accord

En vertu des différentes dispositions faisant l'objet de notre analyse, seuls les ressortissants d'une partie contractante peuvent bénéficier de l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité. L'article 2 ALCP⁹³⁶, le règlement n° 1408/71⁹³⁷ et l'article 9 Annexe I-ALCP⁹³⁸ le

⁹³⁴ Cf. Partie II, Chapitre V, Section 1.

⁹³⁵ Cf. Partie II, Chapitre V, Section 2.

⁹³⁶ « Les ressortissants d'une partie contractante qui séjournent légalement sur le territoire d'une autre partie contractante ne sont pas [...] discriminés en raison de leur nationalité ». Dans le même sens, BENESCH, 2007, p. 167.

prévoient expressément. En ce qui concerne l'interdiction prévue par l'article 15 Annexe I-ALCP, elle s'adresse également aux ressortissants d'une partie contractante. La condition de nationalité n'est toutefois pas prévue expressément par l'article 15, elle est mentionnée à l'article 12 Annexe I-ALCP⁹³⁹. Il en va de même en ce qui concerne l'article 19 Annexe I-ALCP. Cette disposition doit être lue en combinaison avec les articles 17 let. b, ii) et 18 Annexe I-ALCP qui font tous deux référence à la nationalité d'un Etat partie à l'Accord⁹⁴⁰.

Les ressortissants d'Etats tiers sont dès lors exclus du champ d'application personnel⁹⁴¹. Le fait pour un ressortissant d'un Etat partie de posséder simultanément la nationalité d'un Etat tiers ne le prive toutefois pas du droit d'invoquer les dispositions interdisant les discriminations en raison de la nationalité⁹⁴². Par ailleurs, les ressortissants d'Etats parties à

⁹³⁷ L'article 2 régit le champ d'application personnel. Selon cette disposition, le règlement n° 1408/71 « s'applique aux [...] ressortissants de l'un des Etats membres [...] ».

⁹³⁸ « Un travailleur salarié ressortissant d'une partie contractante ne peut, sur le territoire de l'autre partie contractante, être, en raison de sa nationalité, traité différemment [...] », art. 9 al. 1 Annexe I-ALCP.

⁹³⁹ L'article 15 Annexe I-ALCP s'applique aux « indépendants ». Or l'article 12 Annexe I-ALCP précise cette notion. Selon cette disposition, est qualifié d'indépendant « le ressortissant d'une partie contractante désirant s'établir sur le territoire d'une autre partie contractante en vue d'exercer une activité non salariée [...] ».

⁹⁴⁰ Selon l'article 17 let. b, ii), sont concernés « les ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne ou de la Suisse qui sont des prestataires de services [...] ». L'article 18 institue, quant à lui, une condition de nationalité à l'égard des personnes morales : « les dispositions de l'article 17 de la présente annexe s'appliquent à des sociétés qui sont constituées en conformité de la législation d'un Etat membre de la Communauté européenne ou de la Suisse et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur établissement principal sur le territoire d'une partie contractante ».

⁹⁴¹ Voir notamment CJCE, arrêt du 25 juin 1992, aff. C-147/91, *Ferrer Laderer*, Rec. 1992, p. I-4097, § 9 ; BRECHMANN, 2007, p. 717, § 19 et p. 752, § 3 ; BRÖHMER, 2007, p. 772, § 7 ; BUDISCHOWSKY, 2003, § 15 ; EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 490, § 41 ; KLUTH, *Art. 49-50 EGV*, 2007, p. 826-827, § 33 et 37 ; KUCSKO-STADLMAYER, 2005, § 19 ; LANGER, 2003, p. 1420, § 46 ; LENZ, 2006, p. 265, § 2 ; MAYER, 2003, § 6 ; PÄRLI, 2006, § 28 ; SCHEUER, 2006, p. 628, § 8 et p. 682, § 17 ; WINDISCH-GRAETZ, 2006, § 27 ; WÖLKER/GRILL, 2003, p. 1305, § 46 ; ZULEEG, 2003, p. 693, § 14.

⁹⁴² Voir notamment CJCE, arrêt du 7 juillet 1992, aff. C-369/90, *Micheletti e.a.*, Rec. 1992, p. I-4239, § 15 ; CJCE, arrêt du 2 octobre 1997, aff. C-122/96, *Saldanha*, Rec. 1997, p. I-5325, § 15. Voir également TF, arrêt du 8 novembre 2007, 2C_375/2007 ; HANGARTNER, *Freizügigkeitsabkommen*, 2003, p. 260 ; PÄRLI, 2006, § 29 ss.

l'Accord sont en droit d'invoquer ces dispositions « même à l'égard de l'Etat dont ils sont nationaux »⁹⁴³ – à condition toutefois que leur situation présente un caractère transfrontalier⁹⁴⁴.

Il convient enfin de mentionner deux exceptions à la condition de nationalité. En premier lieu, certaines dispositions de l'Accord consacrent expressément une exception en faveur des membres de la famille de ressortissants d'Etats parties à l'Accord⁹⁴⁵. En second lieu, la condition de nationalité ne trouve pas directement application à l'égard des travailleurs détachés par un prestataire de services ressortissant d'un Etat partie⁹⁴⁶.

II. Personnes physiques

L'Accord sur la libre circulation des personnes ayant uniquement pour but de garantir la libre circulation des personnes physiques, les personnes morales ainsi que les associations n'entrent pas dans le champ d'application personnel des dispositions interdisant les discriminations en raison de la nationalité⁹⁴⁷. Seule une exception a été prévue par l'Accord.

⁹⁴³ CJCE, arrêt du 7 février 1979, aff. 115/78, *Knoors*, Rec. 1979, p. 399, § 18 ; CJCE, arrêt du 19 janvier 1988, aff. 292/86, *Gullung*, Rec. 1988, p. 111, § 11. Voir également TF, arrêt du 17 juin 2008, 2C_151/2008 (c. 2.1) ; TF, arrêt du 24 mars 2009, 2C_607/2008 (c. 2) publication prévue. En ce qui concerne l'article 2 ALCP, cf. Partie II, Chapitre V, Section 1, § 2, I. Tel n'est toutefois pas le cas lorsque la situation des nationaux ne présente aucun élément transfrontalier ; sur la question des discriminations à rebours, cf. Partie II, Chapitre III, Section 3.

⁹⁴⁴ A cet égard, il y a lieu de souligner que le fait, pour un national n'ayant pas fait usage de son droit à la libre circulation, de bénéficier – en sus de la nationalité suisse – de la nationalité d'un autre Etat partie, permet d'admettre le caractère transfrontalier de sa situation (cf. note 713).

⁹⁴⁵ PÄRLI, 2006, § 28. Sur ce point, cf. Partie II, Chapitre V, Section 1, § 3.

⁹⁴⁶ Sur ce point, voir Partie II, Chapitre V, Section 1, § 4.

⁹⁴⁷ Dans son message, le Conseil fédéral mentionne les personnes morales uniquement lorsqu'il aborde la question des prestations de services. A cet égard, il précise que tant les indépendants que les personnes morales jouiront du droit à la libre prestation de services (Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p. 5465). Dans le même sens, CJCE du 12 novembre 2009, aff. C-351/08, *Grimme*, non encore publié au Recueil, § 39. Voir également BENESCH, 2007, p. 77 et 139 ; BOCK, 2006, p. 167 ; EPINEY/MOSTERS, 2008, p. 76 ; EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2006, p. 104 ; GROSSEN/DE PALÉZIEUX, 2002, p. 121 ; HANGARTNER, *Freizügigkeitsabkommen*, 2003, p. 260 ; HINNY, 2004, p. 168 ; IMHOF, *Auslegungsmethode – Teil 1*, 2007, p. 157 ; MARITZ, 2001, p. 336 ; WEIGELL,

L'interdiction de discrimination en faveur des prestataires de services (art. 19 Annexe I-ALCP) s'applique également à l'égard des sociétés (art. 5 al. 1 ALCP et art. 18 Annexe I-ALCP)⁹⁴⁸.

Il se justifie toutefois d'examiner dans quelle mesure les personnes morales peuvent néanmoins être indirectement touchées par les dispositions de l'Accord (hormis les articles 5 al. 1 ALCP et art. 18 Annexe I-ALCP qui les visent expressément).

Imaginons, pour ce faire, qu'un canton décide de conclure un contrat avec la succursale d'une société siégeant dans un Etat membre de l'Union – en supposant par ailleurs que ce contrat n'atteigne pas les seuils nécessaires à l'application de l'Accord relatif aux marchés publics⁹⁴⁹ – et qu'il soumette la conclusion du contrat à la condition que la société étrangère dispose d'un capital-actions minimum à titre de garantie.

Les sociétés étrangères se voyant traitées moins favorablement que les sociétés suisses, elles font l'objet d'une discrimination directe. Etant toutefois exclus du champ d'application personnel de l'Accord, ces personnes morales ne devraient pas pouvoir profiter des dispositions de l'Accord interdisant les discriminations.

Cette conclusion nous paraît quelque peu hâtive. Nous sommes en effet d'avis que les personnes morales peuvent, en réalité, bénéficier des différentes dispositions de l'Accord *par ricochet*.

Si l'on reprend notre exemple, il y a lieu de relever que l'exigence relative au montant du capital-actions ne se contente pas d'instituer une différence de traitement à l'encontre des personnes morales étrangères. Les actionnaires de ces sociétés se voient en réalité également indirectement discriminés. Ainsi, la discrimination directe dont souffrent les personnes mora-

2006, p. 193. Contra : FEHRENBACHER, 2002, p. 280. BEUL semble quant à lui plus partagé (BEUL, 2006, p. 129). L'ALCP se distingue sur ce point du Traité établissant la Communauté européenne, les articles 12 al. 1, 39, 43 et 49 TCE s'appliquant également aux personnes morales (BARNARD, 2007, p. 332 ss ; BRÖHMER, 2007, p. 772, § 8 ; BUDISCHOWSKY, 2003, § 16 ; EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 490, § 41 ; KLUTH, *Art. 49-50 EGV*, 2007, p. 827, § 37 ; KUCSKO-STADLMAYER, 2005, § 19 ; LENZ, 2006, p. 265, § 2 ; MAYER, 2003, § 6 ; ROSSI, 2000, p. 200 ; SCHEUER, 2006, p. 706, § 3 ; STERN, 2008, p. 74-75 ; ZULEEG, 2003, p. 693, § 14).

⁹⁴⁸ ATF 131 I 223 (227) ; HANGARTNER, *Freizügigkeitsabkommen*, 2003, p. 260 ; HÄNNI, 2007, p. 330 ; WEIGELL, 2006, p. 193.

⁹⁴⁹ RS 0.172.052.68.

les se répercute sur leurs actionnaires. Or ceux-ci – s'ils ont la nationalité d'un Etat partie à l'Accord et s'ils remplissent les conditions prévues par les articles 2 ALCP, 9, 15 ou 19 Annexe I-ALCP – sont en mesure d'invoquer l'interdiction de discrimination – indirecte en l'occurrence – en raison de la nationalité⁹⁵⁰.

En conclusion, hormis lorsqu'il est question de prestations de services (cf. art. 5 al. 1 ALCP et art. 18 Annexe I-ALCP), seules les personnes physiques sont titulaires du droit à l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'ALCP. Sur la base de l'exemple présenté ci-dessus, il y a toutefois lieu de constater que les personnes morales peuvent également bénéficier *par ricochet* – par le biais de leurs actionnaires, leurs travailleurs, etc. – de cette interdiction de discrimination.

§ 2 Conditions spécifiques

A la suite de l'analyse des conditions générales valant pour l'article 2 ALCP, l'article 3 du règlement n° 1408/71 ainsi que pour les articles 9, 15 et 19 Annexe I-ALCP, les conditions spécifiques de chaque disposition doivent faire l'objet d'un examen.

I. Conditions prévues par l'article 2 ALCP

Selon le texte de l'article 2 ALCP, les ressortissants d'une partie contractante « qui séjournent légalement sur le territoire d'une autre partie contractante » bénéficient de l'interdiction générale des discriminations. Les conditions de « séjour légal » et de « territoire d'une autre partie contractante » doivent faire ici l'objet de notre examen.

En imposant un « séjour légal », l'article 2 exige uniquement que le ressortissant voulant se prévaloir de l'interdiction de discrimination « se

⁹⁵⁰ Pour un exemple tiré de la jurisprudence communautaire, cf. CJCE, arrêt du 25 juillet 1991, aff. C-221/89, *Factortame*, Rec. 1991, p. I-3905. Voir également CJCE, arrêt du 14 octobre 2004, aff. C-299/02, *Commission/Pays-Bas*, Rec. 2004, p. I-9761 (cet arrêt se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, il doit être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP. Cf. EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2005, p. 68).

trouve de manière licite sur le territoire [d'un Etat partie] en exerçant les droits conférés par l'Accord »⁹⁵¹. A titre d'exemple, un étudiant séjourne légalement sur le territoire d'un Etat membre lorsqu'il remplit les conditions prévues par l'article 24 Annexe I-ALCP.

En ce qui concerne ensuite la condition de séjour sur le « territoire d'une autre partie contractante », elle semble, à première vue, exclure la possibilité pour un ressortissant d'une partie contractante d'invoquer l'article 2 ALCP à l'encontre de l'Etat dont il a la nationalité⁹⁵². Si une telle interprétation, il est vrai, correspond au texte de l'Accord, elle ne prend toutefois ni en considération la volonté des parties contractantes telle qu'elle ressort du Préambule de l'Accord ni en considération la jurisprudence de la Cour de justice⁹⁵³. La Cour a en effet admis qu'un ressortissant d'un Etat membre peut se prévaloir du principe d'interdiction des discriminations à l'égard de l'Etat dont il a la nationalité lorsqu'il a, au préalable, fait usage de son droit à la libre circulation⁹⁵⁴. Selon la Cour, « un ressortissant d'un Etat membre pourrait être dissuadé de quitter son pays d'origine [...] s'il ne pouvait bénéficier, lorsqu'il revient dans l'Etat membre dont il a la nationalité [...] de facilités d'entrée et de séjour au moins équivalentes à celles dont il peut disposer, en vertu du traité ou du droit dérivé, sur le territoire d'un autre Etat membre »⁹⁵⁵. Ainsi, vu la volonté des Etats contractants de « réaliser la libre circulation des personnes entre eux en s'appuyant sur les dispositions en application dans la Communauté européenne », la pratique développée par la Cour de justice doit également

⁹⁵¹ EPINEY/MOSTERS, 2006, p. 69.

⁹⁵² HANGARTNER, *Freizügigkeitsabkommen*, 2003, p. 263 ; PÄRLI, 2006, § 31.

⁹⁵³ HANGARTNER, *Freizügigkeitsabkommen*, 2003, p. 262-263.

⁹⁵⁴ Voir notamment CJCE, arrêt du 7 février 1979, aff. 115/78, *Knoors*, Rec. 1979, p. 399, § 24 ; CJCE, arrêt du 3 octobre 1990, aff. C-61/89, *Bouchoucha*, Rec. 1990, p. I-3551, § 13 ; CJCE, arrêt du 31 mars 1993, aff. C-19/92, *Kraus*, Rec. 1993, p. I-1663, § 15 ; CJCE, arrêt du 27 juin 1996, aff. C-107/94, *Asscher*, Rec. 1996, p. I-3089, § 32. Bien que ces arrêts traitent principalement de situations relevant du champ d'application des articles 39, 43 et 49 TCE, ils doivent être pris en considération. En effet, les questions qu'ils traitent se posent de manière identique dans les situations relevant du champ d'application de l'article 12 al. 1 TCE (EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 486, § 29).

⁹⁵⁵ CJCE, arrêt du 7 juillet 1992, aff. C-370/90, *Singh*, Rec. 1992, p. I-4265, § 19. Voir également CJCE, arrêt du 11 juillet 2002, aff. C-224/98, *D'Hoop*, Rec. 2002, p. I-6191, § 30 (cet arrêt se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, il doit être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP).

s'appliquer aux situations réglementées par l'Accord⁹⁵⁶. Seuls les ressortissants d'une partie contractante n'ayant pas fait usage de leur droit à la libre circulation – et qui se trouvent dès lors dans une situation purement interne⁹⁵⁷ – ne peuvent se prévaloir de l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité⁹⁵⁸.

II. Conditions prévues par l'article 2 du règlement n° 1408/71

Le champ d'application personnel de l'interdiction de discrimination consacrée à l'article 3 du règlement n° 1408/71 est déterminé par son article 2⁹⁵⁹. Il est étroitement lié au champ d'application matériel. Ainsi, selon cette disposition, sont susceptibles de se prévaloir de l'article 3 du règlement les travailleurs salariés⁹⁶⁰ – y compris les fonctionnaires⁹⁶¹ –, les travailleurs non salariés⁹⁶² ainsi que les étudiants⁹⁶³ ressortissants⁹⁶⁴

⁹⁵⁶ ATF 133 V 367 (380) ; TF, arrêt du 18 octobre 2006, 2A.351/2006 (c. 2.2.2) ; BUCHER, 2008, p. 450, 454 ss et les références citées ; EPINEY, 2009, p. 28 ; HANGARTNER, *Freizügigkeitsabkommen*, 2003, p. 263 ; IMHOF, *Beschränkungsverbot*, 2008, p. 431 ; KÄLIN, 2002, p. 34 ; PÄRLI, 2006, § 31 ainsi que, du même auteur, *Arbeitsrechtliches Diskriminierungsverbot*, 2007, p. 29.

⁹⁵⁷ Rappelons toutefois que le fait, pour un national n'ayant pas fait usage de son droit à la libre circulation, de bénéficier – en sus de la nationalité suisse – de la nationalité d'un autre Etat partie, permet d'admettre le caractère transfrontalier de sa situation (EPINEY, *Familiennachzug*, 2008, p. 850 ainsi que, de la même auteure, 2009, p. 28 et les références citées ; EPINEY/CIVITELLA, *Rechtsprechung*, 2008, p. 231). Contra : SPESCHA, *Freizügigkeitsabkommen*, 2008, p. 460.

⁹⁵⁸ ATF 129 II 249 (260), JT 2005 I p. 359. Cette question relève de la portée matérielle de l'article 2 ALCP (EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 486, § 28 ; HANGARTNER, *Freizügigkeitsabkommen*, 2003, p. 263 ; HÄNNI, 2007, p. 326). Sur ce point, voir Partie II, Chapitre III, Section 3.

⁹⁵⁹ Concernant les modifications relatives au champ d'application personnel apportées par le règlement (CE) n° 883/2004, cf. EICHENHOFER, 2005, p. 74 ss, § 5 ss ; KAHIL-WOLFF, 2008, p. 47 ; KAHIL-WOLFF/GREBER, 2006, p. 311, § 672 ; KAHIL-WOLFF/SONNENBERG, 2007, p. 124.

⁹⁶⁰ La notion de travailleur salarié est définie par l'article 1 let. a du règlement n° 1408/71. Voir sur ce point BRECHMANN, 2007, p. 753-754, § 5 ss ; CARDINAUX, 2008, p. 82-83, § 145 ; EICHENHOFER, 2005, p. 84-85, § 9 ss ; IMHOF, *Arbeitnehmerbegriff*, 2008, p. 22 ss ; LANGER, 2003, p. 1418-1419, § 37-38 ; SCHEUER, 2006, p. 683, § 18-19.

⁹⁶¹ Art. 1 let. a, i) du règlement n° 1408/71.

⁹⁶² La notion de travailleur non salarié est définie par l'article 1 let. a du règlement n° 1408/71. Voir sur ce point BRECHMANN, 2007, p. 754, § 8 ; CARDINAUX, 2008, p. 82,

d'un Etat partie à l'Accord qui sont ou ont été soumis à la législation d'un Etat partie. Il convient de noter que les notions de travailleurs salarié et non salarié se distinguent de celles prévues par les articles 9 et 15 Annexe I-ALCP⁹⁶⁵. Ainsi, une personne est qualifiée de travailleur salarié au sens du règlement si elle assurée en cette qualité à un régime national de sécurité sociale, indépendamment de l'existence d'une relation de travail⁹⁶⁶. Les chômeurs⁹⁶⁷, les retraités⁹⁶⁸, les invalides⁹⁶⁹ et les personnes incarcé-

§ 145 ; EICHENHOFER, 2005, p. 85-86, § 13 ss ; IMHOF, *Arbeitnehmerbegriff*, 2008, p. 22 ss ; LANGER, 2003, p. 1419, § 39.

⁹⁶³ La notion d'étudiant est définie par l'article 1 let. c du règlement n° 1408/71. Voir sur ce point BRECHMANN, 2007, p. 755, § 9 ; EICHENHOFER, 2005, p. 87, § 19 ss ; LANGER, 2003, p. 1419, § 40-41 ; VAN RAEPENBUSCH, 2005, p. 78-79.

⁹⁶⁴ Signalons ici l'adoption par le Conseil du règlement (CE) n° 859/2003 du 14 mai 2003 visant à étendre les dispositions du règlement (CEE) n° 1408/71 et du règlement (CEE) n° 574/72 aux ressortissants de pays tiers qui ne sont pas déjà couverts par ces dispositions uniquement en raison de leur nationalité (JO n° L 124, 2003, p. 1). Une telle extension ne trouve toutefois pas application envers la Suisse, l'ALCP n'ayant pas été adapté en ce sens (KAHIL-WOLFF, 2003, p. 121).

⁹⁶⁵ BERGMANN, 2001, p. 47 ; KIESER, 2009, p. 91-91, § 3.41 ; LANGER, 2003, p. 1418, § 37 ; METRAL/MOSER-SZELESS, 2007, p. 163 ; USINGER-EGGER, 2000, p. 52.

⁹⁶⁶ Voir notamment CJCE, arrêt du 31 mai 1979, aff. 182/78, *Pierik II*, Rec. 1979, p. 1977, § 4 et 7 ; CJCE, arrêt du 22 mai 1980, aff. 143/79, *Walsh*, Rec. 1980, p. 1639, § 6 ; CJCE, arrêt du 9 juillet 1987, aff. 82/86 et 103/86, *Laborero et Sabato*, Rec. 1987, p. 3401, § 17 ss ; CJCE, arrêt du 30 janvier 1997, aff. C-340/94, *De Jaeck*, Rec. 1997, p. I-461, § 19 ; CJCE, arrêt du 30 janvier 1997, aff. C-221/95, *Hervein*, Rec. 1997, p. I-609, § 17 ; CJCE, arrêt du 12 mai 1998, aff. C-85/96, *Martinez Sala*, Rec. 1998, p. I-2691, § 36 ; CJCE, arrêt du 11 juin 1998, aff. C-275/96, *Kuusijärvi*, Rec. 1998, p. I-3419, § 21 ; CJCE, arrêt du 20 janvier 2005, aff. C-302/02, *Effing*, Rec. 2005, p. I-553, § 32 ; CJCE, arrêt du 7 juin 2005, aff. C-543/03, *Dodl et Oberhollenzer*, Rec. 2005, p. I-5049, § 30 (ces arrêts se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, ils doivent être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP. Cf. KAHIL-WOLFF/PACIFICO, 2005, p. 74 ; KAHIL-WOLFF/SONNENBERG, 2007, p. 129, note 95). Voir également ATF 130 V 247 (251) ; ATF 131 V 222 (225) ; ATF 131 V 371 (376-377) ; ATF 132 V 46 (48) ; 132 V 423 (429 ss). De plus, il convient de mentionner ici le point c) de la section A de l'Annexe II-ALCP qui prévoit que lorsqu'une institution suisse est compétente pour l'octroi de soins de santé, seules les personnes exerçant une activité dépendante ou indépendante au sens de la LAVS doivent être qualifiées de travailleurs salariés ou non salariés au sens de l'article 1 let. a du règlement n° 1408/71 (KAHIL-WOLFF, 1999, p. 438).

⁹⁶⁷ CJCE, arrêt du 11 juin 1998, aff. C-275/96, *Kuusijärvi*, Rec. 1998, p. I-3419, § 22.

⁹⁶⁸ CJCE, arrêt du 19 mars 1964, aff. 75/63, *Unger*, Rec. 1964, p. 347 ; CJCE, arrêt du 5 mars 1998, aff. C-194/96, *Kulzer*, Rec. 1998, p. I-895, § 24 ; ATF 133 V 265 (270).

rées – dans la mesure où elles sont assurées dans le cadre d'un système national de sécurité sociale⁹⁷⁰ – sont dès lors également couverts par le champ d'application personnel du règlement n° 1408/71⁹⁷¹. Notons par ailleurs que le règlement ne s'applique pas uniquement aux travailleurs se déplaçant dans un autre Etat partie pour l'exercice de leur emploi, mais également aux travailleurs se déplaçant pour tout autre motif – notamment pour un voyage touristique⁹⁷².

Parallèlement à ces différentes catégories de personnes ressortissantes d'Etats parties, le règlement s'applique également aux ressortissants d'Etats tiers lorsqu'ils sont membres de la famille⁹⁷³ ou survivants⁹⁷⁴ d'un bénéficiaire du règlement (art. 2 al. 1 du règlement n° 1408/71). En outre, il s'applique aux apatrides⁹⁷⁵ ou aux réfugiés⁹⁷⁶ séjournant sur le territoire d'un Etat partie. Enfin, les survivants qui sont ressortissants de l'un des Etats membres, apatrides ou réfugiés et qui résident sur le territoire d'un des Etats membres sont soumis au règlement n° 1408/71 lorsque les travailleurs salariés, les travailleurs non salariés ou les étudiants auxquels ils survivent – quelle que soit leur nationalité – ont été soumis à la législation d'un ou de plusieurs Etats membres (art. 2 al. 2 du règlement n° 1408/71).

⁹⁶⁹ CJCE, arrêt du 19 mars 1964, aff. 75/63, *Unger*, Rec. 1964, p. 347 ; ATF 130 V 247 251).

⁹⁷⁰ CJCE, arrêt du 20 janvier 2005, aff. C-302/02, *Effing*, Rec. 2005, p. I-553, § 33.

⁹⁷¹ Voir notamment KAHIL-WOLFF/GREBER, 2006, p. 310.

⁹⁷² Voir notamment CJCE, arrêt du 19 mars 1964, aff. 75/63, *Unger*, Rec. 1964, p. 347 ; CJCE, arrêt du 11 mars 1965, aff. 31/64, *Bertholet*, Rec. 1965, p. 111 ; CJCE, arrêt du 5 mars 1998, aff. C-194/96, *Kulzer*, Rec. 1998, p. I-895, § 29.

⁹⁷³ La notion de membre de la famille est définie par l'article 1 let. f du règlement n° 1408/71. Voir sur ce point CARDINAUX, 2008, p. 84-85, § 145.

⁹⁷⁴ La notion de survivant est définie par l'article 1 let. g du règlement n° 1408/71. Voir sur ce point BRECHMANN, 2007, p. 755, § 10 ; CARDINAUX, 2008, p. 82-82, § 145 ; EICHENHOFER, 2005, p. 88-89, § 28 ; VAN RAEPENBUSCH, 2005, p. 77-78.

⁹⁷⁵ La notion d'apatride est définie par l'article 1 let. e du règlement n° 1408/71. Voir sur ce point CARDINAUX, 2008, p. 85, § 145 ; EICHENHOFER, 2005, p. 87, § 23 ss et p. 100, § 12-13.

⁹⁷⁶ La notion de réfugiés est définie par l'article 1 let. g du règlement n° 1408/71. Voir sur ce point CARDINAUX, 2008, p. 84, § 145 ; EICHENHOFER, 2005, p. 87, § 21-22 et p. 100, § 12-13.

III. Conditions prévues par l'article 9 Annexe I-ALCP

En vertu de l'article 9 Annexe I-ALCP, « un travailleur salarié ressortissant d'une partie contractante ne peut, sur le territoire d'une autre partie contractante, être, en raison de sa nationalité, traité différemment des travailleurs nationaux salariés [...] ». Parallèlement aux conditions générales présentées ci-dessus⁹⁷⁷, deux conditions supplémentaires peuvent être déduites du texte de cette disposition : les personnes physiques ressortissantes d'un Etat partie doivent être qualifiées de « travailleur[s] salarié[s] » et séjourner « sur le territoire d'une autre partie contractante ».

En premier lieu, la condition relative au statut de travailleur salarié est étroitement liée à la détermination du champ d'application matériel. En effet, peuvent être qualifiés de travailleurs salariés les ressortissants d'une partie contractante qui exercent une activité salariée. Or cette notion a déjà fait l'objet d'un examen lorsqu'il s'agissait de définir le champ d'application matériel de l'article 9 Annexe I-ALCP. Il convient dès lors de procéder à un renvoi à l'analyse effectuée précédemment⁹⁷⁸.

En sus du renvoi, la jurisprudence *Clean Car Autoservice* de la Cour de justice doit être mentionnée⁹⁷⁹. Cet arrêt concernait la conformité à l'article 39 TCE d'une législation prévoyant que le propriétaire d'une entreprise qui exerce, sur le territoire d'Etat membre, une activité artisanale, commerciale ou industrielle ne peut désigner comme gérant qu'une personne qui réside dans ce même Etat. Selon la Cour, les employeurs doivent également pouvoir invoquer le principe d'interdiction des discriminations prévu à l'article 39 TCE. En effet, « pour être efficace et utile, le droit des travailleurs d'être engagés et occupés sans discrimination doit nécessairement avoir comme complément le droit des employeurs de les engager dans le respect des règles en matière de libre circulation des travailleurs »⁹⁸⁰. Cette jurisprudence trouve également application en relation

⁹⁷⁷ Personne physique ressortissante d'un Etat partie, cf. Partie II, Chapitre V, Section 1, § 1, I et II.

⁹⁷⁸ Cf. Partie II, Chapitre IV, Section 4, § 3, II., A.

⁹⁷⁹ CJCE, arrêt du 7 mai 1998, aff. C-350/96, *Clean Car Autoservice*, Rec. 1998, p. I-2521.

⁹⁸⁰ CJCE, arrêt du 7 mai 1998, aff. C-350/96, *Clean Car Autoservice*, Rec. 1998, p. I-2521, § 25. Voir également CJCE, arrêt du 11 janvier 2007, aff. C-208/05, *ITC*, Rec. 2007, p. I-181, § 23 (cet arrêt se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE

à l'article 9 Annexe I-ALCP⁹⁸¹. Sa portée sera toutefois limitée⁹⁸², les personnes morales étant exclues⁹⁸³ du champ d'application personnel de l'Accord⁹⁸⁴.

En deuxième lieu, en ce qui concerne la condition de séjour sur le territoire d'une autre partie contractante, il suffit également de renvoyer à l'analyse effectuée dans le cadre de notre examen des conditions spécifiques prévues par l'article 2 ALCP⁹⁸⁵. Ainsi, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice⁹⁸⁶ et à la volonté des parties contractantes, un travailleur salarié peut se prévaloir de l'interdiction de discrimination à l'égard de l'Etat dont il a la nationalité lorsqu'il a, au préalable, fait usage de son droit à la libre circulation⁹⁸⁷.

Notons enfin que les membres de la famille du travailleur salarié bénéficient d'un droit à l'égalité de traitement en ce qui concerne les avantages fiscaux et sociaux⁹⁸⁸.

IV. Conditions prévues par l'article 15 Annexe I-ALCP

A l'instar de l'article 9 Annexe I-ALCP, l'application de l'article 15 Annexe I-ALCP en faveur des indépendants est soumise à la réalisation de deux conditions en sus des conditions générales présentées ci-dessus⁹⁸⁹.

rendue avant la date de signature de l'Accord, il doit être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP. Cf. EPINEY/MOSTERS, 2008, p. 68).

⁹⁸¹ PÄRLI, 2006, § 62.

⁹⁸² En pareille situation, les limites de la voie bilatérale se font ressentir.

⁹⁸³ Sous réserve des dispositions relatives aux prestations de services (art. 5 al. 1 ALCP et art. 18 Annexe I-ALCP).

⁹⁸⁴ Cf. Partie II, Chapitre V, Section 1, § 1, II.

⁹⁸⁵ Cf. Partie II, Chapitre V, Section 1, § 2, I. PÄRLI, 2006, § 29 ss.

⁹⁸⁶ Voir notamment CJCE, arrêt du 31 mars 1993, aff. C-19/92, *Kraus*, Rec. 1993, p. I-1663, § 15. Voir également CJCE, arrêt du 7 février 1979, aff. 115/78, *Knoors*, Rec. 1979, p. 399, § 24 ; CJCE, arrêt du 3 octobre 1990, aff. C-61/89, *Bouchoucha*, Rec. 1990, p. I-3551, § 13 ; CJCE, arrêt du 27 juin 1996, aff. C-107/94, *Asscher*, Rec. 1996, p. I-3089, § 32.

⁹⁸⁷ TF, arrêt du 9 mai 2007, C 101/04 (c. 5.1, 9.3 et 10) ; BUCHER, 2008, p. 449 ; PÄRLI, 2006, § 29 ss.

⁹⁸⁸ Sur ce point, voir également Partie II, Chapitre V, Section 1, § 3.

⁹⁸⁹ Cf. Partie II, Chapitre V, Section 1, § 1, I et II.

En premier lieu, seuls les indépendants sont susceptibles de se prévaloir de l'article 15 Annexe I-ALCP. Ainsi, bénéficiant d'un tel statut, les ressortissants d'une partie contractante exerçant une activité non salariée. Or cette notion a fait l'objet d'un examen dans le cadre de la détermination du champ d'application matériel de l'article 15 Annexe I-ALCP ; un renvoi est dès lors suffisant⁹⁹⁰.

En deuxième lieu, de même que le texte des articles 2 ALCP et 9 Annexe I-ALCP le prévoient, seuls les ressortissants d'une partie contractante exerçant une activité non salariée sur le territoire d'un autre Etat partie semblent pouvoir bénéficier de l'interdiction de discrimination prévue par l'article 15 Annexe I-ALCP. Or comme nous l'avons vu précédemment⁹⁹¹, une telle interprétation est contraire à la volonté des parties contractantes – telle qu'elle ressort du Préambule de l'Accord – et ne prend pas en considération la pratique développée par la Cour de justice⁹⁹². Un indépendant doit dès lors également bénéficier du principe d'interdiction des discriminations au sens de l'article 15 Annexe I-ALCP à l'égard de l'Etat dont il a la nationalité lorsqu'il a, au préalable, fait usage de son droit à la libre circulation⁹⁹³.

Enfin, en vertu de l'article 15 al. 2 Annexe I-ALCP – qui renvoie à l'article 9 Annexe I-ALCP –, les membres de la famille des ressortissants d'une partie contractante exerçant une activité non salariée bénéficient d'un droit à l'égalité de traitement en matière d'avantages fiscaux et sociaux⁹⁹⁴.

V. Conditions prévues par l'article 19 Annexe I-ALCP

En vertu de l'article 19 Annexe I-ALCP, les prestataires de services bénéficient du droit d'exercer leurs activités dans l'Etat où la prestation est fournie dans les mêmes conditions que celles prévues à l'égard des natio-

⁹⁹⁰ Cf. Partie II, Chapitre IV, Section 4, § 3, II., B.

⁹⁹¹ Cf. Partie II, Chapitre V, Section 1, § 2, I et III.

⁹⁹² Voir notamment CJCE, arrêt du 7 février 1979, aff. 115/78, *Knoors*, Rec. 1979, p. 399, § 24 ; CJCE, arrêt du 3 octobre 1990, aff. C-61/89, *Bouchoucha*, Rec. 1990, p. I-3551, § 13 ; CJCE, arrêt du 27 juin 1996, aff. C-107/94, *Asscher*, Rec. 1996, p. I-3089, § 32.

⁹⁹³ Dans le même sens, BUCHER, 2008, p. 457.

⁹⁹⁴ Sur ce point, voir également Partie II, Chapitre V, Section 1, § 3.

naux. L'application de cette disposition est dès lors soumise à la réalisation d'une troisième condition en sus des conditions générales.

Peuvent se prévaloir de l'article 19 Annexe I-ALCP les ressortissants d'un Etat partie ayant le statut de prestataires de services. Or les ressortissants d'une partie contractante sont qualifiés de prestataires de services lorsqu'ils fournissent une prestation de services. Cette notion ayant fait l'objet d'un examen lors de la détermination du champ d'application matériel de l'article 19 Annexe I-ALCP, il convient de renvoyer aux principes développés dans ce cadre⁹⁹⁵.

En ce qui concerne la possibilité pour les prestataires de services de se prévaloir du principe d'interdiction des discriminations à l'encontre de l'Etat dont ils sont nationaux, elle doit, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, également être admise⁹⁹⁶.

§ 3 Régime applicable aux membres de la famille

Il se justifie ensuite de donner un aperçu du cas particulier des membres de la famille.

I. Regroupement familial

En vertu de l'article 3 al. 1 Annexe I-ALCP, les membres de la famille d'un ressortissant d'un Etat partie au bénéfice d'un droit de séjour dans un autre Etat contractant sont en droit de s'installer avec lui. La validité de leur titre de séjour correspond à celle du titre octroyé à la personne dont ils dépendent (art. 3 al. 4 Annexe I-ALCP).

Le conjoint et les enfants de moins de 21 ans ou à charge peuvent exercer une activité économique (art. 3 al. 5 Annexe I-ALCP). Par ailleurs, les enfants d'un ressortissant d'une partie contractante qui résident dans l'Etat d'accueil ont le droit d'accéder aux cours d'enseignement général,

⁹⁹⁵ Cf. Partie II, Chapitre IV, Section 4, § 3, II., C.

⁹⁹⁶ Cf. notamment CJCE, arrêt du 7 février 1979, aff. 115/78, *Knoors*, Rec. 1979, p. 399, § 18 et 24. Voir également TF, arrêt du 17 juin 2008, 2C_151/2008 (c. 2.1).

d'apprentissage et de formation professionnelle dans les mêmes conditions que les nationaux (art. 3 al. 6 Annexe I-ALCP).

II. Cercle familial visé

L'article 3 al. 2, § 1 Annexe I-ALCP définit le cercle familial visé⁹⁹⁷. Sont considérés comme membres de la famille – indépendamment de leur nationalité – le conjoint et les descendants de moins de 21 ans ou à charge ainsi que les ascendants du ressortissant au bénéfice du titre de séjour et de son conjoint qui sont à charge. Lorsque le ressortissant d'un Etat membre jouit d'un statut d'étudiant, seul son conjoint et leurs enfants à charge entrent dans le cercle familial.

L'article 3 al. 2, § 2, Annexe I-ALCP prévoit par ailleurs que les parties contractantes doivent favoriser l'admission de tout membre de la famille qui ne bénéficie pas de l'article 3 al. 2, § 1, s'il se trouve à la charge ou vit, dans les pays de provenance, sous le toit du ressortissant d'une partie contractante⁹⁹⁸.

III. Domaines visés

A. En matière d'avantages fiscaux et sociaux

Plusieurs dispositions incluent les membres de la famille dans leur champ d'application personnel, et ce indépendamment de leur nationalité⁹⁹⁹. Ainsi, les membres de la famille bénéficient, en premier lieu, du principe d'interdiction des discriminations en matière d'avantages fiscaux et sociaux en vertu des articles 9 al. 2 et 15 al. 2 Annexe I-ALCP.

⁹⁹⁷ Sur ce point, cf. SPESCHA, *Freizügigkeitsabkommen*, 2008, p. 462 ss.

⁹⁹⁸ En ce qui concerne l'application de cette disposition aux concubins, cf. SCHWANDER/SPESCHA, 2009, p. 739, § 15.25 et les références citées ; SPESCHA, *Freizügigkeitsabkommen*, 2008, p. 463.

⁹⁹⁹ Lorsque les membres de la famille ont la nationalité d'un Etat contractant, ils peuvent également bénéficier des articles 2 ALCP, 9, 15 et 19 Annexe I-ALCP comme tout ressortissant d'un Etat partie remplissant les conditions prévues par chacune de ces dispositions.

B. En matière de sécurité sociale

En second lieu, les membres de la famille et les survivants de ressortissants d'Etats parties bénéficient, en vertu de l'article 2 al. 1 du règlement n° 1408/71, du principe d'égalité de traitement en matière de sécurité sociale (art. 3 du règlement). Il en va de même des ressortissants d'Etats parties ou des réfugiés et apatrides résidant sur le territoire d'une partie contractante qui sont survivants d'un travailleur salarié ou non salarié ou d'un étudiant – quelle que soit leur nationalité – ayant été soumis à la législation d'un ou de plusieurs Etats membres (art. 2 al. 2 du règlement n° 1408/71). Les notions de membres de la famille et de survivants sont définies respectivement aux articles 1 let. f et 1 let. g du règlement n° 1408/71.

IV. Jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal fédéral relative à la portée de l'interdiction de discrimination en faveur des membres de la famille

A. Jurisprudence de la Cour de justice

Il se justifie de signaler l'évolution de la pratique de la Cour en ce qui concerne la portée du droit à l'égalité de traitement en faveur des membres de la famille¹⁰⁰⁰. Dans un premier temps, la Cour de justice s'est fondée sur la distinction entre droits propres et droits dérivés pour exclure les membres de la famille du principe d'égalité de traitement. Selon elle, les membres de la famille pouvaient uniquement se prévaloir des droits dérivés, c'est-à-dire ceux « acquis en qualité de membres de la famille ou de survivants »¹⁰⁰¹ et non ceux « acquis indépendamment de toute relation

¹⁰⁰⁰ Pour une présentation détaillée de l'évolution de la pratique de la Cour de justice, ainsi que des thèses défendues par la doctrine suisse et communautaire, voir ATF 133 V 320 (325 ss). Voir également BUCHER, 2000, p. 88 ss, § 210 ss ; KAHIL-WOLFF, 2007, p. 78 ss ; METRAL/MOSER-SZELESS, 2007, p. 165-166.

¹⁰⁰¹ CJCE, arrêt du 23 novembre 1976, aff. 40/76, *Kermaschek*, Rec. 1976, p. 1669, § 7. Voir également CJCE, arrêt du 6 juin 1985, aff. 157/84, *Frascogna I*, Rec. 1985, p. 1739 ; CJCE, arrêt du 20 juin 1985, aff. 94/84, *Deak*, Rec. 1985, p. 1873 ; CJCE, arrêt du 17 décembre 1987, aff. 147/87, *Zaoui*, Rec. 1987, p. 5511 ; CJCE, arrêt du 8 juillet 1992, aff. C-243/91, *Taghavi*, Rec. 1992, p. I-4401 ; CJCE, arrêt du 16 juillet 1992, aff. C-78/91, *Hughes*, Rec. 1992, p. I-4839 ; CJCE, arrêt du 27 mai 1993, aff. C-310/91, *Schmid*, Rec. 1993, p. I-3011 et ATF 132 V 184 (192) ; ATF 133 V 320 (325).

familiale avec un travailleur»¹⁰⁰². Par la suite, dans son arrêt *Cabanis-Issarte*, la Cour a limité l'application de cette jurisprudence aux cas où un membre de la famille ou un survivant d'un travailleur invoque des dispositions du règlement applicables exclusivement aux travailleurs telles que celles relatives aux prestations de chômage (art. 67-71 du règlement n° 1408/71) ou aux prestations fournies en cas d'accident du travail et de maladie professionnelle (art. 52-63 du règlement n° 1408/71)¹⁰⁰³.

B. Jurisprudence du Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral a également eu l'occasion de se prononcer sur la question de la distinction entre droits dérivés et droits propres des membres de la famille. Alors que dans un premier arrêt¹⁰⁰⁴, le Tribunal fédéral a considéré – après avoir présenté la jurisprudence de la Cour de justice – que la question de la portée de la jurisprudence *Cabanis-Issarte* dans le cas concret pouvait rester en suspens, il a jugé, dans un arrêt ultérieur concernant l'octroi de mesures médicales nécessaires au traitement d'une infirmité congénitale du membre de la famille d'un travailleur ressortissant d'une partie contractante¹⁰⁰⁵, que le membre de la famille entrait dans le champ d'application personnel du règlement – que la prestation en question soit qualifiée de droit propre ou de droit dérivé – et pouvait se prévaloir du principe d'interdiction des discriminations au sens de l'article 3 du règlement¹⁰⁰⁶. Le Tribunal fédéral s'est ainsi fondé sur la jurisprudence *Cabanis-Issarte* rendue par la Cour de justice.

Avant de conclure l'analyse de la situation des membres de la famille, il convient d'examiner différents arrêts rendus par le Tribunal fédéral en matière de regroupement familial. A plusieurs reprises, le Tribunal fédéral

¹⁰⁰² CJCE, arrêt du 30 avril 1996, aff. C-308/93, *Cabanis-Issarte*, Rec. 1996, p. I-2097, § 20.

¹⁰⁰³ CJCE, arrêt du 30 avril 1996, aff. C-308/93, *Cabanis-Issarte*, Rec. 1996, p. I-2097, § 34. Voir également CJCE, arrêt du 21 février 2006, aff. C-286/03, *Hosse*, Rec. 2006, p. I-1771, § 53 (cet arrêt précisant la jurisprudence *Cabanis-Issarte* rendue avant la date de signature de l'Accord, il doit être pris en considération. Cf. IMHOF, *Auslegungsmethode – Teil I*, 2007, p. 166 ; KAHIL-WOLFF, 2007, p. 80 ss ; KAHIL-WOLFF/SONNENBERG, 2007, p. 131).

¹⁰⁰⁴ ATF 132 V 184 (192-193).

¹⁰⁰⁵ ATF 133 V 320 (325 ss).

¹⁰⁰⁶ Voir également TF, arrêt du 10 décembre 2007, 9C_348/2007 (c. 4) ; TF, arrêt du 23 avril 2008, 9C_679/2007 et leur analyse in : BUCHER, 2008, p. 420.

a jugé – sur la base de la jurisprudence *Akrich* de la Cour de Justice¹⁰⁰⁷ et avant d'opérer un revirement de jurisprudence¹⁰⁰⁸ – que le ressortissant d'un Etat tiers membre de la famille d'un ressortissant d'une partie contractante n'est pas en droit de se prévaloir de l'article 3 Annexe I-ALCP s'il ne réside pas légalement dans un Etat partie au moment du dépôt de sa demande d'autorisation pour vivre auprès de son conjoint. Selon lui, le membre de la famille peut toutefois bénéficier du principe d'interdiction des discriminations au sens de l'article 2 ALCP et ainsi invoquer non pas l'article 17 al. 2 aLSEE (art. 43 LEtr) valable à l'égard des membres de la famille de ressortissants étrangers, mais l'article 7 al. 1 aLSEE (art. 42 al. 1 LEtr) au même titre que les membres de la famille de ressortissants suisses¹⁰⁰⁹. Par ailleurs, dans plusieurs arrêts traitant de questions relatives au regroupement familial au sens de l'article 3 Annexe I-ALCP, le Tribunal fédéral a considéré que, lors de l'application de l'article 3 Annexe I-ALCP, les « critères élaborés par la jurisprudence rendue à propos de l'article 7 al. 1 [a]LSEE s'appliquent mutatis mutandis afin de garantir le respect du principe de non-discrimination inscrit à l'article 2 ALCP et d'assurer une certaine cohésion d'ensemble au système »¹⁰¹⁰. Ainsi, tant le premier groupe d'arrêts que le second semblent reconnaître un droit aux membres de la famille de ressortissants d'Etats parties de se prévaloir du principe de non-discrimination consacré par

¹⁰⁰⁷ CJCE, arrêt du 23 septembre 2003, aff. C-109/01, *Akrich*, Rec. 2003, p. I-9607. Pour une analyse détaillée du rôle de cet arrêt dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, cf. MOCK/FILLIEZ, 2006, p. 247 ss.

¹⁰⁰⁸ Dans le cadre de son arrêt du 29 septembre 2009 [TF, arrêt du 29 septembre 2009, 2C_196/2009 (c. 3) publication prévue], le Tribunal fédéral a en effet décidé de renoncer à suivre la jurisprudence *Akrich* et de prendre en compte la jurisprudence *Metock* (CJCE, arrêt du 25 juillet 2008, aff. C-127/08, *Metock*, Rec. 2008, p. I-6241, § 58) qui renonce à la condition de séjour légal. Cf. Partie I, Chapitre V, Section 3, § 1.

¹⁰⁰⁹ Voir notamment TF, arrêt du 21 avril 2004, 2A. 615/2002 (c. 4.2) ; TF, arrêt du 2 août 2004, 2A. 7/2004 (c. 3.3 et 4.1) ; TF, arrêt du 25 août 2005, 2A. 325/2004 (c. 3.3 et 4) ; TF, arrêt du 30 septembre 2005, 2A. 345/2005 (c. 3 et 4). Voir également ATF 134 II 10 et TF, arrêt du 4 décembre 2008, 2C_587/2008 (c. 2.1) Sur ce point, cf. EPINEY/MOSTERS, 2008, p. 71-72 ainsi que, des mêmes auteurs, 2009, p. 59 ss.

¹⁰¹⁰ Voir notamment TF, arrêt du 22 juin 2004, 2A. 345/2004 (c. 2.2) ; TF, arrêt du 9 mai 2005, 2A. 259/2005 (c. 2.1) ; TF, arrêt du 29 août 2006, 2A. 286/2006 ; TF, arrêt du 11 avril 2007, 2A. 778/2006 (c. 3.1) ; TF, arrêt du 11 juin 2007, 2C_67/2007 (c. 3.1) ; TF, arrêt du 27 août 2007, 2C_90/2007 (c. 3.1).

l'article 2 ALCP alors même que ceux-ci ne possèdent pas la nationalité d'une partie contractante¹⁰¹¹.

Deux arrêts limitent toutefois la portée de ces pratiques. Dans le premier, après avoir jugé que le membre de la famille – ressortissant d'un Etat tiers – n'est pas en mesure de se prévaloir de l'article 3 Annexe I-ALCP, le Tribunal fédéral a considéré que son épouse, elle-même ressortissante d'une partie contractante, peut invoquer le bénéfice de l'article 2 ALCP et que, par conséquent, la situation du membre de la famille doit être traitée « conformément aux principes dégagés de l'article 7 al. 1 in fine [a]LSEE »¹⁰¹². Dans le second arrêt, le Tribunal fédéral a également jugé que l'article 3 Annexe I-ALCP ne trouvait pas application. Il a ensuite rappelé que seuls les ressortissants d'une partie contractante peuvent se prévaloir de l'article 2 ALCP et a dès lors conclu que, « du moment que son époux [ressortissant d'une partie contractante] n'est pas partie au présent litige et que la reprise de la vie commune avec son conjoint apparaît exclue, la recourante [ressortissante d'un Etat tiers] ne peut en principe pas se prévaloir de l'article 2 ALCP [...] ni par voie de conséquence, des droits de portée analogue à ceux dont bénéficie le conjoint étranger d'un citoyen suisse en vertu de l'article 7 al. 1 [a]LSEE »¹⁰¹³.

C. Synthèse et position personnelle

En matière de sécurité sociale, les membres de la famille ne bénéficiaient, à l'origine, que de droits dérivés¹⁰¹⁴. La Cour de justice a ensuite renoncé

¹⁰¹¹ Rappelons ici qu'en vertu de l'article 2 ALCP, seuls « les ressortissants d'une partie contractante » bénéficient du principe d'interdiction des discriminations en raison de la nationalité.

¹⁰¹² TF, arrêt du 23 avril 2004, 2A. 114/2003 (c. 4.2 et 4.3). Voir également TF, arrêt du 27 juin 2008, 2C_315/2008 (c. 5.3 : selon le Tribunal fédéral, « il est toutefois douteux que le recourant puisse tirer un droit dérivé de l'Accord sur la libre circulation des personnes, car son épouse ne paraît *prima facie* pas pouvoir en bénéficier ») ; TF, arrêt du 13 février 2009, 2C_35/2009 (c. 6.5 : « Einen grundsätzlichen Anspruch auf Bewilligung des Aufenthalts im Wege des Familiennachzugs kann der Beschwerdeführer *bzw. seine Ehefrau* – wie eine Schweizerin – jedoch aus Art. 42 Abs. 1 AuG, welcher hier mit Blick auf das Diskriminierungsverbot des Art. 2 FZA gilt, ableiten »).

¹⁰¹³ TF, arrêt du 25 mai 2005, 2A. 475/2004 (c. 2.2).

¹⁰¹⁴ CJCE, arrêt du 23 novembre 1976, aff. 40/76, *Kermaschek*, Rec. 1976, p. 1669, § 7. Voir également CJCE, arrêt du 6 juin 1985, aff. 157/84, *Frascogna I*, Rec. 1985, p. 1739 ; CJCE, arrêt du 20 juin 1985, aff. 94/84, *Deak*, Rec. 1985, p. 1873 ; CJCE, arrêt du 17 décembre 1987, aff. 147/87, *Zaoui*, Rec. 1987, p. 5511 ; CJCE, arrêt du 8

à cette pratique dans le cadre de son arrêt *Cabanis-Issarte*¹⁰¹⁵ – qui a été repris par le Tribunal fédéral¹⁰¹⁶ – et a décidé de limiter la portée de cette jurisprudence aux situations dans lesquelles un membre de la famille ou un survivant d'un travailleur se prévaut des dispositions du règlement applicables exclusivement aux travailleurs telles que celles relatives aux prestations de chômage ou aux prestations fournies en cas d'accident du travail et de maladie professionnelle¹⁰¹⁷.

En matière de regroupement familial, le Tribunal fédéral a jugé à plusieurs reprises¹⁰¹⁸ que les membres de la famille, alors même qu'ils ne possèdent pas la nationalité d'une partie contractante, peuvent se prévaloir du principe d'interdiction des discriminations au sens de l'article 2 ALCP¹⁰¹⁹. Comme nous l'avons vu, le Tribunal fédéral a toutefois limité la portée de cette pratique dans deux arrêts¹⁰²⁰.

juillet 1992, aff. C-243/91, *Taghavi*, Rec. 1992, p. I-4401 ; CJCE, arrêt du 16 juillet 1992, aff. C-78/91, *Hughes*, Rec. 1992, p. I-4839 ; CJCE, arrêt du 27 mai 1993, aff. C-310/91, *Schmid*, Rec. 1993, p. I-3011 et ATF 132 V 184 (192) ; ATF 133 V 320 (325).

¹⁰¹⁵ CJCE, arrêt du 30 avril 1996, aff. C-308/93, *Cabanis-Issarte*, Rec. 1996, p. I-2097, § 34.

¹⁰¹⁶ ATF 133 V 320 (325 ss).

¹⁰¹⁷ CJCE, arrêt du 30 avril 1996, aff. C-308/93, *Cabanis-Issarte*, Rec. 1996, p. I-2097, § 34. Voir également CJCE, arrêt du 21 février 2006, aff. C-286/03, *Hosse*, Rec. 2006, p. I-1771, § 53 (cet arrêt précisant la jurisprudence *Cabanis-Issarte* rendue avant la date de signature de l'Accord, il doit être pris en considération. Cf. IMHOF, *Auslegungsmethode – Teil 1*, 2007, p. 166 ; KAHIL-WOLFF, 2007, p. 80 ss ; KAHIL-WOLFF/SONNENBERG, 2007, p. 131).

¹⁰¹⁸ Voir notamment TF, arrêt du 21 avril 2004, 2A. 615/2002 (c. 4.2) ; TF, arrêt du 2 août 2004, 2A. 7/2004 (c. 3.3 et 4.1) ; TF, arrêt du 9 mai 2005, 2A. 259/2005 (c. 2.1) ; TF, arrêt du 25 août 2005, 2A. 325/2004 (c. 3.3 et 4) ; TF, arrêt du 30 septembre 2005, 2A. 345/2005 (c. 3 et 4) ; TF, arrêt du 29 août 2006, 2A. 286/2006 ; TF, arrêt du 11 avril 2007, 2A. 778/2006 (c. 3.1) ; TF, arrêt du 11 juin 2007, 2C_67/2007 (c. 3.1) ; TF, arrêt du 27 août 2007, 2C_90/2007 (c. 3.1). Voir également ATF 134 II 10 et TF, arrêt du 4 décembre 2008, 2C_587/2008 (c. 2.1) TF, arrêt du 22 juin 2004, 2A. 345/2004 (c. 2.2).

¹⁰¹⁹ Dans le cadre de ces arrêts, le Tribunal fédéral a décidé ne pas prendre en considération la nouvelle jurisprudence de la Cour en matière de regroupement familial (CJCE, arrêt du 9 janvier 2007, aff. C-1/05, *Jia*, Rec. 2007, p. I-1 et CJCE, arrêt du 25 juillet 2008, aff. C-127/08, *Metock*, Rec. 2008, p. I-6241, § 58, rendu sur la base de la directive n° 2004/38) et de confirmer sa jurisprudence tirée de l'arrêt *Akrich*. Voir également TF, arrêt du 27 juin 2008, 2C_315/2008 (c. 5.2-5.3) ; TF, arrêt du 27 janvier 2009, 2C_425/2008 (c. 2.1). Sur ce point, cf. EPINEY/MOSTERS, 2008, p. 71-72 ainsi que, des mêmes auteurs, 2009, p. 59 ss]. Comme nous l'avons mentionné, le

Ces deux arrêts permettent, à notre sens, de clarifier la portée du champ d'application personnel de l'article 2 ALCP. Le Tribunal fédéral rappelle en effet que l'article 2 ALCP peut uniquement être invoqué par un ressortissant d'une partie contractante. Les membres de sa famille qui ne possèdent pas la nationalité d'un Etat partie ne bénéficient dès lors pas directement de cette disposition. Ceux-ci profitent toutefois des effets de l'article 2 ALCP *par ricochet*. Un ressortissant d'une partie contractante doit pouvoir, en vertu du principe de non-discrimination consacré à l'article 2 ALCP, vivre avec les membres de sa famille – ressortissants d'Etats tiers – aux mêmes conditions qu'un ressortissant suisse. Ainsi, c'est parce que le ressortissant d'un Etat partie doit pouvoir bénéficier du même traitement qu'un national que les membres de sa famille doivent pouvoir se prévaloir de l'article 7 al. 1 [a]LSEE (art. 42 al. 1 LEtr) au même titre que les membres de la famille d'un ressortissant suisse. De ce fait, les membres de la famille ressortissants d'Etats tiers n'entrent pas directement dans le champ d'application personnel de l'article 2 ALCP ; ils bénéficient de ses effets de manière dérivée.

§ 4 Régime applicable aux travailleurs détachés

Reste enfin à examiner le régime applicable aux travailleurs détachés par un prestataire de services [art. 17 let. b, ii) Annexe I-ALCP].

Lorsque le travailleur détaché possède la nationalité d'un Etat partie à l'Accord, il entre dans le champ d'application personnel de l'article 9 Annexe I-ALCP et bénéficie ainsi du principe de non-discrimination tel que consacré par cette disposition.

En revanche, lorsque le travailleur détaché est ressortissant d'un Etat tiers, il ne peut se prévaloir directement d'aucune des différentes dispositions interdisant les discriminations puisqu'il ne remplit pas la condition de nationalité¹⁰²¹. A notre sens, cette situation n'est pas satisfaisante. En ef-

Tribunal fédéral a toutefois opéré un revirement de jurisprudence dans le cadre de son arrêt du 29 septembre 2009, 2C_196/2009 (c. 3) publication prévue. Il a décidé de prendre en compte la jurisprudence *Metock* et a donc renoncé à la condition de séjour légal. Cf. Partie I, Chapitre V, Section 3, § 1.

¹⁰²⁰ TF, arrêt du 23 avril 2004, 2A. 114/2003 (c. 4.2 et 4.3) ; TF, arrêt du 25 mai 2005, 2A. 475/2004 (c. 2.2).

¹⁰²¹ Cf. Partie II, Chapitre V, Section 1, § 1, I.

fet, de même que l'exclusion des membres de la famille ressortissants d'Etats tiers du champ d'application du principe de non-discrimination consacré à l'article 2 ALCP peut indirectement porter préjudice au ressortissant d'un Etat partie dont ils dépendent¹⁰²², l'exclusion des travailleurs détachés ressortissants d'Etats tiers du champ d'application du principe de non-discrimination nuit de manière indirecte au prestataire de services¹⁰²³. Les travailleurs détachés ressortissants d'un Etat tiers doivent dès lors également pouvoir bénéficier *par ricochet* des effets du principe de non-discrimination consacré par l'article 19 Annexe I-ALCP¹⁰²⁴. Ainsi, lorsque le prestataire de services entre dans le champ d'application de l'article 19 Annexe I-ALCP, les travailleurs qu'il détache doivent jouir de manière dérivée du principe de non-discrimination et ainsi être traités aux mêmes conditions que les travailleurs nationaux¹⁰²⁵.

¹⁰²² Cf. Partie II, Chapitre V, Section 1, § 3, IV.

¹⁰²³ Dans le même sens, EPINEY/ZBINDEN, 2009, p. 20-21 et les références citées (concernant les entraves) ; STERN, 2008, p. 78. Voir également CJCE, arrêt du 27 mars 1990, aff. C-113/89, *Rush Portuguesa*, Rec. 1990, p. I-1417, § 12. Selon la Cour, les articles 49 et 50 TCE « s'opposent [...] à ce qu'un Etat membre interdise à un prestataire de services établi dans un autre Etat membre de se déplacer librement sur son territoire avec l'ensemble de son personnel [y compris des ressortissants d'Etats tiers] ou à ce que cet Etat membre soumette le déplacement du personnel en question à des conditions restrictives telles qu'une condition d'embauche sur place ou une obligation d'autorisation de travail. En effet, le fait d'imposer de telles conditions au prestataire de services d'un autre Etat membre le discrimine par rapport à ses concurrents établis dans le pays d'accueil, qui peuvent se servir librement de leur propre personnel, et affecte au surplus sa capacité de fournir la prestation ».

¹⁰²⁴ Voir également le Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p. 5621, selon lequel « le droit d'entrée et de séjour en qualité de prestataire de services s'étend également aux salariés ressortissants de pays tiers qui sont envoyés par une entreprise domiciliée dans un Etat signataire dans un autre Etat signataire pour y fournir une prestation de services ».

¹⁰²⁵ Notons toutefois que les titulaires du droit restent les prestataires de services. Les travailleurs qu'ils détachent – lorsqu'ils sont ressortissants d'Etats tiers – ne sont pas en mesure de faire valoir directement leurs droits devant les autorités judiciaires et administratives.

Section 2 Destinataires¹⁰²⁶

A la suite de l'identification des personnes susceptibles de se prévaloir du principe de non-discrimination consacré aux articles 2 ALCP, 3 du règlement n° 1408/71, 9, 15 et 19 Annexe I-ALCP, il convient d'examiner à l'encontre de quels sujets de droit ces dispositions peuvent être invoquées.

§ 1 Etats parties à l'Accord

Dans l'Union européenne, les destinataires premiers de l'article 12 al. 1 TCE, interdisant les discriminations en raison de la nationalité, et de la libre circulation des personnes garantie par ce Traité sont les Etats¹⁰²⁷. Il en va de même en ce qui concerne l'article 3 du règlement n° 1408/71. L'ensemble des organes¹⁰²⁸ des différentes collectivités publiques¹⁰²⁹ de chaque Etat membre sont ainsi tenus de respecter, de protéger et de mettre en œuvre l'une et l'autre¹⁰³⁰. Sont par ailleurs également visés les organismes publics ou privés agissant au nom de l'Etat¹⁰³¹. L'effet utile du Traité serait en effet annihilé s'il suffisait à une autorité étatique de déléguer l'accomplissement d'une de ses tâches à de tels organismes pour se soustraire à ses obligations¹⁰³². En outre, la répartition des tâches étatiques

¹⁰²⁶ Cette section a déjà fait l'objet d'un article qui est repris ici avec l'accord du Professeur Martenet. Cf. MARTENET VINCENT/BOILLET VÉRONIQUE, *L'égalité dans les relations entre particuliers et l'Accord sur la libre circulation des personnes*, p. 311 ss, in : Epiney Astrid/Civitella Tamara (édit.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2007/2008*, Zurich/Bâle/etc. 2008.

¹⁰²⁷ BRECHMANN, 2007, p. 729, § 55 ; BUDISCHOWSKY, 2003, § 17 et 19 ; EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 490, § 41 ; HINTERSTEININGER, 1999, p. 77 ss ; KLUTH, *Art. 49-50 EGV*, 2007, p. 828, § 38 ; KUCSKO-STADLMAYER, 2005, § 24 ; LENZ, 2006, p. 269, § 10 ; MAYER, 2003, § 2 ; ROSSI, 2000, p. 215-216 ; SCHEUER, 2006, p. 641, § 35 ; STERN, 2008, p. 67-68 ; WINDISCH-GRAETZ, 2006, § 3 ; WÖLKER/GRILL, 2003, p. 1328, § 16 ; ZULEEG, 2003, p. 695, § 16.

¹⁰²⁸ Sont visées tant les autorités législatives que judiciaires ou administratives. Cf. HINTERSTEININGER, 1999, p. 82 ss ; STERN, 2008, p. 68.

¹⁰²⁹ Voir par exemple FISCHER, 2009, p. 209, en ce qui concerne l'Allemagne et HINTERSTEININGER, 1999, p. 99 ss, en ce qui concerne l'Autriche.

¹⁰³⁰ STERN, 2008, p. 68.

¹⁰³¹ Pour une présentation détaillée, cf. HINTERSTEININGER, 1999, p. 144 ss et les références citées. Voir également FISCHER, 2009, p. 209.

¹⁰³² HINTERSTEININGER, 1999, p. 160.

entre les autorités publiques et les organismes publics ou privés fait l'objet de réglementations différentes d'un Etat à l'autre. Le fait de compter ces organismes parmi les destinataires permet ainsi de garantir l'application uniforme du droit communautaire¹⁰³³.

L'ALCP participe de la même approche¹⁰³⁴. En Suisse, les différents organes de la Confédération, des cantons et de leurs communes sont tenus de respecter, protéger et mettre en œuvre la libre circulation des personnes et l'interdiction des discriminations qu'elle comporte. Il en va par ailleurs de même des organismes de droit public et privé qui agissent au nom de l'Etat, leur soumission à l'Accord permettant de garantir l'effectivité et l'application uniforme de celui-ci¹⁰³⁵.

§ 2 Personnes privées : destinataires de l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité ?

Les restrictions à la libre circulation des personnes et à l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité sont cependant aussi susceptibles d'émaner de particuliers, c'est-à-dire de personnes physiques ou morales de droit privé. En partant de ce constat, il convient d'examiner si ces personnes sont destinataires – et, le cas échéant, dans quelle mesure – des obligations principales de l'ALCP en matière de libre circulation des personnes, d'interdiction des discriminations et d'égalité de traitement. Il s'agit, en d'autres termes, de définir l'éventuel effet horizontal de l'égalité de traitement entre ressortissants suisses et communautaires ainsi qu'entre ressortissants communautaires, de l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité et, à divers égards, de la libre circulation des personnes.

Après une brève présentation des différentes constructions permettant de garantir l'égalité dans les relations entre particuliers, il conviendra d'examiner la situation prévalant dans l'Union européenne, en mettant

¹⁰³³ HINTERSTEINER, 1999, p. 159.

¹⁰³⁴ BENESCH, 2007, p. 78 ; HANGARTNER, *Freizügigkeitsabkommen*, 2003, p. 260-261 ; PÄRLI, 2006, § 6.

¹⁰³⁵ Voir également Partie II, Chapitre V, Section 2, § 2, IV., A., 2.

l'accent sur la jurisprudence de la Cour de justice relative aux articles 12 al. 1, 39, 43 et 49 TCE. Nous déterminerons ensuite, tant au regard de cette jurisprudence qu'à l'aide des principes généraux d'interprétation des traités internationaux, si les articles 2 ALCP, 9, 15 et 19 Annexe I-ALCP sont également pourvus d'un effet horizontal¹⁰³⁶.

I. Egalité dans les relations entre particuliers

Tant les obligations positives mises à la charge de l'Etat que l'effet horizontal indirect, direct ou direct limité ont pour but de garantir le respect des droits fondamentaux dans le cadre des relations privées. Aussi une présentation de ces différents systèmes s'avère-t-elle nécessaire.

A. Obligations positives de l'Etat

Les obligations positives mises à la charge de l'Etat impliquent, pour celui-ci, de garantir activement la mise en œuvre des droits fondamentaux notamment dans les relations entre particuliers¹⁰³⁷. Cette construction assure aux droits fondamentaux une certaine portée dans la sphère privée sans toutefois lier directement les sujets de droit privé – le destinataire d'une obligation positive demeurant, en effet, l'Etat. Une telle construction conduit à « une responsabilisation progressive de l'Etat pour les violations interindividuelles » de l'interdiction de discrimination notamment¹⁰³⁸. Il convient néanmoins d'observer que les obligations positives de l'Etat ne concernent pas uniquement les relations interindividuelles, mais visent aussi les relations entre l'Etat, sous toutes ses formes, et les particuliers¹⁰³⁹.

¹⁰³⁶ Comme nous l'avons vu précédemment, les articles 9, 15 et 19 Annexe I-ALCP doivent être lus en relation avec l'article 7 let. a ALCP (cf. Partie II, Chapitre IV, Section 4, § 3, II.).

¹⁰³⁷ Sur ce point, cf. AKANDJI-KOMBE, 2006, p. 7 ; BESSON, 2003, p. 49 ss. Voir également de la même auteure, 2006, p. 19 ; FÖRSTER, 2007, p. 176 ; HONEGGER, 2005, p. 260.

¹⁰³⁸ BESSON, 2006, p. 20.

¹⁰³⁹ Cf., parmi de nombreux arrêts, Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Öneriyildiz contre Turquie* du 30 novembre 2004 (GC), requête n° 48939/99, Rec. 2004-XII, § 89 ss ; en doctrine, cf. notamment AKANDJI-KOMBE, 2006, p. 15 : « Mais si les obligations positives couvrent bien tout le champ de la théorie de l'effet horizontal de la Convention [CEDH], elles ne s'y cantonnent pas. L'obligation de protection, l'Etat

B. Effet horizontal indirect

Lorsqu'ils interprètent des règles de droit contenant des notions juridiques indéterminées, les tribunaux et les autres autorités d'application du droit le font – ou à tout le moins sont censés le faire – de manière conforme aux droits fondamentaux et contribuent de cette façon à la mise en œuvre de ces droits dans les relations entre particuliers. On parle alors d'effet horizontal indirect des droits fondamentaux¹⁰⁴⁰. Ainsi, c'est par le biais de l'interprétation de dispositions de droit privé, voire de droit pénal, contenant des notions juridiques indéterminées que les autorités d'application participent à la mise en œuvre, par exemple, de l'interdiction de discrimination dans les relations horizontales¹⁰⁴¹. Il faut évidemment que le droit ordinaire soit perméable aux droits fondamentaux et, singulièrement, à l'interdiction de discrimination¹⁰⁴², pour qu'un tel effet puisse se produire.

C. Effet horizontal direct

Reconnaître un effet horizontal direct à un droit fondamental revient à permettre à un particulier de s'en prévaloir à l'égard de tout autre particulier. Ainsi, en vertu de cette approche, un particulier victime, par exemple, d'une discrimination en raison de sa nationalité doit pouvoir directement invoquer l'interdiction de discrimination à l'encontre du particulier auteur de la discrimination¹⁰⁴³. L'approche consistant à reconnaître un effet horizontal direct généralisé, par exemple, à l'égalité de traitement est largement rejetée en Suisse¹⁰⁴⁴.

l'assume aussi dans le cadre de ses propres relations avec les personnes relevant de sa juridiction. ». D'un avis différent, BESSON, 2003, p. 78-81.

¹⁰⁴⁰ Cf., parmi de nombreux auteurs, EGLI, 2002, notamment p. 197.

¹⁰⁴¹ BESSON, 1999, p. 251 ss, § 993 ss ainsi que, de la même auteure, 2003, p. 67 et 2006, p. 17 ; FÖRSTER, 2007, p. 164 ; GANTEN, 2000, p. 26 ss ; GRABER, 2002, p. 27 ; HINTERSTEININGER, 1999, p. 117 ; MARTENET, 2006, p. 419 ss et 426.

¹⁰⁴² Sur ce point, cf. MARTENET, 2006, p. 426-427.

¹⁰⁴³ BESSON, 1999, p. 253 ss, § 1000 ss ainsi que, de la même auteure, 2003, p. 67 et 2006, p. 15 ; GANTEN, 2000, p. 26 ss ; GRABER, 2002, p. 26 ; HINTERSTEININGER, 1999, p. 116 ; HONEGGER, 2005, p. 259-260.

¹⁰⁴⁴ Cf., parmi de nombreux auteurs, MAHON, *35 Cst. féd.*, 2003, p. 315, § 10 ; MARTENET, 2006, p. 421 et les références doctrinales.

D. Effet horizontal direct limité

La construction de l'effet horizontal direct limité accorde également la possibilité aux particuliers d'invoquer un droit fondamental à l'encontre d'autres particuliers. L'effet horizontal est toutefois limité, en ce sens que tous les particuliers ne sont pas destinataires du droit fondamental en question.

En vertu de l'article 35 al. 2 Cst. féd., « [q]uiconque assume une tâche de l'Etat est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation ». Cet article vise notamment les particuliers assumant une tâche de l'Etat. Ces derniers sont ainsi tenus de respecter les droits fondamentaux. On peut d'ailleurs se demander s'il s'agit véritablement d'un cas d'effet horizontal direct limité de ces droits ou plutôt d'une forme particulière d'effet vertical, d'une sorte d'effet « horizontal-vertical ».

La question de savoir si l'effet horizontal limité s'étend à d'autres catégories de particuliers est plus délicate. Diverses voix s'élèvent pour soumettre aux droits fondamentaux, sous diverses conditions et modalités, les particuliers bénéficiant d'une position de puissance leur permettant d'édicter des réglementations collectives¹⁰⁴⁵. Une position de puissance existe notamment lorsqu'un particulier bénéficie d'un pouvoir tel qu'il est en mesure d'imposer le contenu de la relation juridique à l'autre partie¹⁰⁴⁶. Cette notion est voisine de celle de position dominante, connue en droit de la concurrence¹⁰⁴⁷, mais sa portée s'avère, en réalité, plus large.

¹⁰⁴⁵ FÖRSTER, 2007, p. 185 ; GRABER, 2002, p. 246 ss ; HONEGGER, 2005, p. 261 ; MARTENET, 2006, p. 440.

¹⁰⁴⁶ GRABER, 2002, p. 246 ss ; MÜHL, 2004, p. 317 ; RÖTHEL, 2001, p. 912. A titre d'exemples, on peut citer les partis politiques, les associations sportives, professionnelles et économiques, etc. (STREINZ/LEIBLE, 2000, p. 464). Voir également JAENSCH, 1997, p. 270 ss, qui propose une définition plus restrictive.

¹⁰⁴⁷ Cf. notamment les articles 4 al. 2 et 7 (abus) de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, RS 251.

II. Effet horizontal des articles 12 al. 1, 39, 43 et 49 TCE

A. Libre circulation des personnes et interdiction des discriminations

La discrimination entre ressortissants communautaires, en fonction de leur nationalité, entrave la libre circulation des personnes dans l'Union européenne¹⁰⁴⁸. Dans cette perspective, la libre circulation des personnes et l'interdiction de discrimination en fonction de la nationalité sont étroitement liées.

La Cour de justice des Communautés européennes a reconnu un certain effet horizontal à la libre circulation des personnes et à l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité. Elle se fonde tantôt sur l'une, tantôt sur l'autre. La jurisprudence de la Cour de justice devant être prise en compte par la Suisse lors de l'interprétation de l'ALCP¹⁰⁴⁹, une présentation des arrêts de la Cour rendus sur la question de l'interdiction de discrimination dans les relations entre particuliers s'avère indispensable¹⁰⁵⁰.

Nous mettrons ici l'accent sur la jurisprudence relative aux articles 12 al. 1, 39, 43 et 49 TCE. Le règlement n° 1408/71 ayant pour objet la coordination des régimes nationaux de sécurité sociale, il s'applique, par essence, avant tout à l'encontre des Etats parties. Ainsi, la question de l'application horizontale de son article 3 ne se pose pas ou alors seulement de manière limitée. Un tel constat se déduit également du Préambule du règlement selon lequel « il convient, dans le cadre de cette coordination, de garantir à l'intérieur de la Communauté [...] l'égalité de traitement au regard des différentes législations nationales ».

¹⁰⁴⁸ Concernant la notion d'entrave à la libre circulation, cf. Partie I, Chapitre VII, Section 1.

¹⁰⁴⁹ Cf. Partie I, Chapitre V.

¹⁰⁵⁰ Pour une appréciation critique des arguments développés par la Cour, cf. notamment GRABER, 2002, p. 152 ss et 189 ss ; STREINZ/LEIBLÉ, 2000, p. 460 ss.

B. Jurisprudence de la Cour de justice

1. Réglementations collectives dans le domaine des activités sportives

a. Arrêt *Walrave et Koch*

Dans l'arrêt *Walrave et Koch*¹⁰⁵¹, la Cour de justice a notamment eu l'occasion de se prononcer sur la question de la compatibilité avec les articles 12 al. 1, 39 et 49 du Traité CE ainsi que l'article 7 du règlement n° 1612/68 d'une disposition du règlement de l'Union Cycliste Internationale (UCI) aux termes de laquelle « l'entraîneur doit être de la même nationalité que son coureur ». Selon la Cour, lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité d'une disposition d'un règlement édicté par une organisation sportive, les articles 12 al. 1, 39 et 49 TCE doivent être pris en considération par le juge national¹⁰⁵². La Cour arrive à cette conclusion en se fondant sur divers arguments.

En premier lieu, la Cour fait valoir l'argument de l'effet utile, en partant du principe que la réalisation de la libre circulation des personnes et de la libre prestation des services constitue l'un des objectifs fondamentaux du Traité. Or la mise en œuvre de cet objectif dépend en particulier de l'application effective de l'interdiction de discrimination. Celle-ci doit dès lors non seulement s'imposer à l'action des autorités publiques, mais également s'appliquer « aux réglementations d'une autre nature visant à régler, de façon collective, le travail salarié et les prestations de services ». La réalisation de la libre circulation des personnes ainsi que de la libre prestation de services risquerait en effet d'être entravée si « l'abolition des barrières d'origine étatique pouvait être neutralisée par des obstacles résultant de l'exercice de leur autonomie juridique par des associations ou organismes ne relevant pas du droit public »¹⁰⁵³.

La Cour de justice se fonde ensuite sur l'argument de l'application uniforme du droit communautaire dans l'ensemble des Etats membres. Selon elle, le fait que les conditions de travail soient réglées, dans les différents

¹⁰⁵¹ CJCE, arrêt du 12 décembre 1974, aff. 36/74, *Walrave et Koch*, Rec. 1974, p. 1405.

¹⁰⁵² CJCE, arrêt du 12 décembre 1974, aff. 36/74, *Walrave et Koch*, Rec. 1974, p. 1405, § 25.

¹⁰⁵³ CJCE, arrêt du 12 décembre 1974, aff. 36/74, *Walrave et Koch*, Rec. 1974, p. 1405, § 17-18.

Etats, tantôt par la voie législative ou réglementaire, tantôt par la voie conventionnelle ou contractuelle, peut entraîner des inégalités. Aussi, afin de combattre ces inégalités, l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité ne doit-elle pas se limiter aux actes des autorités publiques¹⁰⁵⁴.

En dernier lieu, la Cour fait valoir l'argument selon lequel les articles 12 al. 1, 39 et 49 TCE sont formulés de manière générale et ne désignent pas expressément leurs destinataires. De plus, le fait que certaines dispositions du chapitre sur les services dans le Traité CE visent spécifiquement les mesures étatiques « ne permet pas de faire échec à la généralité des termes de l'art. [49], lequel ne fait aucune distinction en ce qui concerne l'origine des entraves à éliminer »¹⁰⁵⁵.

b. Arrêt *Donà*

La Cour a eu l'occasion, dans le cadre de l'affaire *Donà*¹⁰⁵⁶, de se prononcer sur la compatibilité avec la Traité de certaines dispositions du règlement de la Fédération italienne de football. Selon ces dispositions, seuls les joueurs affiliés à la Fédération pouvaient participer à des rencontres et l'affiliation à la Fédération n'était accordée qu'aux joueurs de nationalité italienne.

Dans cet arrêt, la Cour se contente de procéder à un renvoi à l'arrêt *Walrave et Koch* pour justifier l'extension de l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité « aux réglementations d'une autre nature visant à régler, de façon collective, le travail salarié et les prestations de services »¹⁰⁵⁷.

c. Arrêt *Bosman*

La fameuse affaire *Bosman*¹⁰⁵⁸ avait pour objet la compatibilité avec l'article 39 TCE des règles relatives au transfert de footballeurs édictées par les associations sportives. Dans son arrêt, la Cour de justice juge que

¹⁰⁵⁴ CJCE, arrêt du 12 décembre 1974, aff. 36/74, *Walrave et Koch*, Rec. 1974, p. 1405, § 19.

¹⁰⁵⁵ CJCE, arrêt du 12 décembre 1974, aff. 36/74, *Walrave et Koch*, Rec. 1974, p. 1405, § 20.

¹⁰⁵⁶ CJCE, arrêt du 14 juillet 1976, aff. 13/76, *Donà*, Rec. 1976, p. 1333.

¹⁰⁵⁷ CJCE, arrêt du 14 juillet 1976, aff. 13/76, *Donà*, Rec. 1976, p. 1333, § 17.

¹⁰⁵⁸ CJCE, arrêt du 15 décembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. 1995, p. I-4921.

de telles règles doivent être soumises à l'article 39 TCE et constituent une entrave à la libre circulation des travailleurs¹⁰⁵⁹.

Dans son raisonnement, la Cour écarte tout d'abord deux arguments, l'un tiré de la liberté d'association, l'autre du principe de subsidiarité. En premier lieu, selon la Cour, les règles en cause édictées par les associations sportives ne sont pas nécessaires pour garantir l'exercice de la liberté d'association. En second lieu, le principe de subsidiarité – selon lequel l'intervention des autorités publiques doit se limiter au strict nécessaire – ne saurait avoir pour conséquence que l'autonomie dont jouissent les associations privées pour édicter des réglementations limite les libertés des particuliers¹⁰⁶⁰.

La Cour rappelle ensuite que l'article 39 TCE s'applique aussi aux réglementations d'une autre nature visant à régler, de manière collective, le travail salarié¹⁰⁶¹. Elle confirme également les arguments de l'effet utile et de l'application uniforme qu'elle a développés dans le cadre de l'affaire *Walrave et Koch*¹⁰⁶². Elle ajoute enfin que rien n'empêche les particuliers de se prévaloir des justifications tirées de l'ordre public, de la sécurité publique et de la santé publique¹⁰⁶³.

d. Arrêt *Deliège*

Dans le cadre de l'affaire *Deliège*¹⁰⁶⁴, la Cour examine la compatibilité avec le Traité CE des règles de sélection édictées par des associations sportives. Bien qu'elle constate que les règles en question ne constituent pas une restriction à la libre prestation de services au sens de l'article 49

¹⁰⁵⁹ CJCE, arrêt du 15 décembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. 1995, p. I-4921, § 87 et 104.

¹⁰⁶⁰ CJCE, arrêt du 15 décembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. 1995, p. I-4921, § 79-81.

¹⁰⁶¹ CJCE, arrêt du 15 décembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. 1995, p. I-4921, § 82.

¹⁰⁶² CJCE, arrêt du 15 décembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. 1995, p. I-4921, § 83-84.

¹⁰⁶³ CJCE, arrêt du 15 décembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. 1995, p. I-4921, § 86.

¹⁰⁶⁴ CJCE, arrêt du 11 avril 2000, aff. C-51/96 et C-191/97, *Deliège*, Rec. 2000, p. I-2549.

TCE¹⁰⁶⁵, la Cour réaffirme – en invoquant l'argument de l'effet utile – que les dispositions communautaires en matière de libre circulation des personnes et des services trouvent également application à l'encontre de « réglementations d'une autre nature visant à régler, de façon collective, le travail salarié et les prestations de services »¹⁰⁶⁶.

e. Arrêt *Lehtonen*

L'affaire *Lehtonen*¹⁰⁶⁷ portait sur la question de la compatibilité de réglementations édictées par des associations sportives interdisant à un club de basketball d'aligner, lors des matchs du championnat national, des joueurs provenant d'autres Etats membres lorsque le transfert a eu lieu après une date déterminée.

Après avoir rappelé – en se fondant sur les arrêts *Walrave et Koch* ainsi que *Bosman* – que les dispositions du Traité CE relatives à la libre circulation des travailleurs et à la libre prestation de services ne s'appliquent pas uniquement aux actions des autorités publiques, mais s'étendent également aux actes d'une autre nature réglant de façon collective le travail salarié et les prestations de services¹⁰⁶⁸, la Cour conclut que l'article 39 TCE s'oppose à l'application des règles en question édictées par les associations sportives.

f. Arrêt *Meca-Medina*

L'affaire *Meca-Medina*¹⁰⁶⁹ avait pour objet une demande d'annulation de l'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 30 septembre 2004¹⁰⁷⁰ traitant de la compatibilité de certaines dispositions d'une réglementation sportive adoptée par le Comité international olympique et la Fédération internationale de natation avec le droit communautaire.

¹⁰⁶⁵ CJCE, arrêt du 11 avril 2000, aff. C-51/96 et C-191/97, *Deliège*, Rec. 2000, p. I-2549, § 69.

¹⁰⁶⁶ CJCE, arrêt du 11 avril 2000, aff. C-51/96 et C-191/97, *Deliège*, Rec. 2000, p. I-2549, § 47.

¹⁰⁶⁷ CJCE, arrêt du 13 avril 2000, aff. C-176/96, *Lehtonen*, Rec. 2000, p. I-2681.

¹⁰⁶⁸ CJCE, arrêt du 13 avril 2000, aff. C-176/96, *Lehtonen*, Rec. 2000, p. I-2681, § 35.

¹⁰⁶⁹ CJCE, arrêt du 18 juillet 2006, aff. C-519/04, *Meca-Medina*, Rec. 2006, p. I-6991.

¹⁰⁷⁰ TPI, arrêt du 30 septembre 2004, aff. T-313/02, *Meca-Medina*, Rec. 2004, p. II-3291.

Dans le cadre de cette affaire, la Cour a eu l'occasion de rappeler que les « dispositions communautaires en matière de libre circulation des personnes et de libre prestation des services ne régissent pas seulement l'action des autorités publiques, mais s'étendent également aux réglementations d'une autre nature visant à régler, de façon collective, le travail salarié et les prestations de services »¹⁰⁷¹. Ainsi, selon la Cour, si l'exercice de l'activité sportive en cause entre dans le champ d'application du Traité, il doit être apprécié au regard des dispositions du Traité relatives à la libre circulation des travailleurs ou à la libre prestation de services¹⁰⁷².

2. Réglementations collectives dans le domaine des assurances privées

a. Arrêt *van Ameyde*

L'affaire *van Ameyde*¹⁰⁷³ abordait notamment la question de la compatibilité avec le Traité CE d'une réglementation réservant à des compagnies nationales d'assurance la décision finale relative au remboursement de dommages aux victimes d'un sinistre causé sur le territoire de cet Etat par des véhicules ayant leur stationnement habituel dans un autre Etat membre.

Dans son arrêt, bien que la Cour de justice conclue qu'une telle réglementation n'est pas discriminatoire¹⁰⁷⁴, elle rappelle que, pour que les articles 12 al. 1, 43 et 49 TCE trouvent application, il est suffisant que la discrimination « résulte d'une réglementation, de quelque nature qu'elle soit, visant à régler, de façon collective, l'exercice de l'activité considérée » et qu'« il est sans importance que cette discrimination ait son origine dans des actes de l'autorité publique ou, au contraire, dans des actes imputables aux bureaux nationaux d'assurance »¹⁰⁷⁵.

¹⁰⁷¹ La Cour fait référence aux arrêts *Deliège* et *Lehtonen* (CJCE, arrêt du 18 juillet 2006, aff. C-519/04, *Meca-Medina*, Rec. 2006, p. I-6991, § 24).

¹⁰⁷² CJCE, arrêt du 18 juillet 2006, aff. C-519/04, *Meca-Medina*, Rec. 2006, p. I-6991, § 28-29.

¹⁰⁷³ CJCE, arrêt du 9 septembre 1977, aff. 90/76, *van Ameyde*, Rec. 1977, p. 1091.

¹⁰⁷⁴ CJCE, arrêt du 9 septembre 1977, aff. 90/76, *van Ameyde*, Rec. 1977, p. 1091, § 29-30.

¹⁰⁷⁵ CJCE, arrêt du 9 septembre 1977, aff. 90/76, *van Ameyde*, Rec. 1977, p. 1091, § 28.

b. Arrêt *Haug-Adrion*

Dans l'affaire *Haug-Adrion*¹⁰⁷⁶, la Cour de justice s'est prononcée sur la compatibilité, avec les dispositions du Traité interdisant les discriminations, des conditions de tarification de contrats d'assurance automobile refusant le bénéfice du bonus de bon conducteur dans le cas de véhicules immatriculés sous plaques de douane¹⁰⁷⁷. Dans son arrêt, la Cour arrive certes à la conclusion selon laquelle ces conditions de tarification – vu qu'elles se basent exclusivement sur des critères objectifs – ne sont pas constitutives d'une discrimination au sens des articles 12 al. 1, 39 et 49 TCE¹⁰⁷⁸. Il ressort toutefois de différents considérants de cet arrêt que les conditions de tarification de contrats d'assurance automobile entrent dans le champ d'application des dispositions du Traité interdisant les discriminations en raison de la nationalité¹⁰⁷⁹.

3. Contrats individuels de travail :

a. Arrêt *Angonese*

L'arrêt *Angonese*¹⁰⁸⁰ de la Cour de justice est celui qui va le plus loin en matière d'effet horizontal. M. Angonese, ressortissant italien de langue maternelle allemande, s'était porté candidat à un concours permettant d'accéder à un emploi dans une compagnie bancaire privée de la province de Bolzano. Les conditions d'admission au concours prévoyaient la possession d'un certificat de bilinguisme (italien/allemand) délivré par une autorité publique de la province de Bolzano à l'issue d'un examen organisé dans cette province uniquement¹⁰⁸¹.

¹⁰⁷⁶ CJCE, arrêt du 13 décembre 1984, aff. 251/83, *Haug-Adrion*, Rec. 1984, p. 4277.

¹⁰⁷⁷ Les particuliers n'étant pas en mesure de négocier leurs conditions de tarification de contrat d'assurance, ces conditions d'assurance correspondent à des réglementations collectives (GRABER, 2002, p. 158 ss ; MÜHL, 2004, p. 303). Contra : GANTEN, 2000, p. 47-48. Selon cet auteur, la Cour reconnaît, dans cet arrêt, l'effet horizontal direct de l'article 49 TCE, les conditions de tarification représentant une partie du contenu d'un contrat individuel.

¹⁰⁷⁸ CJCE, arrêt du 13 décembre 1984, aff. 251/83, *Haug-Adrion*, Rec. 1984, p. 4277, § 16-18.

¹⁰⁷⁹ CJCE, arrêt du 13 décembre 1984, aff. 251/83, *Haug-Adrion*, Rec. 1984, p. 4277, § 12 ss.

¹⁰⁸⁰ CJCE, arrêt du 6 juin 2000, aff. C-281/98, *Angonese*, Rec. 2000, p. I-4139.

¹⁰⁸¹ CJCE, arrêt du 6 juin 2000, aff. C-281/98, *Angonese*, Rec. 2000, p. I-4139, § 5 ss.

Dans son arrêt, la Cour de justice juge que l'exigence imposée par un employeur de prouver ses connaissances linguistiques exclusivement au moyen d'un certificat de bilinguisme délivré par une seule province d'un Etat membre constitue une violation de l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'article 39 al. 2 TCE¹⁰⁸². Elle rappelle l'argument de la formulation générale des normes communautaires. Ainsi, selon la Cour, l'article 39 TCE ne s'adresse pas spécifiquement aux Etats membres, il est formulé en termes généraux et ne s'applique dès lors pas uniquement à l'action des autorités publiques, mais s'impose également aux réglementations d'une autre nature visant à régler, de façon collective, le travail salarié et les prestations de services¹⁰⁸³.

La Cour fait également valoir les arguments de l'effet utile et de l'application uniforme du droit communautaire¹⁰⁸⁴. Elle juge enfin, sur la base de l'arrêt *Defrenne II*¹⁰⁸⁵, que certains droits peuvent être invoqués par les particuliers alors même que les dispositions qui les prévoient sont formellement adressées aux Etats membres. Selon elle, tel est le cas de l'article 39 TCE ; la portée de cette disposition doit non seulement s'étendre aux conventions réglant de manière collective le travail salarié, mais également aux contrats entre particuliers¹⁰⁸⁶.

b. Arrêt *Raccanelli*

L'affaire *Raccanelli*¹⁰⁸⁷ concernait un ressortissant italien rédigeant une thèse de doctorat sur la base d'un contrat de bourse conclu avec la *Max-Planck Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV* (ci-après MPG) – une association de droit privé qui pratique deux modes de promotion des chercheurs, à savoir le contrat de bourse ou le contrat de travail.

M. Raccanelli a fait valoir que, contrairement aux ressortissants nationaux, il n'a pas pu bénéficier du choix entre les deux types de contrat et a donc fait l'objet d'une discrimination en raison de sa nationalité. La Cour de justice a ainsi dû examiner dans quelle mesure la MPG est liée par le principe de non-discrimination au sens l'article 39 al. 2 TCE.

¹⁰⁸² CJCE, arrêt du 6 juin 2000, aff. C-281/98, *Angonese*, Rec. 2000, p. I-4139, § 45.

¹⁰⁸³ CJCE, arrêt du 6 juin 2000, aff. C-281/98, *Angonese*, Rec. 2000, p. I-4139, § 30-31.

¹⁰⁸⁴ CJCE, arrêt du 6 juin 2000, aff. C-281/98, *Angonese*, Rec. 2000, p. I-4139, § 32-33.

¹⁰⁸⁵ CJCE, arrêt du 8 avril 1976, aff. 43/75, *Defrenne II*, Rec. 1976, p. 455, § 31.

¹⁰⁸⁶ CJCE, arrêt du 6 juin 2000, aff. C-281/98, *Angonese*, Rec. 2000, p. I-4139, § 34-36.

¹⁰⁸⁷ CJCE, arrêt du 17 juillet 2008, aff. C-94/07, *Raccanelli*, Rec. 2008, p. I-5939.

Dans son arrêt, la Cour commence par rappeler l'argument de la formulation générale¹⁰⁸⁸. Elle réaffirme ensuite le principe de l'effet utile¹⁰⁸⁹ et confirme sa jurisprudence *Angonese* – en rappelant que l'interdiction de discrimination s'impose également à l'encontre de toute convention visant à régler de façon collective le travail salarié ainsi qu'aux contrats entre particuliers¹⁰⁹⁰ – pour arriver à la conclusion selon laquelle une association de droit privé, telle que la MPG, doit respecter l'interdiction de discrimination au sens de l'article 39 TCE à l'égard des travailleurs¹⁰⁹¹.

4. Réglementations collectives visant une activité indépendante : l'arrêt *Wouters*

L'affaire *Wouters*¹⁰⁹² avait pour objet la compatibilité avec les articles 43 et 49 TCE du règlement de 1993 sur la collaboration (*Samenwerkingsverordening 1993*), édicté par le Collège des délégués des avocats néerlandais, qui interdisait la collaboration intégrée entre avocats et experts-comptables¹⁰⁹³.

Après avoir rappelé – en se fondant sur l'argument de l'effet utile – que le respect des articles 43 et 49 TCE « s'impose aussi aux réglementations de nature non publique qui visent à régler, de façon collective, le travail indépendant et les prestations de services »¹⁰⁹⁴, la Cour juge que dans l'hypothèse où cette réglementation entraîne une restriction aux libertés consacrées par les articles 43 et 49 TCE, elle se justifie néanmoins puisqu'elle s'avère nécessaire au bon exercice de la profession¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁸⁸ CJCE, arrêt du 17 juillet 2008, aff. C-94/07, *Raccanelli*, Rec. 2008, p. I-5939, § 42.

¹⁰⁸⁹ CJCE, arrêt du 17 juillet 2008, aff. C-94/07, *Raccanelli*, Rec. 2008, p. I-5939, § 43-44.

¹⁰⁹⁰ CJCE, arrêt du 17 juillet 2008, aff. C-94/07, *Raccanelli*, Rec. 2008, p. I-5939, § 45. A notre sens, l'affaire avait pour objet une réglementation collective. Il n'était donc pas nécessaire que la Cour se réfère à l'arrêt *Angonese*. Dans le même sens, REPASI, 2008, p. 533.

¹⁰⁹¹ CJCE, arrêt du 17 juillet 2008, aff. C-94/07, *Raccanelli*, Rec. 2008, p. I-5939, § 48.

¹⁰⁹² CJCE, arrêt du 19 février 2002, aff. C-309/99, *Wouters*, Rec. 2002, p. I-1577.

¹⁰⁹³ CJCE, arrêt du 19 février 2002, aff. C-309/99, *Wouters*, Rec. 2002, p. I-1577, § 119.

¹⁰⁹⁴ La Cour se réfère aux arrêts *Walrave et Koch*, *Donà*, *Bosman* et *Angonese*, CJCE, arrêt du 19 février 2002, aff. C-309/99, *Wouters*, Rec. 2002, p. I-1577, § 120.

¹⁰⁹⁵ CJCE, arrêt du 19 février 2002, aff. C-309/99, *Wouters*, Rec. 2002, p. I-1577, § 110 et 122-123.

5. Actions collectives d'organisations syndicales

a. Arrêt *Viking*

L'affaire *Viking*¹⁰⁹⁶ traitait de la conformité avec le droit à la liberté d'établissement consacré à l'article 43 TCE d'une action collective engagée par un syndicat et un groupement de syndicats à l'encontre de la société *Viking*, opérateur de transports par ferries, ayant pour but de contraindre cette dernière à conclure, en Finlande, une convention collective dont le contenu était susceptible de la dissuader de faire usage de son droit à la liberté d'établissement¹⁰⁹⁷.

Dans cet arrêt, la Cour commence par admettre que le droit de mener une action collective doit être reconnu en tant que droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux de droit communautaire et que sa protection constitue un intérêt légitime susceptible de justifier une restriction aux libertés fondamentales¹⁰⁹⁸.

La Cour juge ensuite qu'une telle action entre dans le champ d'application de l'article 43 TCE¹⁰⁹⁹. Selon elle, cette disposition peut être invoquée par une entreprise privée à l'encontre d'un syndicat ou d'un groupement de syndicats¹¹⁰⁰, « les articles 39 CE, 43 CE et 49 CE ne régiss[a]nt pas seulement l'action des autorités publiques, mais s'étend[a]nt également aux réglementations d'une autre nature qui visent à régler, de façon collective, le travail salarié, le travail indépendant et les prestations de services »¹¹⁰¹. La Cour se fonde ici sur les principes de l'application uniforme¹¹⁰² et de l'effet utile¹¹⁰³. Elle rappelle par ailleurs que le fait que certaines disposi-

¹⁰⁹⁶ CJCE, arrêt du 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *Viking*, Rec. 2007, p. I-10779. Pour une analyse de cet arrêt, cf. BÜCKER, 2007, p. 212 ss ; ÉPINEY/MOSTERS, 2008, p. 79-80.

¹⁰⁹⁷ CJCE, arrêt du 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *Viking*, Rec. 2007, p. I-10779, § 32.

¹⁰⁹⁸ CJCE, arrêt du 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *Viking*, Rec. 2007, p. I-10779, § 44-46.

¹⁰⁹⁹ CJCE, arrêt du 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *Viking*, Rec. 2007, p. I-10779, § 55.

¹¹⁰⁰ CJCE, arrêt du 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *Viking*, Rec. 2007, p. I-10779, § 61 et 66.

¹¹⁰¹ La Cour fait référence aux arrêts *Walrave et Koch*, *Donà*, *Bosman*, *Deliège*, *Angonese* et *Wouters*, CJCE, arrêt du 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *Viking*, Rec. 2007, p. I-10779, § 33.

¹¹⁰² CJCE, arrêt du 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *Viking*, Rec. 2007, p. I-10779, § 34.

¹¹⁰³ CJCE, arrêt du 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *Viking*, Rec. 2007, p. I-10779, § 57.

tions du Traité CE s'adressent formellement aux Etats membres ne permet pas d'exclure la portée horizontale des libertés fondamentales¹¹⁰⁴.

Dans un deuxième temps, la Cour juge que l'action collective engagée par les syndicats restreint l'exercice de la liberté d'établissement et constitue dès lors un cas d'entrave¹¹⁰⁵. Elle admet toutefois que de telles actions collectives visent à assurer la protection des travailleurs, objectif qui relève de la politique sociale de la Communauté¹¹⁰⁶ et figure parmi les raisons impérieuses d'intérêt général¹¹⁰⁷. Il convient dès lors, selon la Cour, de mettre en balance cette finalité sociale avec la finalité économique de la Communauté¹¹⁰⁸ et d'admettre la conformité d'une telle action avec le Traité si elle s'avère « apte à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ce dernier »¹¹⁰⁹.

b. Arrêt *Laval*

Dans son arrêt *Laval*¹¹¹⁰, la Cour a notamment examiné la conformité avec l'article 49 TCE d'actions collectives engagées par plusieurs organisations syndicales suédoises visant à contraindre la société prestataire de services lettone « *Laval* » à entamer une négociation salariale et à souscrire à une convention collective suédoise lors du détachement temporaire de travailleurs en Suède¹¹¹¹.

De même que dans le cadre de l'arrêt *Viking*, la Cour commence par admettre que le droit de mener une action collective doit être reconnu en tant que droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux de droit communautaire et que sa protection constitue un intérêt légitime susceptible de justifier une restriction aux libertés fondamentales¹¹¹².

¹¹⁰⁴ CJCE, arrêt du 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *Viking*, Rec. 2007, p. I-10779, § 58.

¹¹⁰⁵ CJCE, arrêt du 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *Viking*, Rec. 2007, p. I-10779, § 74.

¹¹⁰⁶ CJCE, arrêt du 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *Viking*, Rec. 2007, p. I-10779, § 79.

¹¹⁰⁷ CJCE, arrêt du 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *Viking*, Rec. 2007, p. I-10779, § 77 et les références citées.

¹¹⁰⁸ CJCE, arrêt du 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *Viking*, Rec. 2007, p. I-10779, § 75 ss.

¹¹⁰⁹ CJCE, arrêt du 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *Viking*, Rec. 2007, p. I-10779, § 84.

¹¹¹⁰ CJCE, arrêt du 18 décembre 2007, aff. C-341/05, *Laval*, Rec. 2007, p. I-11767.

¹¹¹¹ CJCE, arrêt du 18 décembre 2007, aff. C-341/05, *Laval*, Rec. 2007, p. I-11767, § 86.

¹¹¹² CJCE, arrêt du 18 décembre 2007, aff. C-341/05, *Laval*, Rec. 2007, p. I-11767, § 90 ss et les références citées.

La Cour rappelle ensuite – en recourant à l'argument de l'effet utile – que « le respect de l'article 49 CE s'impose aussi aux réglementations de nature non publique qui visent à régler, de façon collective, les prestations de services »¹¹¹³. Elle en déduit que l'exercice du droit des organisations syndicales de mener des actions collectives constitue une restriction à la libre prestation de services au sens de l'article 49 TCE¹¹¹⁴.

La Cour admet toutefois que l'action collective vise à protéger les travailleurs contre une pratique de dumping salarial et poursuit dès lors un objectif impérieux d'intérêt général – relevant de la finalité sociale de la Communauté – qu'il convient de mettre en balance avec la garantie des libertés fondamentales – qui relève de la finalité économique de la Communauté¹¹¹⁵. La Cour conclut enfin que l'entrave que l'action engendre ne se justifie pas au regard d'un tel objectif¹¹¹⁶.

6. Accords conclus avec des Etats tiers

La jurisprudence de la Cour de justice relative aux accords entre les Communautés européennes et les Etats tiers n'est pas directement pertinente pour notre analyse. Elle fournit néanmoins des enseignements sur la conception de la Cour de justice en matière d'effet horizontal de l'interdiction de discrimination.

a. Arrêt *Kolpak*

Dans le cadre de l'affaire *Kolpak*¹¹¹⁷, la Cour considère que le principe de non-discrimination prévu par l'accord d'association Communautés-Slovaquie – alors Etat tiers – doit être interprété en ce sens qu'il « s'oppose à l'application à un sportif professionnel de nationalité slovaque, régulièrement employé par un club établi dans un Etat membre, d'une règle édictée par une fédération sportive du même Etat, selon laquelle les clubs ne sont autorisés à aligner, lors des matches de champion-

¹¹¹³ La Cour se réfère aux arrêts *Walrave et Koch*, *Bosman* et *Wouters* (CJCE, arrêt du 18 décembre 2007, aff. C-341/05, *Laval*, Rec. 2007, p. I-11767, § 98).

¹¹¹⁴ CJCE, arrêt du 18 décembre 2007, aff. C-341/05, *Laval*, Rec. 2007, p. I-11767, § 99-100.

¹¹¹⁵ CJCE, arrêt du 18 décembre 2007, aff. C-341/05, *Laval*, Rec. 2007, p. I-11767, § 103 ss et les références citées.

¹¹¹⁶ CJCE, arrêt du 18 décembre 2007, aff. C-341/05, *Laval*, Rec. 2007, p. I-11767, § 105 ss.

¹¹¹⁷ CJCE, arrêt du 8 mai 2003, aff. C-438/00, *Kolpak*, Rec. 2003, p. I-4135.

nat ou de coupe, qu'un nombre limité de joueurs originaires de pays tiers qui ne sont pas parties à l'accord sur l'Espace économique européen »¹¹¹⁸.

b. Arrêt *Simutenkov*

Dans l'affaire *Simutenkov*¹¹¹⁹ relative à l'Accord de partenariat Communautés-Russie, bien qu'elle constate que – contrairement à l'accord d'association Communautés-Slovaquie – l'accord de partenariat n'a pas pour but de créer une association en vue de l'intégration progressive de la Russie dans les Communautés européennes¹¹²⁰, la Cour estime que le principe de non-discrimination s'oppose également aux règles édictées par une association sportive ayant le même objet que dans l'affaire *Kolpak*¹¹²¹.

C. Synthèse

Après avoir constaté, dans plusieurs arrêts, que la réalisation de la libre circulation des personnes ainsi que de la libre prestation des services constitue l'un des objectifs fondamentaux du TCE dont la mise en œuvre dépend de l'application effective de l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité, la Cour de justice fait valoir l'argument de l'effet utile selon lequel cette interdiction doit également s'appliquer à certaines relations entre particuliers de manière à éviter que les associations ou organismes de droit privé n'entraient la réalisation desdites libertés¹¹²².

La Cour relève ensuite que les différentes dispositions interdisant les discriminations en raison de la nationalité sont formulées de manière générale¹¹²³ et ne désignent pas expressément leurs destinataires – la référence

¹¹¹⁸ CJCE, arrêt du 8 mai 2003, aff. C-438/00, *Kolpak*, Rec. 2003, p. I-4135, § 58.

¹¹¹⁹ CJCE, arrêt du 12 avril 2005, aff. C-265/03, *Simutenkov*, Rec. 2005, p. I-2579.

¹¹²⁰ CJCE, arrêt du 12 avril 2005, aff. C-265/03, *Simutenkov*, Rec. 2005, p. I-2579, § 35.

¹¹²¹ CJCE, arrêt du 12 avril 2005, aff. C-265/03, *Simutenkov*, Rec. 2005, p. I-2579, § 41.

¹¹²² CJCE, arrêt du 12 décembre 1974, aff. 36/74, *Walrave et Koch*, Rec. 1974, p. 1405, § 17-18 ; CJCE, arrêt du 14 juillet 1976, aff. 13/76, *Donà*, Rec. 1976, p. 1333, § 17 (renvoie à l'arrêt *Walrave et Koch*) ; CJCE, arrêt du 15 décembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. 1995, p. I-4921, § 83 ; CJCE, arrêt du 19 février 2002, aff. C-309/99, *Wouters*, Rec. 2002, p. I-1577, § 120 ; CJCE, arrêt du 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *Viking*, Rec. 2007, p. I-10779, § 57 ; CJCE, arrêt du 18 décembre 2007, aff. C-341/05, *Laval*, Rec. 2007, p. I-11767, § 98 ; CJCE, arrêt du 17 juillet 2008, aff. C-94/07, *Raccanelli*, Rec. 2008, p. I-5939, § 44.

¹¹²³ La Cour ne s'est pas prononcée sur le caractère général de l'article 43 TCE. Selon nous, vu le texte de cette disposition, il est possible de tirer les mêmes conclusions qu'envers les articles 12 al. 1, 39 et 49 TCE.

aux Etats membres permettant uniquement de définir le champ d'application géographique¹¹²⁴. Aussi estime-t-elle qu'il n'est pas exclu de conférer un effet horizontal à l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité¹¹²⁵, telle que la consacrent les articles 12 al. 1¹¹²⁶, 39, 43¹¹²⁷ et 49 TCE¹¹²⁸. Qu'il s'agisse de l'article 39, de l'article 43 ou de l'article 49 TCE, la Cour se fonde, en définitive, sur les mêmes arguments pour reconnaître un certain effet horizontal direct à l'interdiction de discrimination¹¹²⁹. La doctrine relative aux articles 12 al. 1 et 49 TCE est partagée sur les apports de cette jurisprudence¹¹³⁰. Il en va de même de celle concernant les articles 39 et 43 TCE¹¹³¹.

¹¹²⁴ JAENSCH, 1997, p. 86 ; FÖRSTER, 2007, p. 54.

¹¹²⁵ CJCE, arrêt du 12 décembre 1974, aff. 36/74, *Walrave et Koch*, Rec. 1974, p. 1405, § 20 ; CJCE, arrêt du 14 juillet 1976, aff. 13/76, *Donà*, Rec. 1976, p. 1333, § 17 (renvoi à l'arrêt *Walrave et Koch*).

¹¹²⁶ L'article 12 al. 1 TCE a uniquement joué un rôle dans le cadre de l'argumentation de la Cour relative à la portée horizontale des articles 39, 43 et 49 TCE. La Cour n'a pas eu l'occasion de se prononcer directement sur l'effet horizontal de l'article 12 al. 1 TCE (cf. PREEDY, 2005, p. 115).

¹¹²⁷ Bien que la Cour n'ait abordé la question de la portée horizontale du principe d'interdiction des discriminations au sens de l'article 43 TCE qu'à une seule reprise dans le cadre de l'affaire *van Ameyde*, l'examen de la portée de l'article 43 TCE doit être réalisé de manière parallèle à celui des articles 39 et 49 TCE (cf. PREEDY, 2005, p. 40).

¹¹²⁸ FÖRSTER, 2007, p. 24 ss.

¹¹²⁹ FÖRSTER, 2007, p. 110.

¹¹³⁰ Les auteurs suivants défendent également l'effet horizontal direct limité des articles 12 al. 1 et 49 TCE : BUDISCHOWSKY, 2003, § 21 ; EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 485, § 26 ; GRABER, 2002, p. 246 ss et 253-254 ; HONEGGER, 2005, p. 263 ; KUCSKO-STADLMAYER, 2005, § 26 ; LENZ, 2006, p. 269, § 10 ; ROTH, 1995, p. 1246-1247 ; ZULEEG, 2003, p. 695, § 17. Un auteur admet l'effet horizontal direct limité à la condition que de nouveaux motifs justificatifs en faveur des particuliers soient développés : ROSSI, 2000, p. 217. Une partie de la doctrine soutient quant à elle le système des obligations positives : KLUTH, *Art. 49-50 EGV*, 2007, p. 829-830, § 46-47 (cet auteur reconnaît également l'effet horizontal indirect) ; STREINZ/LEIBLE, 2000, p. 466-467. Un auteur défend l'effet horizontal indirect : MÜHL, 2004, p. 318. Certains auteurs privilégient enfin l'effet horizontal direct : FÖRSTER, 2007, p. 181 ss ; GANTEN, 2000, p. 91 ss.

¹¹³¹ Les auteurs suivants défendent également l'effet horizontal direct des articles 39 et 43 TCE : BRECHMANN, 2007, p. 730, § 57 ; FÖRSTER, 2007, p. 181 ss ; GANTEN, 2000, p. 91 ss ; SCHEUER, 2006, p. 641, § 35 et p. 709, § 6. Certains auteurs soutiennent l'effet horizontal limité : GRABER, 2002, p. 246 ss et 253-254 ; HONEGGER, 2005, p. 263 ; ROTH, 1995, p. 1246-1247. Un auteur admet l'effet horizontal direct limité à la condition que de nouveaux motifs justificatifs en faveur des particuliers

L'effet horizontal vise essentiellement les réglementations collectives¹¹³². A cet égard, la nature collective de la réglementation en cause semble suffire. L'éventuelle position de puissance de l'organisme privé duquel émane la réglementation en cause ne fait pas l'objet d'une analyse séparée de la part de la Cour de justice¹¹³³. Cela dit, la capacité d'adopter et d'imposer une telle réglementation atteste généralement l'existence d'une telle position¹¹³⁴.

De nouvelles perspectives se dégagent de l'arrêt *Angonese* – confirmé par l'arrêt *Raccanelli* – puisque, selon la Cour de justice, le champ d'application de l'article 39 TCE englobe les contrats entre particuliers¹¹³⁵. Enfin, les arrêts *Wouters*, *Viking* et *Laval* étendent la portée des articles 43 et 49 TCE respectivement aux réglementations collectives émanant d'un ordre professionnel à l'encontre des indépendants¹¹³⁶ et aux actions collectives¹¹³⁷. Dans les arrêts *Viking* et *Laval*, la Cour se fonde sur la notion d'entrave et admet, plus largement, l'application horizontale

soient développés : WÖLKER/GRILL, 2003, p. 1329, § 18. D'autres auteurs sont favorables à la construction des obligations positives : MAYER, 2003, § 2 ; STREINZ/LEIBL, 2000, p. 466-467. Un auteur défend enfin l'effet horizontal indirect : MÜHL, 2004, p. 318.

¹¹³² Les réglementations collectives s'opposent aux contrats individuels en ce sens qu'elles ne font pas l'objet d'une véritable négociation entre cocontractants. L'une des parties au contrat bénéficie d'une position de puissance lui permettant d'imposer la réglementation (GRABER, 2002, p. 160 ; ROTH, 1995, p. 1239).

¹¹³³ Cf. CJCE, arrêt du 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *Viking*, Rec. 2007, p. I-10779, § 64-65.

¹¹³⁴ Dans l'affaire *Viking*, l'avocat général, M. M. Poirares Maduro, considère que « les dispositions sur la libre circulation s'appliquent à une action privée qui, en raison de son effet général sur les titulaires de droits à la libre circulation, est susceptible de les restreindre dans l'exercice de ces droits, en soulevant un obstacle qu'ils ne peuvent raisonnablement pas contourner » (§ 48 des conclusions présentées le 23 mai 2007 par l'avocat général M. M. Poirares Maduro dans l'affaire CJCE, arrêt du 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *Viking*, Rec. 2007, p. I-10779).

¹¹³⁵ CJCE, arrêt du 6 juin 2000, aff. C-281/98, *Angonese*, Rec. 2000, p. I-4139, § 34-36 ; CJCE, arrêt du 17 juillet 2008, aff. C-94/07, *Raccanelli*, Rec. 2008, p. I-5939, § 48. Dans le même sens, REICH, 2007, p. 392.

¹¹³⁶ CJCE, arrêt du 19 février 2002, aff. C-309/99, *Wouters*, Rec. 2002, p. I-1577, § 120. Dans le même sens, REICH, 2007, p. 392.

¹¹³⁷ CJCE, arrêt du 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *Viking*, Rec. 2007, p. I-10779, § 55 ; CJCE, arrêt du 18 décembre 2007, aff. C-341/05, *Laval*, Rec. 2007, p. I-11767, § 95.

des articles 43 et 49 TCE, lesquels incluent l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité.

Suite à cet examen général de la jurisprudence communautaire relative à l'effet horizontal des articles 12 al. 1, 39, 43 et 49 TCE, il convient maintenant de déterminer si et, le cas échéant, dans quelle mesure certaines dispositions de l'ALCP sont aussi dotées d'un tel effet.

L'ALCP est un traité de droit international. Il serait cependant erroné de considérer que ses seuls destinataires sont les parties contractantes¹¹³⁸. Comme nous l'avons vu, la Cour de justice a écarté un tel argument à deux reprises, dans des affaires concernant, d'une part, l'accord d'association Communautés-Slovaquie¹¹³⁹ et, d'autre part, l'accord de partenariat Communautés-Russie¹¹⁴⁰. Ces arrêts ne portent certes pas directement sur des notions de droit communautaire et ont, de toute façon, été rendus postérieurement au 21 juin 1999. Ils peuvent néanmoins nous servir de sources d'inspiration lors de l'interprétation de l'ALCP¹¹⁴¹. Ainsi certaines dispositions de celui-ci sont parfaitement susceptibles d'avoir pour destinataires des particuliers.

Les articles 2 ALCP et 19 Annexe I-ALCP sont formulés de manière générale et ne donnent aucune indication sur l'éventuel effet horizontal dont ils seraient pourvus. L'article 9 Annexe I-ALCP, auquel renvoie l'article 15 Annexe I-ALCP, est plus précis. Le cercle des destinataires des obligations qui y figurent n'est toutefois pas défini de manière parfaitement claire. Du moment que l'application de ces articles implique des notions de droit communautaire, il convient de tenir compte de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, conformément à l'article 16 al. 2 ALCP.

¹¹³⁸ PÄRLI, 2006, § 21.

¹¹³⁹ CJCE, arrêt du 8 mai 2003, aff. C-438/00, *Kolpak*, Rec. 2003, p. I-4135, § 58.

¹¹⁴⁰ CJCE, arrêt du 12 avril 2005, aff. C-265/03, *Simutenkov*, Rec. 2005, p. I-2579, § 41.

¹¹⁴¹ Dans le même sens, KADDOUS/TOBLER, 2005, p. 623-624.

III. Rôle de la jurisprudence de la Cour de justice en matière d'effet horizontal dans le cadre de l'ALCP

Les arrêts précités *Walrave et Koch*, *Donà*, *van Ameyde*, *Haug-Adrion* ainsi que *Bosman* se rapportent notamment à des notions indéterminées de droit communautaire – comme celle de non-discrimination dans le cadre de la libre circulation des personnes – que l'on retrouve tout ou partie dans l'ALCP. Ils ont, par ailleurs, été rendus avant le 21 juin 1999. Il faut dès lors en tenir compte lors de l'interprétation des dispositions correspondantes de l'ALCP¹¹⁴². Les arrêts précités *Deliège*, *Lehtonen* et *Meca-Medina* sont certes postérieurs au 21 juin 1999 ; ils confirment toutefois les arrêts *Walrave et Koch* ainsi que *Bosman*¹¹⁴³. Il convient dès lors de les prendre également en considération lors de l'interprétation de l'ALCP¹¹⁴⁴.

Dans les arrêts *Angonese*, *Raccanelli*, *Wouters*, *Viking* et *Laval*, la Cour s'est certes contentée, dans un premier temps, de réaffirmer les arguments de la formulation générale, de l'effet utile et/ou de l'application uniforme, mais elle a également, dans un second temps, développé sa jurisprudence. Ainsi a-t-elle affirmé, dans ses arrêts *Angonese* et *Raccanelli*, que l'article 39 TCE ne doit pas uniquement s'appliquer aux conventions réglant de manière collective le travail salarié, mais doit s'étendre aux contrats entre particuliers¹¹⁴⁵. Elle a par ailleurs admis, dans l'affaire *Wouters*, la soumission des réglementations collectives émanant d'un ordre professionnel aux articles 43 et 49 TCE¹¹⁴⁶ et a enfin étendu, par les arrêts *Viking* et *Laval*, l'application des articles 39, 43 et 49 TCE aux actions collectives menées par une organisation syndicale¹¹⁴⁷.

¹¹⁴² Art. 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP.

¹¹⁴³ Cf. BREITENMOSER, 2003, p. 1164-1165 ; EPINEY/MOSTERS, 2007, p. 122 ; FÖRSTER, 2007, p. 34-35.

¹¹⁴⁴ Cf. Partie I, Chapitre V, Section 2.

¹¹⁴⁵ CJCE, arrêt du 6 juin 2000, aff. C-281/98, *Angonese*, Rec. 2000, p. I-4139, § 34-36 ; CJCE, arrêt du 17 juillet 2008, aff. C-94/07, *Raccanelli*, Rec. 2008, p. I-5939, § 48. En ce qui concerne la position de la doctrine face à cet arrêt, voir les références in : PÄRLI, 2006, § 69, notes 137 à 141.

¹¹⁴⁶ CJCE, arrêt du 19 février 2002, aff. C-309/99, *Wouters*, Rec. 2002, p. I-1577, § 121.

¹¹⁴⁷ CJCE, arrêt du 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *Viking*, Rec. 2007, p. I-10779, § 55 ; CJCE, arrêt du 18 décembre 2007, aff. C-341/05, *Laval*, Rec. 2007, p. I-11767, § 95 ss.

Les arrêts *Angonese*, *Raccanelli*, *Viking* et *Laval* constituent une jurisprudence postérieure participant à l'évolution du droit communautaire au sens de l'article 16 al. 2, 2^{ème} et 3^{ème} phrases, ALCP¹¹⁴⁸. Les autorités judiciaires ou administratives suisses peuvent renoncer à leur prise en compte automatique¹¹⁴⁹, mais le comité mixte doit, à la demande d'une partie contractante, déterminer les implications de ces jurisprudences¹¹⁵⁰. L'arrêt *Wouters* a été rendu le 19 février 2002 et concerne une réglementation collective émanant d'un ordre professionnel. L'élément nouveau – en apparence à tout le moins – est que cet arrêt porte sur le « travail indépendant », pour reprendre la jurisprudence de la Cour de justice¹¹⁵¹, alors que les arrêts antérieurs concernaient le travail salarié. S'agit-il véritablement d'une jurisprudence nouvelle ou plutôt d'une précision qui, en réalité, résultait implicitement déjà de la jurisprudence antérieure au 21 juin 1999 ? Cette question est certes délicate. Nous verrons cependant que l'article 15 Annexe I-ALCP nous dispense d'y répondre de manière péremptoire¹¹⁵².

IV. Effet horizontal des articles 2 ALCP, 9, 15 et 19 Annexe I-ALCP

Afin de déterminer si et, le cas échéant, dans quelle mesure un effet horizontal est conféré aux articles 2 ALCP, 9, 15 et 19 Annexe I-ALCP, il convient de se référer à la jurisprudence de la Cour de justice, selon les modalités prévues à l'article 16 al. 2 ALCP, et d'utiliser les méthodes traditionnelles d'interprétation des traités internationaux¹¹⁵³.

¹¹⁴⁸ Contra : PÄRLI, 2006, § 72-73.

¹¹⁴⁹ Cf. Partie I, Chapitre V, Section 3.

¹¹⁵⁰ Art. 16 al. 2, 3^{ème} phrase, ALCP, cf. Partie I, Chapitre V, Section 3, § 3.

¹¹⁵¹ CJCE, arrêt du 19 février 2002, aff. C-309/99, *Wouters*, Rec. 2002, p. I-1577, § 120.

¹¹⁵² Cf. Partie II, Chapitre V, Section 2, § 2, IV., B., 3.

¹¹⁵³ Art. 31-33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

A. Socle commun

1. Réalisation de la libre circulation des personnes

Il est possible de déduire de la volonté des Etats parties à l'ALCP – telle qu'elle ressort de son Préambule¹¹⁵⁴ et de son article 16 al. 1¹¹⁵⁵ – que la réalisation de la libre circulation des personnes constitue le but fondamental de l'ALCP. L'argument de l'effet utile mis en exergue par la Cour de justice dans la jurisprudence présentée plus haut doit également s'appliquer à l'ALCP. Aussi, afin de garantir la libre circulation des personnes, l'interdiction de discrimination doit-elle bénéficier d'une certaine portée horizontale dont les contours restent évidemment à définir. A défaut, l'interdiction de discrimination risquerait d'être neutralisée par des particuliers qui imposeraient de nouveaux obstacles en invoquant l'exercice de leur autonomie juridique.

En outre, l'argument de l'application uniforme, sur lequel se fonde la Cour de justice dans la jurisprudence présentée plus haut, implique d'appliquer l'interdiction de discrimination également dans certaines relations entre particuliers¹¹⁵⁶. A notre sens, la question de l'application uniforme de l'ALCP se pose *mutatis mutandis* largement dans les mêmes termes que celle des dispositions du Traité CE relatives à la libre circulation des personnes.

Enfin, les dispositions pertinentes de l'ALCP sont formulées de manière générale, tout en étant susceptibles d'une application directe, si bien que l'argumentation de la Cour de justice relative à la formulation générale des dispositions pertinentes du Traité CE est aussi transposable à l'ALCP.

¹¹⁵⁴ Selon le Préambule, les Etats parties sont « décidés à réaliser la libre circulation des personnes entre eux en s'appuyant sur les dispositions en application dans la Communauté européenne ».

¹¹⁵⁵ En vertu de l'article 16 al. 1 ALCP, « pour atteindre les objectifs visés par le présent accord, les parties prendront toutes les mesures nécessaires pour que les droits et obligations équivalant à ceux contenus dans les actes juridiques de la Communauté européenne auxquels il est fait référence trouvent application dans leurs relations ».

¹¹⁵⁶ CJCE, arrêt du 12 décembre 1974, aff. 36/74, *Walrave et Koch*, Rec. 1974, p. 1405, § 19 ; CJCE, arrêt du 14 juillet 1976, aff. 13/76, *Donà*, Rec. 1976, p. 1333, § 17 (renvoi à l'arrêt *Walrave et Koch*) ; CJCE, arrêt du 15 décembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. 1995, p. I-4921, § 84.

2. Effet horizontal direct limité

Les arguments de la Cour de justice étant pertinents pour l'interprétation de l'ALCP et l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP commandant de tenir compte de la jurisprudence de la Cour de justice antérieure au 21 juin 1999, il y a lieu de reconnaître un certain effet horizontal direct à l'égalité de traitement et à l'interdiction de discrimination telles qu'elles sont consacrées par les articles 2 ALCP, 9, 15 et 19 Annexe I-ALCP. Cet effet correspond à celui qui résulte des arrêts *Walrave et Koch*, *Donà*, *van Ameyde*, *Haug-Adrion* et *Bosman* de la Cour de justice ainsi que, dans la mesure où il les confirme, des arrêts *Deliège*, *Lehtonen* et *Meca-Medina*. Ainsi, les réglementations collectives de nature privée dont le contenu ne peut être négocié au cas par cas – telles que les réglementations édictées par des associations sportives¹¹⁵⁷, professionnelles ou économiques, les partis politiques, etc.¹¹⁵⁸ – ne sauraient procéder à des discriminations – ni directes, ni indirectes – en raison de la nationalité entre ressortissants suisses et ressortissants communautaires ou entre ces derniers.

Par ailleurs, les particuliers assumant une tâche de l'Etat, au sens notamment de l'article 35 al. 2 de la Constitution fédérale, doivent également respecter les articles 2 ALCP, 9, 15 et 19 Annexe I-ALCP, éventuellement avec quelques particularités liées à la nature de la tâche étatique en cause et à d'éventuelles autres circonstances pertinentes¹¹⁵⁹. L'article 35 al. 2 de la Constitution fédérale ne vise pas seulement les réglementations collectives émanant de ces particuliers, mais aussi les contrats individuels qu'ils concluent en bénéficiant généralement d'une position de puissance¹¹⁶⁰. On peut s'interroger sur la question de savoir si cette norme constitutionnelle renvoie uniquement au catalogue des droits fondamentaux de la Constitution fédérale, comme le suggère la systématique de celle-ci, ou si elle englobe d'autres droits fondamentaux, comme le supposent sa *ratio le-*

¹¹⁵⁷ Cf. arrêt du 13 juin du Tribunal d'arrondissement Berne-Laupen dans la cause *CEP Cortaillod/Swiss Athletics* commenté in : EPINEY, *Anmerkung*, 2008, p. 1233 ss. Voir également EPINEY, *Ausländerklauseln*, 2008, p. 21.

¹¹⁵⁸ Cf. STREINZ/LEIBLE, 2000, p. 464. Voir également JAENSCH, 1997, p. 270 ss, qui propose une définition plus restrictive.

¹¹⁵⁹ Sur ce point, cf. d'une manière générale BIAGGINI, *Art. 35 BV*, 2007, p. 254, § 13 ; SCHWEIZER, *Art. 35 BV*, 2008, p. 713, § 17.

¹¹⁶⁰ Cf. MÜLLER, 2007, p. 68, § 17.

*gis*¹¹⁶¹ et le principe selon lequel les droits fondamentaux forment un tout ou un ensemble¹¹⁶² dans notre ordre juridique. Si une portée large de l'article 35 al. 2 de la Constitution fédérale devait être admise, il faudrait encore se demander si les droits garantis par l'ALCP entrent dans son champ d'application. Nous ne souhaitons pas trancher ici ces questions délicates, car l'obligation faite à un particulier assumant une tâche de l'Etat de respecter les articles précités de l'ALCP se déduit, de toute façon, de ce dernier. Si un tel particulier était libre de s'affranchir des exigences découlant de ceux-ci, il suffirait à une autorité étatique de lui déléguer une de ses tâches pour neutraliser l'application de l'ALCP, ce qui affecterait tant l'effet utile que l'application uniforme de cet Accord. Cela ne saurait être le sens de l'ALCP – et de son article 16 al. 1 en particulier. L'argument selon lequel un traité international garantissant un droit fondamental ne saurait avoir un particulier pour destinataire direct, car les éventuelles instances supranationales de protection des droits garantis par ce traité ne peuvent intervenir qu'à l'encontre des Etats¹¹⁶³, n'est pas pertinent. En effet, le droit international est principalement appliqué en Suisse par des autorités administratives ou judiciaires internes, lesquelles peuvent parfaitement décider de soumettre un particulier assumant une tâche de l'Etat aux droits fondamentaux garantis par un texte international. Du reste, l'Etat peut être considéré comme responsable, sur le plan international, des activités d'un particulier lorsqu'il a habilité ce dernier à exercer des actes de puissance publique¹¹⁶⁴.

3. Effet horizontal indirect

Les articles 2 ALCP, 9, 15 et 19 Annexe I-ALCP sont sans doute aussi pourvus d'un effet horizontal indirect. Lorsqu'il s'agit d'interpréter le droit interne et que celui-ci contient des concepts indéterminés perméables aux droits fondamentaux, il y a lieu de privilégier une interprétation tenant compte de l'égalité de traitement et de l'interdiction de discrimination

¹¹⁶¹ Cf., à ce sujet, KIENER/KÄLIN, 2007, p. 44 : « Der Staat kann sich der Grundrechtsbindung nicht dadurch entziehen, dass er die Aufgabenerfüllung einem Privaten überträgt. » ; cf. aussi Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997, p. 194.

¹¹⁶² Cf. THÜRER, 2007, p. 57, § 60.

¹¹⁶³ Comp. SCHWEIZER, *Art. 35 BV*, 2008, p. 717, § 25, à propos de la CEDH et des Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme.

¹¹⁶⁴ Cf., à ce propos, INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2001, ad article 5 ; cf. en outre KIENER/KÄLIN, 2007, p. 45.

consacrées par l'ALCP. Cela contribue à l'effet utile de l'ALCP. Une telle approche peut, au demeurant, se fonder sur le principe de l'interprétation du droit interne conforme au droit supérieur, appliqué par le Tribunal fédéral¹¹⁶⁵, voire sur l'article 35 al. 3 de la Constitution fédérale pour autant qu'il soit interprété de manière très extensive¹¹⁶⁶.

B. Portée additionnelle de certaines dispositions de l'ALCP

Il convient maintenant de se demander si certaines dispositions de l'ALCP vont au-delà de ce socle commun, ce qui implique d'analyser séparément chacun des articles pertinents.

1. Article 2 ALCP

Tant le choix de la forme passive à l'article 2 ALCP que l'absence de toute désignation des destinataires de l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité indiquent que celle-ci constitue une obligation générale dont on ne saurait exclure qu'elle déploie ses effets dans les relations entre particuliers ou, à tout le moins, dans certaines d'entre elles. En somme, l'article 2 ALCP est perméable à une forme d'horizontalité. Le message du Conseil fédéral relatif à l'approbation de l'ALCP, même s'il n'est pas décisif, ne donne aucune indication sur l'éventuel effet – ou l'éventuelle absence d'effet – horizontal de cet article ou d'autres dispositions de l'ALCP.

Les arguments de l'effet utile et de la formulation générale que fait valoir la Cour de justice sont parfaitement transposables *mutatis mutandis* à l'article 2 ALCP. Du moment que les principaux arrêts pertinents de la Cour ont été rendus avant le 21 juin 1999, il faut admettre, compte tenu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP, que l'article 2 ALCP déploie un effet horizontal limité en ce sens qu'il vise aussi les réglementations collectives de nature privée dont le contenu ne peut être négocié au cas par cas. Plus largement, une telle solution revient à interpréter cette disposition « de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but »¹¹⁶⁷. Cette solution – qui permet de garantir l'effectivité de l'interdiction de discrimination

¹¹⁶⁵ ATF 125 II 417 (424), SJ 2000 I 202.

¹¹⁶⁶ Cf. Partie II, Chapitre V, Section 2, § 2, IV., A., 2 *mutatis mutandis*, à propos de l'article 35 al. 2 de la Constitution fédérale.

¹¹⁶⁷ Art. 31 al. 1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

tout en limitant les ingérences dans la garantie de l'autonomie privée¹¹⁶⁸ – correspond vraisemblablement le mieux à la volonté des Etats parties¹¹⁶⁹. Il faut sans doute aussi reconnaître à l'article 2 ALCP l'autre effet horizontal direct limité évoqué plus haut – concernant les particuliers assumant une tâche de l'Etat – ainsi qu'un effet horizontal indirect.

Reste encore à déterminer si les arrêts *Angonese*, *Raccanelli*, *Viking* et *Laval* doivent également être pris en considération lors de l'application de l'article 2 ALCP. Ces arrêts sont postérieurs au 21 juin 1999 et, en tant qu'ils visent respectivement les contrats individuels de travail et les actions collectives menées par une organisation syndicale, ils inaugurent de nouvelles jurisprudences. La Suisse n'est dès lors pas automatiquement contrainte de suivre ces différentes jurisprudences lors de l'application de l'article 2 ALCP¹¹⁷⁰. Le comité mixte de l'ALCP peut néanmoins être amené à déterminer les implications de ces différents arrêts notamment pour la Suisse¹¹⁷¹. Par ailleurs, les autorités administratives et judiciaires – le Tribunal fédéral en dernier ressort – pourraient décider d'en tenir d'ores et déjà compte. Elles n'y sont toutefois pas tenues de par l'ALCP. Cela dit, la jurisprudence *Angonese*, confirmée par l'arrêt *Raccanelli*, – en tant qu'elle se rapporte aux contrats individuels de travail – a en quelque sorte été prise en compte de manière anticipée par l'article 9 al. 4 Annexe I-ALCP. Les arrêts *Viking* et *Laval* traitent, quant à eux, de la conformité avec le droit communautaire d'actions collectives contre un employeur ou un prestataire de services et se rapportent ainsi, en particulier, aux articles 15 et 19 Annexe I-ALCP. Aussi la question de savoir si l'article 2 ALCP doit également être interprété à la lumière de ces arrêts est, en bonne partie, théorique. L'article 2 ALCP est, en effet, subsidiaire par rapport aux articles 9, 15 et 19 Annexe I-ALCP¹¹⁷².

¹¹⁶⁸ Dans le même sens, HONEGGER, 2005, p. 263 ; FÖRSTER, 2007, p. 181 ss.

¹¹⁶⁹ Dans le même sens, HANGARTNER, *Freizügigkeitsabkommen*, 2003, p. 261 ; JAAG/ZIHLMANN, 2007, p. 79, § 28, note 80. Voir également l'arrêt du 13 juin du Tribunal d'arrondissement Berne-Laupen dans la cause *CEP Cortaillod/Swiss Athletics* commenté in : EPINEY, *Anmerkung*, 2008, p. 1237. Contra : IKEN, 2003, p. 167, qui rejette tout effet horizontal direct.

¹¹⁷⁰ Art. 16 al. 2, 1^{ère} phrase *a contrario*, ALCP.

¹¹⁷¹ Art. 16 al. 2, 3^{ème} phrase, ALCP.

¹¹⁷² TF, arrêt du 14 juillet 2005, H 16/04 (c. 5.2). BUCHER, *Sozialversicherungsprozess*, 2006, p. 19 ainsi que, de la même auteure, *Die Rechtsprechung*, 2006, p. 58 ; EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2004, p. 90 ; KAHIL-WOLFF, 2001, p. 102 ; KAHIL-WOLFF/GREBER, 2006, p. 365, § 796 ; METRAL, 2004, p. 186.

Enfin, la jurisprudence *Wouters* concerne une activité indépendante, si bien qu'elle doit essentiellement être examinée en lien avec l'article 15 Annexe I-ALCP.

2. Article 9 Annexe I-ALCP

Pour les mêmes motifs que l'article 2 ALCP, le socle commun identifié plus haut vaut pour l'article 9 Annexe I-ALCP qui doit être lu en combinaison avec l'article 7 let. a ALCP¹¹⁷³. Ce dernier est formulé de manière générale et ses alinéas 1 à 3 ainsi que 5 à 6 ne désignent pas de destinataires. Par ailleurs, l'alinéa 4 de cette disposition mentionne expressément les conventions et les réglementations collectives de travail.

En outre, l'article 9 al. 4 Annexe I-ALCP vise expressément les conventions individuelles de travail. Le texte est parfaitement clair à cet égard. Le sens ordinaire qu'il faut lui attribuer aux termes de cet alinéa dans le contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'ALCP¹¹⁷⁴ consiste à lui reconnaître un effet horizontal direct¹¹⁷⁵. La référence aux arrêts *Angonese* et *Raccanelli* de la Cour de justice n'est pas nécessaire sur ce point. En effet, l'interprétation autonome de l'article 9 al. 4 Annexe I-ALCP conduit, de toute façon, au même résultat. L'effet horizontal de cette disposition permet de lutter contre les discriminations non seulement directes, mais aussi indirectes en raison de la nationalité dans les domaines du travail et de l'emploi, le droit communautaire s'en prenant aux unes et aux autres¹¹⁷⁶.

L'article 9 al. 5 Annexe I-ALCP vise essentiellement l'égalité de traitement en matière syndicale. Les syndicats étant en Suisse des associations de droit privé, au sens des articles 60 ss du Code civil, l'article 9 al. 5 Annexe I-ALCP doit être doté d'un effet horizontal direct¹¹⁷⁷. A défaut, il

¹¹⁷³ Dans le même sens, IMHOF, 2000, p. 30. Contra : IKEN, 2003, p. 167.

¹¹⁷⁴ Cf. art. 31 al. 1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

¹¹⁷⁵ Dans le même sens, BENESCH, 2007, p. 79 et 136 ; EPINEY, *Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit*, 2005, p. 54. Pour un effet horizontal direct de tout l'article 9 Annexe I-ALCP, PÄRLI, 2006, § 73. Selon KÄLIN, seuls les alinéas 4-6 de l'article 9 Annexe-I-ALCP bénéficient d'un effet horizontal direct (KÄLIN, 2002, p. 36-37). JAAG/ZIHLMANN reconnaissent uniquement l'effet horizontal direct de l'alinéa 4 de l'article 9 Annexe I-ALCP (JAAG/ZIHLMANN, 2007, p. 79, § 28, note 80). IKEN rejette tout effet horizontal direct (IKEN, 2003, p. 167).

¹¹⁷⁶ Cf. Partie II, Chapitre III, Sections 1 et 2.

¹¹⁷⁷ Dans le même sens, BENESCH, 2007, p. 79.

serait pratiquement dépourvu de tout effet utile en Suisse ou, à tout le moins, d'une importante partie d'un tel effet.

L'article 9 al. 6 Annexe I-ALCP concerne les droits et tous les avantages accordés aux travailleurs salariés nationaux en matière de logement. Les collectivités publiques sont avant tout concernées sur ce point. Les éventuelles prestations accordées par un employeur à ses employés constituent une forme de « rémunération », au sens de l'article 9 al. 4 Annexe I-ALCP, soumise aux exigences de l'égalité de traitement. De ce point de vue, il faut admettre un certain rayonnement de l'alinéa 4 sur l'alinéa 6 de l'article 9 Annexe I-ALCP conférant au second – en partie à tout le moins – un effet horizontal direct.

Les alinéas 1 à 3 de l'article 9 Annexe I-ALCP se rapportent à l'Etat ou sont repris à l'alinéa 4. Les termes « autres conditions de travail et de licenciement » utilisés dans ce dernier alinéa doivent être interprétés de manière large. Pour cette raison, la question d'un éventuel effet horizontal direct général exclusif aux seuls alinéas 1 à 3 est largement théorique.

3. Article 15 Annexe I-ALCP

L'article 15 Annexe I-ALCP en combinaison avec l'article 7 let. a ALCP garantit l'égalité de traitement entre indépendants. Son alinéa 1 est formulé de manière suffisamment générale pour que l'on puisse lui appliquer le socle commun en matière d'effet horizontal défini plus haut. Au demeurant, le renvoi de l'article 15 al. 2 Annexe I-ALCP à l'article 9 Annexe I-ALCP permet à un indépendant de se prévaloir de l'égalité face à une réglementation collective émanant d'une association ou d'un autre organisme privé. La référence à l'arrêt *Wouters* de la Cour de justice n'est pas nécessaire sur ce point. En effet, l'interprétation autonome de l'article 15 Annexe I-ALCP en lien avec l'article 9 Annexe I-ALCP conduit, de toute façon, au même résultat.

Le renvoi de l'article 15 al. 2 Annexe I-ALCP à l'article 9 Annexe I-ALCP signifie aussi que l'égalité de traitement en matière d'avantages fiscaux, voire sociaux, doit être garantie¹¹⁷⁸. Pour le surplus, il faut relever que l'article 9 al. 4 Annexe I-ALCP semble vraiment taillé pour les relations de travail. Il serait très délicat de l'appliquer *mutatis mutandis* à un contrat individuel liant un indépendant à ses clients ou à ses fournisseurs

¹¹⁷⁸ Art. 9 al. 2 Annexe I-ALCP.

de biens ou services. On ne trouve aucun signe parfaitement clair d'une telle extension dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Aussi paraît-il difficile de reconnaître un effet horizontal direct général à l'article 15 al. 2 Annexe I-ALCP combiné à l'article 9 al. 4 de cette Annexe.

Reste enfin à analyser la portée des arrêts *Viking* et *Laval* sur l'article 15 Annexe I-ALCP. Comme nous l'avons vu précédemment, ces différents arrêts sont postérieurs au 21 juin 1999 et consacrent une nouvelle jurisprudence¹¹⁷⁹. Les autorités judiciaires ou administratives suisses ne sont dès lors pas obligées de les suivre lors de l'application de l'article 15 Annexe I-ALCP¹¹⁸⁰. Cela dit, cet article est rédigé de manière suffisamment souple pour permettre une absorption de cette jurisprudence¹¹⁸¹. A notre sens, il est souhaitable – afin de garantir l'effet utile de cette disposition et de préserver la compatibilité du droit suisse au droit européen en l'absence d'un motif prépondérant contraire – de permettre à un indépendant de se prévaloir de l'article 15 Annexe I-ALCP face à une action collective que mènerait une organisation syndicale lorsque cette action crée une différence de traitement – ou, *a fortiori*, une discrimination – à son encontre. La faculté pour l'organisation de justifier son action sera, quant à elle, examinée plus avant¹¹⁸².

4. Article 19 Annexe I-ALCP

Contrairement aux articles 2 ALCP, 9 et 15 Annexe I-ALCP, l'article 19 Annexe I-ALCP, qui doit être lu en combinaison avec l'article 7 let. a ALCP, désigne expressément l'Etat comme destinataire de la norme. Il prévoit que « le prestataire de services [...] peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer, à titre temporaire, son activité [...] dans les mêmes conditions que celles que cet Etat impose à ses propres ressortissants[...] ». Ainsi, au vu du texte de l'article 19, toute portée horizontale de l'égalité de traitement en faveur des prestataires de services semble exclue.

Une interprétation aussi restrictive ne tient compte ni du contexte dans lequel s'inscrit l'ALCP ni de son but. Elle ne correspond pas à la volonté

¹¹⁷⁹ Cf. Partie II, Chapitre V, Section 2, § 2, III.

¹¹⁸⁰ Cf. Partie I, Chapitre V, Section 3.

¹¹⁸¹ Dans le même sens, EPINEY/MOSTERS, 2008, p. 81.

¹¹⁸² Cf. Partie II, Chapitre VI, Section 5.

des Etats parties. En effet, ceux-ci étant « décidés à réaliser la libre circulation des personnes entre eux en s'appuyant sur les dispositions en application dans la Communauté européenne »¹¹⁸³ et étant prêts à prendre « toutes les mesures nécessaires pour que les droits et obligations équivalant à ceux contenus dans les actes juridiques de la Communauté européenne auxquels il est fait référence trouvent application dans leurs relations »¹¹⁸⁴, l'article 19 Annexe I-ALCP doit, de même que l'article 49 TCE, également bénéficier d'un certain effet horizontal. De plus, vu que l'article 19 Annexe I-ALCP a pour objet de préciser – en faveur des prestataires de services – l'interdiction générale de discrimination en raison de la nationalité, il y a lieu de lui reconnaître un effet horizontal au moins similaire à celui dont est pourvu l'article 2 ALCP¹¹⁸⁵.

En ce qui concerne enfin la portée de l'arrêt *Wouters*, il sied d'observer que la Cour de justice a admis, dans plusieurs arrêts antérieurs au 21 juin 1999¹¹⁸⁶, qu'un prestataire de services ne saurait être discriminé par une réglementation collective émanant d'une association ou d'un autre organisme privé. Aussi l'article 19 Annexe I-ALCP doit-il être interprété dans ce sens, même si l'on fait abstraction de l'arrêt *Wouters*.

Enfin, s'agissant des arrêts *Viking* et *Laval*, nous sommes d'avis que la Suisse devrait – de même que pour l'article 15 Annexe I-ALCP et, fondamentalement, pour les mêmes motifs¹¹⁸⁷ – permettre à un prestataire de services de se prévaloir de l'article 19 Annexe I-ALCP face à une action collective que mènerait une organisation syndicale lorsque cette action crée une différence de traitement – ou, *a fortiori*, une discrimination – à son encontre. La faculté pour l'organisation de justifier son action sera examinée plus avant¹¹⁸⁸.

C. Synthèse

Les articles 2 ALCP, 9, 15 et 19 Annexe I-ALCP sont pourvus d'un effet horizontal tant indirect que direct limité. L'article 9 Annexe I-ALCP dé-

¹¹⁸³ Préambule de l'ALCP.

¹¹⁸⁴ Art. 16 al. 1 ALCP.

¹¹⁸⁵ Dans le même sens mais en ce qui concerne les articles 39, 43 et 49 TCE, FÖRSTER, 2007, p. 55. Selon cet auteur, l'interprétation littérale ne joue pas un rôle essentiel.

¹¹⁸⁶ Cf. Partie II, Chapitre V, Section 2, § 2, II., B., 1.

¹¹⁸⁷ Cf. Partie II, Chapitre V, Section 2, § 2, IV., B., 3.

¹¹⁸⁸ Cf. Partie II, Chapitre VI, Section 5.

passé ce socle commun, en ce sens que ses alinéas 4 à 6, à tout le moins, jouissent d'un effet horizontal direct général dans leur champ d'application. Sur ce plan, l'égalité entre ressortissants suisses et communautaires ainsi qu'entre ces derniers est garantie dans les relations collectives ou individuelles de travail et en matière d'emploi. Il s'agit d'un pas important en matière d'effet horizontal des droits fondamentaux, à propos duquel la doctrine suisse est traditionnellement sceptique.

Cet effet horizontal bénéficie, en Suisse, essentiellement aux ressortissants communautaires. Une éventuelle discrimination, en Suisse, d'un ressortissant suisse par rapport à un ressortissant communautaire ne tombe, sous réserve de situations particulières¹¹⁸⁹, pas dans le champ d'application de l'ALCP. Il n'est cependant pas exclu que cette éventuelle discrimination à rebours puisse être corrigée, en partie à tout le moins, par l'article 8 al. 1 et 2 de la Constitution fédérale dans la mesure où il déploie au moins un effet horizontal indirect impliquant d'interpréter les notions indéterminées du droit ordinaire de façon à remédier à une telle forme de discrimination. Il faut évidemment que ces notions soient perméables aux droits fondamentaux – à l'égalité et à l'interdiction de discrimination, en l'occurrence¹¹⁹⁰.

La discussion sur l'effet horizontal des dispositions précitées de l'ALCP a relégué à l'arrière-plan celle sur les obligations positives de l'Etat. On sait que le Tribunal fédéral est plutôt réticent en la matière. L'avantage de l'effet horizontal direct d'une disposition directement applicable, à l'instar de l'article 9 al. 4 Annexe I-ALCP, est sinon de dispenser, du moins de rendre moins indispensable l'adoption de règles de droit privé. Une obligation générale de mettre en œuvre l'ALCP dans l'ordre juridique et, à divers égards, dans les relations entre particuliers subsiste néanmoins.

¹¹⁸⁹ Cf. Partie II, Chapitre III, Section 3, § 2.

¹¹⁹⁰ Cf. Partie II, Chapitre III, Section 3, § 3.

Chapitre VI Limites du droit à l'interdiction de discrimination et à la libre circulation

Les principes d'interdiction des discriminations et de libre circulation étant étroitement liés, les mesures limitant la libre circulation visent indirectement l'interdiction des discriminations. Il se justifie dès lors, dans le cadre du présent chapitre, de traiter leurs limitations de manière conjointe. Ainsi, notre analyse débutera par l'examen de l'article 5 Annexe I-ALCP qui permet de limiter les droits consacrés par l'Accord par des motifs tirés de l'ordre public, de la sécurité publique ou de la santé publique¹¹⁹¹. Nous procéderons ensuite à l'interprétation des articles 10, 16 et 22 al. 1 Annexe I-ALCP qui excluent du champ d'application des principes de libre circulation et de non-discrimination les activités participant à l'exercice de la puissance publique¹¹⁹². Il conviendra également d'entreprendre une brève présentation des autres dispositions de l'Accord ayant pour objet de limiter la portée des principes de libre circulation et de non-discrimination¹¹⁹³. Nous nous attacherons enfin à examiner dans quelle mesure d'autres principes non expressément prévus par l'Accord doivent être pris en considération¹¹⁹⁴.

Section 1 Ordre public, sécurité publique et santé publique

L'article 5 Annexe I-ALCP prévoit que l'ensemble des droits consacrés par l'Accord « ne peuvent être limités que par des mesures justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique ». Cette réserve s'inspire des articles 39 al. 3, 46 al. 1 et 55 TCE¹¹⁹⁵. Ses modalités sont définies par la directive 64/221/CEE du Conseil, du 25 février 1964, pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre pu-

¹¹⁹¹ Partie II, Chapitre VI, Section 1.

¹¹⁹² Partie II, Chapitre VI, Section 2.

¹¹⁹³ Partie II, Chapitre VI, Section 3.

¹¹⁹⁴ Partie II, Chapitre VI, Sections 4 et 5.

¹¹⁹⁵ EPINEY, *Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit*, 2005, p. 54-55 ; EPINEY/MOSTERS, 2008, p. 76.

blic, de sécurité publique et de santé publique¹¹⁹⁶ ainsi que par la jurisprudence y relative rendue par la Cour de justice (art. 5 al. 2 Annexe I-ALCP).

Au vu du texte de l'article 39 al. 3 TCE, il semble que seuls les droits consacrés par cette disposition puissent être limités par des mesures justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique. La doctrine déduit toutefois de la jurisprudence de la Cour la possibilité de restreindre les droits prévus par l'article 39 al. 2 TCE lorsque l'on est en présence de différences de traitement se fondant indirectement sur la nationalité¹¹⁹⁷. Les articles 46 al. 1 TCE et 55 TCE, quant à eux, ne prévoient pas de telles distinctions, ils s'appliquent dès lors à l'encontre de toute différence de traitement¹¹⁹⁸.

En ce qui concerne la réserve de l'ordre public prévue par l'Accord, elle se situe dans la première partie de l'annexe I qui traite des dispositions générales relatives à la libre circulation des personnes. En outre, elle a pour objet de restreindre « les droits octroyés par les dispositions du présent accord ». Aussi cette disposition permet-elle de limiter les droits consacrés par les articles 2 ALCP, 9, 15 et 19 Annexe I-ALCP. Par ailleurs, la possibilité de limiter le principe général de non-discrimination par des mesures justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique peut également se déduire du texte de l'article 2 ALCP qui garantit l'interdiction de discrimination « dans l'application et conformément aux dispositions des annexes I, II et III de cet accord ». Nous verrons toutefois qu'en pratique le Tribunal fédéral recourt à l'exception de l'article 5 Annexe I-ALCP uniquement pour limiter le droit à la libre circulation¹¹⁹⁹.

¹¹⁹⁶ JO n° 56, 1964, p. 850. L'article 5 al. 2 Annexe I-ALCP fait également référence aux directives 72/194/CEE (JO n° L 121, 1972, p. 32) et 75/35/CEE (JO n° L 14, 1975, p. 10). Ces directives ont pour objet d'étendre le champ d'application personnel de la réserve [ATF 129 II 215 (220)]. Comme nous l'avons vu précédemment, ces trois directives ont été abrogées et remplacées, au niveau communautaire, par la directive n° 2004/38, du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres (JO n° L 158, 2004, p. 77), cf. note 106. L'ALCP n'y fait toutefois pas référence.

¹¹⁹⁷ BRECHMANN, 2007, p. 741, § 92 ; WÖLKER/GRILL, 2003, p. 1375, § 122 et les références citées. Contra : PÄRLI, 2007, p. 25.

¹¹⁹⁸ SCHNEIDER, 1998, p. 36.

¹¹⁹⁹ Cf. Partie II, Chapitre VI, Section 1, § 4.

§ 1 Champ d'application de la directive 64/221

En vertu de l'article 1^{er} de la directive 64/221, les mesures justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique s'appliquent à l'égard des ressortissants des Etats parties exerçant une activité salariée ou non salariée, aux destinataires de services ainsi qu'aux membres de leur famille.

Par ailleurs, les directives 72/194 et 75/35 étendent le champ d'application de la directive 64/221 aux ressortissants d'un Etat membre bénéficiant d'un droit de demeurer après avoir exercé une activité salariée et non salariée.

La directive 64/221 s'applique aux mesures prises par les Etats parties pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique en ce qui concerne l'entrée sur le territoire, la délivrance ou le renouvellement du titre de séjour, ou l'éloignement du territoire.

Il convient également de mentionner que ces trois directives ne s'appliquent qu'aux situations présentant un élément transfrontalier¹²⁰⁰.

§ 2 Notions d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique

I. Ordre public et sécurité publique

La directive ne prévoit pas de distinction entre les notions d'ordre public et de sécurité publique¹²⁰¹. Il en va de même en ce qui concerne la jurisprudence de la Cour de justice, qui fait simultanément référence aux deux notions¹²⁰². Il convient dès lors de les traiter conjointement.

¹²⁰⁰ CJCE, arrêt du 18 octobre 1990, aff. C-297/88 et 197/89, *Dzodzi*, Rec. 1990, p. I-3763, § 28.

¹²⁰¹ Il en va de même en ce qui concerne la directive n° 2004/38, elle traite simultanément les motifs d'ordre public et de sécurité publique, cf. art. 27 ss.

¹²⁰² TIEDJE/TROBERG, 2003, p. 1559, § 18. Il se justifie toutefois de signaler que la Cour a défini la notion de sécurité publique dans le cadre d'arrêts relatifs à la libre circulation des marchandises. Selon elle, la sécurité publique « couvre tout à la fois la sécurité intérieure d'un Etat membre et sa sécurité extérieure » (CJCE, arrêt du 4 octobre 1991, aff. C-367/89, *Richardt*, Rec. 1991, p. I-4621, § 22). Par ailleurs, la Cour juge

Les mesures justifiées par des raisons d'ordre public et de sécurité publique doivent, en vertu de l'article 3 al. 1 directive 64/221, se fonder exclusivement sur le comportement personnel¹²⁰³ de celui qui en fait l'objet. Il n'est pas possible de les justifier par des motifs de prévention générale détachés du cas individuel¹²⁰⁴. L'article 3 al. 2 de la directive établit par ailleurs que la seule existence de condamnations pénales antérieures ne permet pas de motiver automatiquement de telles mesures.

Ni la directive 64/221 ni la jurisprudence de la Cour de justice ne proposent une définition des notions d'ordre public et de sécurité publique¹²⁰⁵. Selon la Cour, le contenu de l'ordre public peut « varier d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre » ; il se justifie dès lors de « reconnaître aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation dans les limites imposées par le traité »¹²⁰⁶. Ainsi, cette appréciation doit respecter

que la sécurité publique est menacée lorsque l'existence d'un Etat, caractérisée par « le fonctionnement non seulement de son économie mais surtout de ses institutions et de ses services publics essentiels et même la survie de sa population », est mise en danger (CJCE, arrêt du 10 juillet 1984, aff. 72/83, *Campus Oil*, Rec. 1984, p. 2727, § 34).

¹²⁰³ A titre d'exemple, le Tribunal fédéral a jugé, dans le cadre de son arrêt relatif à l'octroi d'une autorisation de séjour en faveur du fondateur du mouvement raélien, que le fait de publier des « articles dans la revue *«Apocalypse»*, où l'enfant est décrit comme un «objet sexuel privilégié» et [d']accepte[r] que son nom soit associé à la société Clonaid » peuvent être qualifiés d'actes volontaires faisant partie du comportement personnel et qu'il n'est pas déterminant que ces actes n'aient pas fait l'objet d'une condamnation pénale – l'art. 5 Annexe I-ALCP n'exigeant pas qu'un comportement soit constitutif d'une infraction pour constituer une menace pour l'ordre public [TF, arrêt du 15 septembre 2008, 2C-396/2008 (c. 6.2)].

¹²⁰⁴ Voir notamment CJCE, arrêt du 26 février 1975, aff. 67/74, *Bonsignore*, Rec. 1975, p. 297, § 6-7 ; CJCE, arrêt du 18 mai 1982, aff. 115/81 et 116/81, *Adoui et Cornuaille*, Rec. 1982, p. 1665, § 11 ; CJCE, arrêt du 29 avril 2004, aff. C-482/01 et C-493/01, *Orfanopoulos*, Rec. 2004, p. I-5257, § 66 ; CJCE, arrêt du 7 juin 2007, aff. C-50/06, *Commission/Pays-Bas*, Rec. 2007, p. I-4383, § 41 (ces arrêts se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, ils doivent être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP. Cf. EPINEY/MOSTERS, 2008, p. 57 ; EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2005, p. 57 ; KADDOUS/TOBLER, 2007, p. 639). Voir également CJCE, arrêt du 10 juillet 2008, aff. C-33/07, *Jipa*, Rec. 2008, p. I-5157, § 24, concernant l'article 27 de la directive n° 2004/38 (sur cet arrêt, cf. EPINEY/MOSTERS, 2009, p. 64 ss) ; ATF 129 II 215 (221) ; ATF 130 II 493 (499) ; ATAF, arrêt du 29 septembre 2008, C-92/2006 (c. 5.2).

¹²⁰⁵ DIETRICH, 1995, p. 491 ; NERAUDAU-D'UNIENVILLE, 2006, p. 122 ss.

¹²⁰⁶ CJCE, arrêt du 4 décembre 1974, aff. 41/74, *van Duyn*, Rec. 1974, p. 1337, § 18 ; CJCE, arrêt du 27 octobre 1977, aff. 30/77, *Bouchereau*, Rec. 1977, p. 1999, § 19 ;

les garanties découlant de la Convention européenne des droits de l'homme¹²⁰⁷ et tenir compte du principe de proportionnalité¹²⁰⁸. Par ailleurs, la notion d'ordre public doit s'interpréter de manière restrictive¹²⁰⁹. Selon la Cour, le recours à cette notion doit supposer l'existence d'une menace réelle et d'une certaine gravité menaçant un intérêt fondamental de la société¹²¹⁰. Un comportement ne peut être qualifié de suffisamment

CJCE, arrêt du 17 juin 1997, aff. C-65/95 et C-111/95, *Shingara et Radiom*, Rec. 1997, p. I-3343, § 30. Voir également CJCE, arrêt du 10 juillet 2008, aff. C-33/07, *Jipa*, Rec. 2008, p. I-5157, § 23, concernant l'article 27 de la directive n° 2004/38 ; ATF 129 II 215 (220-221) et NERAUDAU-D'UNIENVILLE, 2006, p. 135.

¹²⁰⁷ Voir notamment CJCE, arrêt du 18 juin 1991, aff. C-260/89, *ERT*, Rec. 1999, p. I-2925, § 43 ; CJCE, arrêt du 11 juillet 2002, aff. C-60/00, *Carpenter*, Rec. 2002, p. I-6279, § 40, cet arrêt, bien que postérieur à la date de signature de l'Accord, a été cité par le Tribunal fédéral notamment dans les arrêts 130 II 176 (184) et 130 II 493 (499) ; CJCE, arrêt du 29 avril 2004, aff. C-482/01 et C-493/01, *Orfanopoulos*, Rec. 2004, p. I-5257, § 97 (cet arrêt se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, il doit être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP. Cf. EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2005, p. 57). Voir également CJCE, arrêt du 14 octobre 2004, aff. C-36/02, *Omega*, Rec. 2004, p. I-9609 (cet arrêt ne se contente pas de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord. Il constitue dès lors une jurisprudence postérieure participant à l'évolution du droit communautaire. A notre sens, il correspond toutefois au but de l'Accord et doit donc être pris en considération. Dans le même sens, EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2005, p. 65).

¹²⁰⁸ Voir notamment CJCE, arrêt du 28 octobre 1975, aff. 36/75, *Rutili*, Rec. 1975, p. 1219, § 32 ; CJCE, arrêt du 11 juillet 2002, aff. C-60/00, *Carpenter*, Rec. 2002, p. I-6279, § 42 ss, cet arrêt, bien que postérieur à la date de signature de l'Accord, a été cité par le Tribunal fédéral notamment dans les arrêts 130 II 176 (184) et 130 II 493 (499).

¹²⁰⁹ Voir notamment ATF 129 II 215 (220) ; ATF 130 II 176 (182) ; ATF 130 II 493 (498) ; TF, arrêt du 31 mai 2006, 2A. 39/2006 (c. 2.2). Voir également ATAF, arrêt du 29 septembre 2008, C-92/2006 (c. 5.2).

¹²¹⁰ Voir notamment CJCE, arrêt du 28 octobre 1975, aff. 36/75, *Rutili*, Rec. 1975, p. 1219, § 26-28 ; CJCE, arrêt du 27 octobre 1977, aff. 30/77, *Bouchereau*, Rec. 1977, p. 1999, § 33-35 ; CJCE, arrêt du 18 mai 1982, aff. 115/81 et 116/81, *Adoui et Cornuaille*, Rec. 1982, p. 1665, § 8 ; CJCE, arrêt du 19 janvier 1999, aff. C-348/96, *Calfa*, Rec. 1999, p. I-11, § 23 et 25 ; CJCE, arrêt du 9 mars 2000, aff. C-355/98, *Commission/Belgique*, Rec. 2000, p. I-1221, § 28 ; CJCE, arrêt du 7 juin 2007, aff. C-50/06, *Commission/Pays-Bas*, Rec. 2007, p. I-4383, § 43 (ces arrêts se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, ils doivent être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP. Cf. EPINEY/MOSTERS, 2008, p. 57 ; KADDOSU/TOBLER, 2007, p. 639). Voir également CJCE, arrêt du 10 juillet 2008, aff. C-33/07, *Jipa*, Rec. 2008, p. I-5157, § 24, concernant l'article 27 de la directive n° 2004/38 ; ATF 129 II 215 (222) ; ATF 130 II 176

grave par un Etat partie lorsque aucune mesure répressive n'est prise par ce dernier à l'égard de ses propres ressortissants¹²¹¹. Rappelons toutefois que les Etats n'ont pas le pouvoir de prendre des mesures d'éloignement à l'égard de leurs propres ressortissants¹²¹².

Les autorités nationales doivent entreprendre une « appréciation spécifique, portée sous l'angle des intérêts inhérents à la sauvegarde de l'ordre public, qui ne coïncide pas nécessairement avec les appréciations à l'origine des condamnations pénales »¹²¹³. En d'autres termes, seules peuvent être prises en considération les condamnations se basant sur des faits qui laissent apparaître l'existence d'une menace actuelle pour l'ordre public¹²¹⁴. Selon la Cour de justice, il est toutefois possible que le seul comportement passé d'une personne présente les conditions d'une pareille

(182) ; ATF 130 II 493 (498) ; ATAF, arrêt du 29 septembre 2008, C-92/2006 (c. 5.2).

¹²¹¹ Voir notamment CJCE, arrêt du 18 mai 1982, aff. 115/81 et 116/81, *Adoui et Cornuaille*, Rec. 1982, p. 1665, § 9 ; CJCE, arrêt du 26 novembre 2002, aff. C-100/01, *Olazabal*, Rec. 2002, p. I-10981, § 42 (cet arrêt se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, il doit être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP).

¹²¹² Pour la Suisse, cf. art. 25 Cst. féd. Voir notamment CJCE, arrêt du 18 mai 1982, aff. 115/81 et 116/81, *Adoui et Cornuaille*, Rec. 1982, p. 1665, § 8 ; CJCE, arrêt du 17 juin 1997, aff. C-65/95 et C-111/95, *Shingara et Radiom*, Rec. 1997, p. I-3343, § 28 ; CJCE, arrêt du 19 janvier 1999, aff. C-348/96, *Calfa*, Rec. 1999, p. I-11, § 20 ; CJCE, arrêt du 26 novembre 2002, aff. C-100/01, *Olazabal*, Rec. 2002, p. I-10981, § 40 (cet arrêt se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, il doit être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP). Voir également ATF 129 II 215 (222) ; ATF 130 II 176 (182-183) ; ATF 130 II 493 (498). Il y a toutefois lieu de mentionner la pratique très critiquable du Tribunal fédéral relative au renvoi d'enfants de nationalité suisse, cf. TF, arrêt du 25 septembre 2008, 2C_372/2008. Sur ce point, cf. SPESCHA, *Metock*, 2008, p. 1438-1439 et les références citées.

¹²¹³ TF, arrêt du 31 mai 2006, 2A. 39/2006 (c. 2.2).

¹²¹⁴ Voir notamment CJCE, arrêt du 27 octobre 1977, aff. 30/77, *Bouchereau*, Rec. 1977, p. 1999, § 27-28 ; CJCE, arrêt du 19 janvier 1999, aff. C-348/96, *Calfa*, Rec. 1999, p. I-11, § 24 ; CJCE, arrêt du 7 juin 2007, aff. C-50/06, *Commission/Pays-Bas*, Rec. 2007, p. I-4383, § 45 (cet arrêt se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, il doit être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP. Cf. EPINEY/MOSTERS, 2008, p. 57 ; KADDOUS/TOBLER, 2007, p. 639). Voir également ATF 130 II 176 (183-184) ; ATF 130 II 493 (499) ; TF, arrêt du 31 mai 2006, 2A. 39/2006 (c. 2.2) ; ATF 134 II 25 (30).

menace¹²¹⁵. L'appréciation du risque doit être entreprise en fonction de « l'ensemble des circonstances du cas et, en particulier, de la nature et de l'importance du bien juridique menacé ainsi que de la gravité de l'atteinte potentielle qui pourrait y être portée »¹²¹⁶. Il convient ainsi de prendre en considération l'âge, l'état de santé, les conditions familiales et économiques et, en ce qui concerne les mesures d'éloignement, la durée du séjour dans l'Etat d'accueil, le degré d'intégration sociale et culturelle dans l'Etat d'accueil ainsi que l'étendue des liens avec l'Etat d'origine¹²¹⁷.

II. Santé publique

Seules les maladies ou infirmités figurant dans la liste de l'Annexe A¹²¹⁸ de la directive 64/221 permettent de justifier le refus d'entrée sur le territoire ou la délivrance du premier titre de séjour (art. 4 al. 1 directive 64/221)¹²¹⁹. Cette liste est exhaustive¹²²⁰. Le point 4 de l'Annexe A mentionne toutefois les « autres maladies infectieuses ou parasitaires contagieuses pour autant qu'elles fassent, dans le pays d'accueil, l'objet de dispositions de protection à l'égard des nationaux » ; il constitue dès lors un renvoi dynamique¹²²¹. Les Etats membres ne doivent cependant pas

¹²¹⁵ CJCE, arrêt du 27 octobre 1977, aff. 30/77, *Bouchereau*, Rec. 1977, p. 1999, § 29. Voir également ATF 130 II 176 (183-184) ; TF, arrêt du 31 mai 2006, 2A. 39/2006 (c. 2.2).

¹²¹⁶ CJCE, arrêt 4 décembre 1974, aff. 41/74, *van Duyn*, Rec. 1974, p. 1337, § 19 ; CJCE, arrêt du 28 octobre 1975, aff. 36/75, *Rutili*, Rec. 1975, p. 1219, § 26-28 ; CJCE, arrêt du 27 octobre 1977, aff. 30/77, *Bouchereau*, Rec. 1977, p. 1999, § 33-35 ; CJCE, arrêt du 19 janvier 1999, aff. C-348/96, *Calfa*, Rec. 1999, p. I-11, § 20 ; CJCE, arrêt du 9 mars 2000, aff. C-355/98, *Commission/Belgique*, Rec. 2000, p. I-1221, § 28 (cet arrêt se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, il doit être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP). Voir également ATF 130 II 176 (185-186) ; ATF 130 II 493 (499-500) ; TF, arrêt du 31 mai 2006, 2A. 39/2006 (c. 2.2) ; ATF 134 II 25 (30).

¹²¹⁷ BRECHMANN, 2007, p. 743, § 96 ; Communication de la Commission, directive 64/221/CEE, COM (1999) 372, p. 14.

¹²¹⁸ L'Annexe B précise que la toxicomanie et les altérations psychoméntales peuvent mettre en danger l'ordre public et la sécurité publique, non pas la santé publique.

¹²¹⁹ La directive n° 2004/38 définit la santé publique à l'article 29. Il convient de souligner qu'elle ne mentionne plus les toxicomanies et les altérations psychoméntales (Annexe B de la directive 64/221). Cf. WINDISCH-GRAETZ, 2006, § 120.

¹²²⁰ DIETRICH, 1995, p. 505 ; WÖLKER/GRILL, 2003, p. 1381, § 139.

¹²²¹ DIETRICH, 1999, p. 505 ; WÖLKER/GRILL, 2003, p. 1381, § 139.

instaurer de nouvelles dispositions ou pratiques plus restrictives que celles en vigueur à la date de la notification de la présente directive (art. 4 al. 3 directives 64/221).

En vertu de l'article 4 al. 1 directive 64/221, les maladies ou infirmités survenant après la délivrance du premier titre de séjour ne sont pas susceptibles de justifier le refus du renouvellement du titre de séjour ou l'éloignement du territoire.

La Cour de justice a eu l'occasion de préciser la notion de santé publique. Selon elle, le motif de santé publique ne doit pas permettre aux Etats membres « de mettre le secteur de la santé publique, en tant que secteur économique et du point de vue de l'accès à l'emploi, à l'abri de l'application des principes de la libre circulation, mais de pouvoir refuser l'accès ou le séjour sur leur territoire à des personnes dont l'accès ou le séjour sur ce territoire constituerait, en tant que tel, un danger pour la santé publique »¹²²². La Cour a toutefois admis qu'il était possible pour les Etats membres de « restreindre la libre prestation des services médicaux et hospitaliers, dans la mesure où le maintien d'une capacité de soins ou d'une compétence médicale sur le territoire national est essentiel pour la santé publique, voire même pour la survie de la population »¹²²³. Soulignons par ailleurs que la Cour a admis que la diffusion de publicités télévisées pour des boissons alcooliques pouvait être interdite pour des raisons de santé publique¹²²⁴.

§ 3 Exclusion des motifs économiques

En vertu de l'article 2 al. 2 directive 64/221, les raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique ne peuvent être invoquées à des fins

¹²²² CJCE, arrêt 7 mai 1986, aff. 131/85, *Gül*, Rec. 1986, p. 1573, § 17. Voir également CJCE, arrêt du 28 avril 1998, aff. C-158/96, *Kohll*, Rec. 1998, p. I-1931, § 46.

¹²²³ CJCE, arrêt du 28 avril 1998, aff. C-158/96, *Kohll*, Rec. 1998, p. I-1931, § 46 ss.

¹²²⁴ CJCE, arrêt du 13 juillet 2004, aff. C-262/02, *Commission/France*, Rec. 2004, p. I-6569, § 30-31 ; CJCE, arrêt du 13 juillet 2004, aff. C-429/02, *Bacardi*, Rec. 2004, p. I-6613, § 37 (ces arrêts ne se contentent pas de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord. Ils constituent dès lors une jurisprudence postérieure participant à l'évolution du droit communautaire. A notre sens, ils correspondent toutefois au but de l'Accord et doivent donc être pris en considération).

économiques. Cette disposition ayant pour objet de limiter la portée de la réserve de l'ordre public, de la sécurité publique et de la santé publique, elle doit être interprétée largement¹²²⁵.

En excluant les motifs économiques, l'article 2 al. 2 interdit aux Etats membres d'invoquer l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique pour justifier des mesures relatives au marché du travail, pour faire valoir des motifs sociaux ou pour entreprendre des politiques démographiques¹²²⁶. Ainsi, à titre d'exemple, la réserve de l'ordre public ne permet pas aux Etats membres de justifier des mesures d'éloignement à l'encontre d'un travailleur car il a été victime d'un accident¹²²⁷ ou est tombé à la charge de l'assistance publique¹²²⁸. Il en va de même en ce qui concerne les motifs fiscaux. Ceux-ci doivent être exclus de la réserve d'ordre public en vertu de l'article 2 al. 2 directive 64/221¹²²⁹. Soulignons par ailleurs que le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que le fait de tomber à l'assistance publique ne constitue pas un motif d'ordre public¹²³⁰.

§ 4 Principe de proportionnalité

Les mesures d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique doivent enfin respecter le principe de proportionnalité. Selon la Cour de justice, elles doivent être propres à garantir la réalisation de l'objectif en cause et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet

¹²²⁵ DIETRICH, 1995, p. 502 ; SCHNEIDER, 1998, p. 111 ; WÖLKER/GRILL, 2003, p. 1379, § 133.

¹²²⁶ DIETRICH, 1995, p. 503 ; SCHNEIDER, 1998, p. 111. En ce qui concerne les politiques démographiques, il convient de réserver les mesures transitoires prévues par l'article 10 ALCP, cf. Partie I, Chapitre II, Section 3.

¹²²⁷ DIETRICH, 1995, p. 503.

¹²²⁸ ATF 131 II 339 (350).

¹²²⁹ CJCE, arrêt du 16 juillet 1998, aff. C-264/96, *ICI*, Rec. 1998, p. I-4695, § 28 ; CJCE, arrêt du 18 septembre 2003, aff. C-168/01, *Bosal Holding*, Rec. 2003, p. I-9409, § 42 (cet arrêt se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, il doit être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP).

¹²³⁰ ATF 131 II 339 (350) et les références citées.

objectif¹²³¹. Ainsi, l'autorité compétente doit examiner si d'autres mesures préventives ne peuvent pas être prononcées¹²³². Par ailleurs, la Commission a précisé – dans le cadre de sa communication au Conseil et au Parlement européen sur les mesures spéciales concernant le déplacement et le séjour des citoyens de l'Union qui sont justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique – que « le principe de proportionnalité exige que la mesure prise soit fondée, qu'il existe un équilibre entre la mesure mise en œuvre et l'objectif poursuivi, de même qu'entre les intérêts de la personne et ceux de l'Etat concerné »¹²³³.

Le Tribunal fédéral¹²³⁴ a également eu l'occasion de se prononcer sur le caractère proportionné des mesures – soulignons toutefois qu'en pratique le Tribunal fédéral n'a recouru à l'article 5 Annexe I-ALCP que dans le but de limiter la libre circulation des personnes et non dans celui de justifier des différences de traitement. Selon lui, il est nécessaire de prendre en considération l'ensemble des circonstances du cas¹²³⁵ et de procéder à une balance des intérêts. Il convient notamment d'examiner les circonstances personnelles de l'intéressé ainsi que sa situation familiale¹²³⁶.

¹²³¹ Voir notamment CJCE, arrêt 18 mai 1989, aff. 249/86, *Commission/Allemagne*, Rec. 1989, p. 1263, § 20 ; CJCE, arrêt du 10 mai 1995, aff. C-384/93, *Alpine Investments*, Rec. 1995, p. I-1141, § 45 ss ; CJCE, arrêt du 15 décembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. 1995, p. I-4921, § 104. Voir également CJCE, arrêt du 22 janvier 2002, aff. C-390/99, *Canal Satellite*, Rec. 2002, p. I-607, § 33 ss ; CJCE, arrêt du 15 septembre 2005, aff. C-464/02, *Commission/Danemark*, Rec. 2005, p. I-7929, § 53 ; CJCE, arrêt du 15 décembre 2005, aff. C-151/04 et C-152/04, *Nadin-Lux SA*, Rec. 2005, p. I-11203, § 39 (ces arrêts se contentent de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord ; ils doivent donc être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP. Cf. KADDOUS/TOBLER, 2006, p. 478).

¹²³² KIZILDAG, 2004, p. 483 ; NERAUDAU-D'UNIENVILLE, 2006, p. 444.

¹²³³ Communication de la Commission, directive 64/221/CEE, COM (1999) 372, p. 8.

¹²³⁴ Pour d'autres exemples, cf. ZÜND/ARQUINT HILL, 2009, p. 337-338, § 8.42.

¹²³⁵ ATF 130 II 176 (182) qui renvoie aux ATF 120 Ib 6 (12), ATF 122 II 433 (435) et ATF 125 II 521 (523). Pour analyse critique du procédé adopté par le Tribunal fédéral, cf. MOSER, 2003, p. 101, note 63.

¹²³⁶ ATF 130 II 176 (184) qui fait référence à la résolution du Parlement européen du 6 septembre 2000 relative aux mesures spéciales concernant le déplacement et le séjour des citoyens de l'Union qui sont justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique (JO n° C 135, 2001, p. 189, § 8).

Le Tribunal fédéral a, par exemple¹²³⁷, jugé que le membre de la famille d'un ressortissant communautaire condamné à 6 ans et 9 mois de réclusion pour infractions graves et contraventions à la LStup¹²³⁸ et ayant commis des violations répétées des règles de la circulation routière représente, bien qu'il ait séjourné en Suisse 19 ans – il a toutefois passé plus de 4 ans en détention et a toujours présenté une instabilité professionnelle et une situation financière précaire –, une menace réelle et actuelle pour l'ordre public. Le Tribunal fédéral est en effet d'avis que « la protection de la collectivité publique face au développement du marché de la drogue constitue incontestablement un intérêt public prépondérant justifiant l'éloignement d'un étranger qui s'est rendu coupable d'infraction grave à la loi sur les stupéfiants »¹²³⁹. Dans un autre arrêt, le Tribunal fédéral a considéré qu'un ressortissant français condamné à une peine de deux ans d'emprisonnement et à sept ans d'expulsion du territoire suisse, pour vols en bande et par métier, violations de domicile, utilisation frauduleuse d'un ordinateur, dommages à la propriété, conduite d'un véhicule en étant pris de boisson, violations graves des règles de la circulation routière et opposition aux actes de l'autorité ne représente pas une menace pour l'ordre public. Pour arriver à une telle conclusion, le Tribunal fédéral a pris en considération une attestation élogieuse établie par le directeur de l'établissement pénitentiaire, le fait que le recourant a bénéficié, devant la Cour correctionnelle, de la circonstance atténuante du repentir sincère et qu'il a conclu un contrat de travail d'une durée indéterminée¹²⁴⁰. Dans une affaire de fraude fiscale, le Tribunal fédéral a précisé que l'impossibilité d'écarter tout risque de récidive dans un cas particulier ne permet pas de conclure à la présence d'une menace actuelle pour l'ordre public¹²⁴¹. Le Tribunal fédéral a également eu l'occasion de souligner que les infractions aux règles de la circulation routière peuvent être considérées comme suffisamment graves pour justifier des mesures d'éloignement, « la conduite en état d'ivresse compromet[tant] gravement la sécurité publique et demeure[ant], aujourd'hui encore, l'une des principales causes des accidents

¹²³⁷ Pour d'autres exemples, cf. KADDOUS/TOBLER, 2007, p. 657 ss ainsi que, des mêmes auteures, 2008, p. 371 ss.

¹²³⁸ Loi fédérale du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants et les substances psychotropes, RS 812.121.

¹²³⁹ TF, arrêt du 8 octobre 2007, 2C_269/2007 (c. 4). Voir également notamment ATF 129 II 215 (220 ss) ; TF, arrêt du 18 octobre 2005, 2A. 315/2005 (c. 3 et 4).

¹²⁴⁰ TF, arrêt du 19 mars 2007, 2A.7/2007 (c. 5.3).

¹²⁴¹ ATF 134 II 25 (29-30).

mortels sur la route »¹²⁴². Soulignons encore que, contrairement à l'avis du Parlement européen¹²⁴³, le Tribunal fédéral a jugé que rien ne s'oppose à l'adoption de mesures d'éloignement sur la base de l'article 5 Annexe I-ALCP à l'encontre des étrangers de la deuxième génération¹²⁴⁴. Dans de tels cas, l'expulsion ne peut toutefois « être prononcée qu'avec retenue »¹²⁴⁵.

Il convient enfin de mentionner que le principe de proportionnalité doit également être pris en considération lors de l'application de mesures justifiées par des raisons de santé publique. A cet égard, le fait que les règles appliquées par un Etat membre soient moins strictes que celles applicables dans un autre Etat membre ne permet pas de conclure de manière automatique que ces dernières sont disproportionnées¹²⁴⁶.

§ 5 Motifs d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique susceptibles d'être invoqués par les particuliers ?

Dans le cadre du chapitre consacré à l'identification des destinataires des principes de libre circulation et de non-discrimination, nous avons pu constater que la Cour de justice considère que rien n'empêche les particu-

¹²⁴² TF, arrêt du 31 mai 2006, 2A. 39/2006 (c. 2.3).

¹²⁴³ Le Parlement européen estime que « les ressortissants de pays tiers qui sont nés dans le pays de séjour ou qui y habitent depuis leur enfance, et les personnes établies de longue date qui ont des liens culturels, sociaux et familiaux dans le pays de séjour ou sont mineurs, ne sauraient être expulsés » (Résolution du Parlement, Raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique, JO n° C 135, 2001, p. 189, point 9). Voir également l'article 28 al. 2 et 3 let. a de la directive n° 2004/38/CE qui prévoit que les citoyens de l'Union au bénéfice d'un droit de séjour permanent ne peuvent se voir expulsés que pour des motifs *graves* d'ordre public ou de sécurité publique et que seules des *raisons impérieuses* de sécurité publique peuvent justifier des mesures d'éloignement à l'encontre des ressortissants communautaires séjournant depuis dix ans sur le territoire d'un autre Etat membre (BARNARD, 2007, p. 468 ; KADDOUS/TOBLER, 2007, p. 660).

¹²⁴⁴ ATF 130 II 176 (190-191) et les références citées. Voir également TF, arrêt du 21 juin 2005, 2A. 30/2005 (c. 3.2).

¹²⁴⁵ TF, arrêt du 2 avril 2008, 2C_625/2007 (c. 8.3).

¹²⁴⁶ CJCE, arrêt du 12 décembre 1996, aff. C-3/95, *Reisebüro Broede*, Rec. 1996, p. I-6511, § 42 ; CJCE, arrêt du 11 juillet 2002, aff. C-294/00, *Gräbner*, Rec. 2002, p. I-6515, § 46 (cet arrêt se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, il doit être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP).

liers de se prévaloir des justifications tirées de l'ordre public, de la sécurité publique et de la santé publique¹²⁴⁷. Cette interprétation est transposable à l'Accord. Cela dit, les cas dans lesquels des particuliers seront en mesure de se prévaloir valablement de tels motifs justificatifs devraient rester relativement rares en pratique¹²⁴⁸. En effet, les relations de droit privé sont principalement motivées par des intérêts privés, notamment économiques ; les particuliers agissent plus rarement dans un but d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique¹²⁴⁹. Au reste, lorsque tel est le cas, ils assument souvent une tâche de l'Etat, le cas échéant sur la base d'une délégation étatique, si bien qu'ils n'agissent pas véritablement comme des particuliers dans des relations soumises au droit privé.

Section 2 Exercice de la puissance publique

A l'instar du Traité CE aux articles 39 al. 4, 45 al. 1 et 55 TCE, l'Accord permet d'exclure de son champ d'application les activités économiques participant à l'exercice de la puissance publique. L'article 10 Annexe I-ALCP prévoit la possibilité pour les Etats membres de « refuser le droit aux ressortissants d'autres Etats membres d'occuper un emploi dans l'administration publique lié à l'exercice de la puissance publique et destiné à sauvegarder les intérêts généraux de l'Etat ou d'autres collectivités publiques » et les articles 16 et 22 al. 1 Annexe I-ALCP permettent aux Etats membres de refuser le droit aux indépendants, et aux prestataires de services, « de pratiquer une activité participant, même à titre occasionnel, à l'exercice de la puissance publique ». Ces différentes dispositions s'inspirant du droit communautaire, la jurisprudence de la Cour de justice doit être prise en considération lors de leur interprétation (art. 16 al. 2 ALCP)¹²⁵⁰.

¹²⁴⁷ CJCE, arrêt du 15 décembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. 1995, p. I-4921, § 86. Cf. Partie II, Chapitre V, Section 2, § 2, II., B., 1., c.

¹²⁴⁸ HONEGGER, 2005, p. 261 ; MÜHL, 2004, p. 304 ; STREINZ/LEIBLE, 2000, p. 461.

¹²⁴⁹ HONEGGER, 2005, p. 261 ; STREINZ/LEIBLE, 2000, p. 461 et 463.

¹²⁵⁰ Dans le même sens, BENESCH, 2007, p. 170-171 ; EPINEY/MOSTERS, 2007, p. 112.

§ 1 Emploi salarié dans l'administration publique (art. 10 Annexe I-ALCP)

Contrairement aux notions d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, la notion d'administration publique doit faire l'objet d'une interprétation et d'une application uniforme et ne doit pas être laissée à l'appréciation des Etats membres¹²⁵¹.

Par ailleurs, vu qu'elle constitue également une exception aux principes de libre circulation et de non-discrimination, elle doit faire l'objet d'une interprétation restrictive et respecter le principe de proportionnalité : sa portée ne doit dès lors pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour préserver les intérêts des Etats membres que cette disposition doit protéger¹²⁵².

I. Portée de l'article 10 Annexe I-ALCP

Préalablement à l'analyse de la notion d'emploi dans l'administration publique, il convient de souligner que la clause d'exception permet uniquement de refuser aux ressortissants étrangers l'accès à certaines activités dans l'administration publique. En revanche, cette disposition ne permet pas de justifier des mesures discriminatoires en matière de rémunération ou concernant les autres conditions de travail à l'encontre des travailleurs ressortissants d'autres Etats membres qui auraient été employés au service de l'administration¹²⁵³.

¹²⁵¹ Voir notamment CJCE, arrêt 17 décembre 1980, aff. 149/79, *Commission/Belgique*, Rec. 1980, p. 3881, § 18 ; CJCE, arrêt du 2 juillet 1996, aff. C-473/93, *Commission/Luxembourg*, Rec. 1996, p. I-3207, § 26.

¹²⁵² Voir notamment CJCE, arrêt du 12 février 1974, aff. 152/73, *Sotgiu*, Rec. 1974, p. 153, § 4 ; CJCE, arrêt du 3 juillet 1986, aff. 66/85, *Lawrie-Blum*, Rec. 1986, p. 2121, § 26 ; CJCE, arrêt du 16 juin 1987, aff. 225/85, *Commission/Italie*, Rec. 1987, p. 2625, § 7.

¹²⁵³ Voir notamment CJCE, arrêt du 12 février 1974, aff. 152/73, *Sotgiu*, Rec. 1974, p. 153, § 4 ; CJCE, arrêt du 16 juin 1987, aff. 225/85, *Commission/Italie*, Rec. 1987, p. 2625, § 11 ; CJCE, arrêt du 30 mai 1989, aff. 33/88, *Allué I*, Rec. 1989, p. 1591, § 8 ; CJCE, arrêt du 30 novembre 2000, aff. C-195/98, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, Rec. 2000, p. I-10497, § 37 ; CJCE, arrêt du 26 avril 2007, aff. C-392/05, *Alezivos*, Rec. 2007, p. I-3505, § 70 (ces arrêts se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, ils doivent être pris en

II. Notion d'emploi dans l'administration publique

La qualification d'emploi dans l'administration publique ne dépend pas de la nature juridique du lien qui unit le travailleur à l'administration. Il importe peu de savoir si un travailleur est engagé en qualité d'employé ou de fonctionnaire ou encore si son contrat de travail relève du droit public ou du droit privé. La qualification juridique d'une relation de travail variant d'un Etat à l'autre, un tel critère ne permet pas de fournir une interprétation uniforme¹²⁵⁴.

A. Critère fonctionnel

Le critère de qualification doit être fonctionnel et tenir compte de la nature des tâches et de la responsabilité qu'elles engendrent¹²⁵⁵. Ainsi, la notion d'administration publique couvre les emplois qui participent, de manière directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et qui ont pour fonction de sauvegarder les intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques. Ces emplois se caractérisent par un rapport particulier de solidarité de la part de leurs titulaires à l'égard de l'Etat ainsi qu'une réciprocité de droits et devoirs qui sont le fondement du lien de nationalité¹²⁵⁶. En revanche, l'exception ne concerne pas les emplois qui,

considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP. Cf. KADDOUS/TOBLER, 2007, p. 640).

¹²⁵⁴ Voir notamment CJCE, arrêt du 12 février 1974, aff. 152/73, *Sotgiu*, Rec. 1974, p. 153, § 5 ; CJCE, arrêt du 3 juillet 1986, aff. 66/85, *Lawrie-Blum*, Rec. 1986, p. 2121, § 26 ; CJCE, arrêt du 16 juin 1987, aff. 225/85, *Commission/Italie*, Rec. 1987, p. 2625, § 8.

¹²⁵⁵ Voir notamment CJCE, arrêt 3 juin 1986, aff. 307/84, *Commission/France*, Rec. 1986, p. 1725, § 12 ; CJCE, arrêt du 3 juillet 1986, aff. 66/85, *Lawrie-Blum*, Rec. 1986, p. 2121, § 27.

¹²⁵⁶ Voir notamment CJCE, arrêt 17 décembre 1980, aff. 149/79, *Commission/Belgique*, Rec. 1980, p. 3881, § 10 ; CJCE, arrêt du 3 juillet 1986, aff. 66/85, *Lawrie-Blum*, Rec. 1986, p. 2121, § 27 ; CJCE, arrêt du 2 juillet 1996, aff. C-473/93, *Commission/Luxembourg*, Rec. 1996, p. I-3207, § 2 ; CJCE, arrêt du 2 juillet 1996, aff. C-173/94, *Commission/Belgique*, Rec. 1996, p. I-3265, § 2 ; CJCE, arrêt du 2 juillet 1996, aff. C-290/94, *Commission/Grèce*, Rec. 1996, p. I-3285, § 2 ; CJCE, arrêt du 30 septembre 2003, aff. C-47/02, *Anker e.a.*, Rec. 2003, p. I-10447, § 58 ; CJCE, arrêt du 26 avril 2007, aff. C-392/05, *Alevizos*, Rec. 2007, p. I-3505, § 70 (ces arrêts se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, ils doivent être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP. Cf. KADDOUS/TOBLER, 2007, p. 640).

bien que relevant de l'Etat ou d'autres organismes de droit public, ne participent pas à la réalisation de tâches relevant de l'administration publique proprement dite¹²⁵⁷.

B. Conditions

Il ne ressort pas clairement de la jurisprudence communautaire si les conditions « d'exercice de la puissance publique » et de « sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat » doivent s'appliquer de manière cumulative ou alternative¹²⁵⁸. Selon la doctrine majoritaire, ces deux conditions doivent s'appliquer de manière cumulative¹²⁵⁹. Une telle interprétation se déduit non seulement de l'utilisation par la Cour du connecteur « et » dans la majorité des arrêts relatifs à cette notion, mais encore du principe selon lequel les exceptions doivent faire l'objet d'une interprétation restrictive¹²⁶⁰. En ce qui concerne l'ALCP, l'article 10 Annexe I-ALCP prévoit expressément ces deux conditions et les lie par le connecteur « et ». Elles doivent dès lors également s'appliquer de manière cumulative¹²⁶¹.

Par ailleurs, la Cour juge que l'application de l'article 39 al. 4 TCE « doit être limitée à ce qui est strictement nécessaire à la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat membre concerné, laquelle ne saurait être mise en péril si des prérogatives de puissance publique n'étaient exercées que de façon sporadique, voire exceptionnelle, par des ressortissants d'autres Etats membres »¹²⁶². La Cour soumet dès lors l'application de l'exception de l'administration publique à une condition temporelle¹²⁶³.

¹²⁵⁷ Voir notamment CJCE, arrêt du 2 juillet 1996, aff. C-473/93, *Commission/Luxembourg*, Rec. 1996, p. I-3207, § 2 ; CJCE, arrêt du 2 juillet 1996, aff. C-173/94, *Commission/Belgique*, Rec. 1996, p. I-3265, § 2 ; CJCE, arrêt du 2 juillet 1996, aff. C-290/94, *Commission/Grèce*, Rec. 1996, p. I-3285, § 2.

¹²⁵⁸ BRECHMANN, 2007, p. 747, § 105 ; HAILBRONNER, 2000, p. 130.

¹²⁵⁹ BENESCH, 2007, p. 171 ; HAILBRONNER, 2000, p. 130 ; SCHEUER, 2006, p. 668, § 85 et les références citées in : BRECHMANN, 2007, p. 747, § 106, note 345 et WÖLKER/GRILL, 2003, p. 1390, § 158, note 612. Contra : DIETRICH, 1995, p. 256-258.

¹²⁶⁰ BRECHMANN, 2007, p. 748-749, § 106-107.

¹²⁶¹ Dans le même sens, BENESCH, 2007, p. 171.

¹²⁶² CJCE, arrêt du 30 septembre 2003, aff. C-405/01, *Marina Mercante Española*, Rec. 2003, p. I-10391, § 44. Voir également CJCE, arrêt du 30 septembre 2003, aff. C-47/02, *Anker e.a.*, Rec. 2003, p. I-10447, § 62-64 ; CJCE, arrêt du 11 mars 2008, aff. C-89/07, *Commission/France*, Rec. 2008, p. I-45 (publication sommaire), § 14 (ces arrêts ne se contentent pas de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord. Ils constituent dès lors une jurisprudence postérieure

Selon la Cour, il n'est pas possible d'exclure des secteurs entiers du champ d'application des principes de libre circulation et de non-discrimination. Chaque emploi doit faire l'objet d'un examen au cas par cas¹²⁶⁴. Ainsi, la généralité des postes dans les secteurs de la recherche effectuée à des fins civiles¹²⁶⁵, de la santé¹²⁶⁶, de l'enseignement public¹²⁶⁷, des transports maritimes et aériens¹²⁶⁸, des chemins de fer, des transports publics urbains et régionaux¹²⁶⁹, des postes¹²⁷⁰, des télécommunications et de la radiotélévision¹²⁷¹, dans le secteur musical et lyrique¹²⁷²

participant à l'évolution du droit communautaire. A notre sens, ces arrêts correspondent toutefois au but de l'Accord, ils doivent donc être pris en considération. Dans le même sens, EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2004, p. 99).

¹²⁶³ HENSSLER/KILIAN, 2005, p. 206.

¹²⁶⁴ CJCE, arrêt du 2 juillet 1996, aff. C-473/93, *Commission/Luxembourg*, Rec. 1996, p. I-3207, § 28 et 47 ; CJCE, arrêt du 2 juillet 1996, aff. C-173/94, *Commission/Belgique*, Rec. 1996, p. I-3265, § 19 ; CJCE, arrêt du 2 juillet 1996, aff. C-290/94, *Commission/Grèce*, Rec. 1996, p. I-3285, § 36.

¹²⁶⁵ CJCE, arrêt du 16 juin 1987, aff. 225/85, *Commission/Italie*, Rec. 1987, p. 2625, § 9 ; CJCE, arrêt du 2 juillet 1996, aff. C-473/93, *Commission/Luxembourg*, Rec. 1996, p. I-3207, § 31 ; CJCE, arrêt du 2 juillet 1996, aff. C-290/94, *Commission/Grèce*, Rec. 1996, p. I-3285, § 39.

¹²⁶⁶ CJCE, arrêt 17 décembre 1980, aff. 149/79, *Commission/Belgique*, Rec. 1980, p. 3881, § 9 ; CJCE, arrêt 3 juin 1986, aff. 307/84, *Commission/France*, Rec. 1986, p. 1725, § 13.

¹²⁶⁷ CJCE, arrêt du 3 juillet 1986, aff. 66/85, *Lawrie-Blum*, Rec. 1986, p. 2121, § 28 ; CJCE, arrêt du 30 mai 1989, aff. 33/88, *Allué I*, Rec. 1989, p. 1591, § 8 ; CJCE, arrêt du 27 novembre 1991, aff. C-4/91, *Bleis*, Rec. 1991, p. I-5627, § 7 ; CJCE, arrêt du 2 juillet 1996, aff. C-473/93, *Commission/Luxembourg*, Rec. 1996, p. I-3207, § 34 ; CJCE, arrêt du 30 novembre 2000, aff. C-195/98, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, Rec. 2000, p. I-10497, § 37 (cet arrêt se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, il doit être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP).

¹²⁶⁸ CJCE, arrêt du 1^{er} décembre 1993, aff. C-37/93, *Commission/Belgique*, Rec. 1993, p. I-6295, § 5 ; CJCE, arrêt du 2 juillet 1996, aff. C-290/94, *Commission/Grèce*, Rec. 1996, p. I-3285, § 34 et 39.

¹²⁶⁹ CJCE, arrêt du 2 juillet 1996, aff. C-290/94, *Commission/Grèce*, Rec. 1996, p. I-3285, § 34 et 39.

¹²⁷⁰ CJCE, arrêt du 2 juillet 1996, aff. C-473/93, *Commission/Luxembourg*, Rec. 1996, p. I-3207, § 31 et 50 ; CJCE, arrêt du 2 juillet 1996, aff. C-290/94, *Commission/Grèce*, Rec. 1996, p. I-3285, § 34.

¹²⁷¹ CJCE, arrêt du 2 juillet 1996, aff. C-290/94, *Commission/Grèce*, Rec. 1996, p. I-3285, § 34.

¹²⁷² CJCE, arrêt du 2 juillet 1996, aff. C-290/94, *Commission/Grèce*, Rec. 1996, p. I-3285, § 34.

ainsi que dans les services de distribution d'eau, de gaz et d'électricité¹²⁷³ ne peuvent pas être qualifiés de manière globale et sans examen particulier d'emploi de l'administration publique¹²⁷⁴.

La Commission s'est prononcée – dans le cadre son action en matière d'application de l'article 39 al. 4 TCE – sur la portée de l'exception relative aux emplois dans l'administration publique. Selon elle, l'exception couvre les fonctions spécifiques de l'Etat et des collectivités assimilables telles que les forces armées, la police et les autres forces de l'ordre ; la magistrature ; l'administration fiscale et la diplomatie. Elle vise également les emplois relevant des ministères de l'Etat, des gouvernements régionaux, des collectivités territoriales et autres organismes assimilés, des banques centrales et d'autres personnes morales de droit public compétentes pour l'élaboration des actes juridiques, la mise en exécution de ces actes, le contrôle de leur application et la tutelle des organismes dépendants¹²⁷⁵.

C. Exceptions prévues par la loi fédérale sur le personnel de la Confédération

Avant de conclure l'analyse de l'article 10 Annexe I-ALCP, il se justifie d'examiner l'article 8 al. 3 LPers¹²⁷⁶. Selon cette disposition, lorsque l'accomplissement de tâches impliquant l'exercice de la puissance publique l'exige, le Conseil fédéral peut – par voie d'ordonnance – soumettre l'accès à un emploi à une condition de nationalité. Sur la base de cette disposition, le Conseil fédéral a édicté les articles 23 al. 1 et 24 al. 2 OPers¹²⁷⁷. Selon l'article 23 al. 1, la nationalité suisse peut être exigée :

- par le Département fédéral de justice et police pour le personnel affecté à la lutte internationale contre la criminalité et le personnel

¹²⁷³ CJCE, arrêt du 2 juillet 1996, aff. C-473/93, *Commission/Luxembourg*, Rec. 1996, p. I-3207, § 31 et 50 ; CJCE, arrêt du 2 juillet 1996, aff. C-173/94, *Commission/Belgique*, Rec. 1996, p. I-3265, § 24 ; CJCE, arrêt du 2 juillet 1996, aff. C-290/94, *Commission/Grèce*, Rec. 1996, p. I-3285, § 39.

¹²⁷⁴ CJCE, arrêt du 2 juillet 1996, aff. C-473/93, *Commission/Luxembourg*, Rec. 1996, p. I-3207, § 31 ; CJCE, arrêt du 2 juillet 1996, aff. C-290/94, *Commission/Grèce*, Rec. 1996, p. I-3285, § 34 et 39.

¹²⁷⁵ Action de la Commission, art. 48 al. 4 (JO n° C 72, 1988, p. 3).

¹²⁷⁶ Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000, RS 172.220.1.

¹²⁷⁷ Ordonnance sur le personnel de la Confédération du 3 juillet 2001, RS 172.220.111.3.

employé dans la police ou auprès d'autorités chargées de la poursuite pénale ;

- par le Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports pour le personnel affecté à la défense nationale ;
- par le Département fédéral des affaires étrangères pour le personnel affecté à la représentation de la Suisse à l'étranger ;
- par le Département fédéral des finances pour le personnel membre du corps des gardes-frontière ;
- par les différents départements pour le personnel représentant la Suisse lors de négociations internationales.

L'article 24 al. 1 OPers prévoit quant à lui que les membres du personnel du Département des affaires étrangères soumis à la discipline des transferts¹²⁷⁸ ne peuvent être engagés pour une durée indéterminée que s'ils possèdent exclusivement la nationalité suisse.

Selon nous – et sur la base des considérations qui précèdent –, ces dispositions sont compatibles avec l'article 10 Annexe I-ALCP¹²⁷⁹. En effet, les activités concernées relèvent des ministères de l'Etat et participent dès lors à l'exercice de la puissance publique. Par ailleurs, elles ont pour fonction de sauvegarder les intérêts généraux de la Suisse face à l'étranger et se caractérisent par un rapport particulier à l'égard de l'Etat. Enfin, ces dispositions respectent le principe de proportionnalité dans la mesure où elles imposent une condition de nationalité uniquement « lorsque l'accomplissement de tâches impliquant l'exercice de la puissance publique l'exige » (art. 8 al. 3 LPers).

¹²⁷⁸ En ce qui concerne la discipline des transferts, cf. art. 132 de l'ordonnance du DFAE du 20 septembre 2002 concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (O-OPers – DFAE), RS 172.220.111.343.3.

¹²⁷⁹ Dans le même sens, Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p. 5654 ; Message du 14 décembre 1998 concernant la loi sur le personnel de la Confédération, FF 1999, p. 1434 et 1459. Voir également HÄNNI, 2004, p. 18, § 51.

§ 2 Activités indépendantes et prestations de services participant à l'exercice de la puissance publique (art. 16 et 22 al. 1 Annexe I-ALCP)

De même que l'article 10 Annexe I-ALCP, les articles 16 et 22 al. 1 Annexe I-ALCP s'inspirent des dispositions communautaires, de sorte qu'il convient de prendre en considération la jurisprudence de la Cour de justice relative aux articles 45 al. 1 et 55 TCE lors de leur interprétation (art. 16 al. 2 ALCP).

Par ailleurs, la notion d'activité participant à l'exercice de la puissance publique ne doit pas être laissée à l'entière discrétion des Etats membres¹²⁸⁰ et doit – en tant qu'exception aux principes de libre circulation et de non-discrimination – être interprétée de manière restrictive¹²⁸¹.

I. Notion d'activité

En ce qui concerne la notion d'activité, il s'agit de déterminer si elle englobe une profession dans son ensemble ou si la clause d'exception doit s'appliquer aux seules activités inhérentes à cette profession qui participent à l'exercice de l'autorité publique¹²⁸². Selon la Cour, la clause d'exception doit s'appliquer aux seules activités participant à l'exercice de l'autorité publique lorsque ces activités « constituent un élément détachable de l'ensemble de l'activité professionnelle en cause »¹²⁸³. En revanche, la profession entière peut être exclue du champ d'application des principes de libre circulation et de non-discrimination lorsque les activités participant à l'exercice de la puissance publique ne sont pas détachables. Dans le cas contraire, les Etats membres se verraient contraints d'accorder le

¹²⁸⁰ Voir notamment CJCE, arrêt du 21 juin 1974, aff. 2/74, *Reyners*, Rec. 1974, p. 631, § 50.

¹²⁸¹ Voir notamment CJCE, arrêt du 21 juin 1974, aff. 2/74, *Reyners*, Rec. 1974, p. 631, § 43 ; CJCE, arrêt du 15 mars 1988, aff. 147/86, *Commission/Grèce*, Rec. 1988, p. 1637, § 8.

¹²⁸² Voir notamment CJCE, arrêt du 21 juin 1974, aff. 2/74, *Reyners*, Rec. 1974, p. 631, § 34.

¹²⁸³ CJCE, arrêt du 21 juin 1974, aff. 2/74, *Reyners*, Rec. 1974, p. 631, § 46. Voir également CJCE, arrêt du 13 juillet 1993, aff. C-42/92, *Thijssen*, Rec. 1993, p. I-4047, § 8.

droit de participer à l'exercice de l'autorité publique aux ressortissants d'autres Etats membres¹²⁸⁴.

A titre d'exemple, seules les activités détachables de la profession d'avocat participant à l'autorité publique – telles que les activités de juge suppléant ou de membre du conseil de l'ordre des avocats – sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application de la réserve consacrée à l'article 45 TCE¹²⁸⁵.

II. Notion de puissance publique

La notion de puissance publique n'est pas définie de manière autonome par le droit communautaire. Son interprétation repose sur le droit des Etats membres, mais dans les limites imposées par le droit communautaire¹²⁸⁶. Ainsi, le simple fait qu'une profession fasse l'objet d'une réglementation de droit public dans un Etat membre ne permet pas d'en déduire qu'elle participe à l'exercice de la puissance publique¹²⁸⁷. Selon la Cour de justice, seules les « activités qui, prises en elles-mêmes, constituent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique » entrent dans le champ d'application de la clause d'exception¹²⁸⁸. Le fait d'être investi d'un pouvoir de contrainte constitue un indice important¹²⁸⁹.

¹²⁸⁴ Voir notamment CJCE, arrêt du 21 juin 1974, aff. 2/74, *Reyners*, Rec. 1974, p. 631, § 45.

¹²⁸⁵ CARLIER, 2007, p. 113, § 71.

¹²⁸⁶ Selon la Cour, « l'application éventuelle des restrictions à la liberté d'établissement prévues par l'article 45 [55] doit dès lors être appréciée séparément, pour chaque Etat membre, au regard des dispositions nationales applicables à l'organisation et à l'exercice de cette profession. [...] Cette appréciation doit cependant tenir compte du caractère communautaire des limites posées par l'article 45 [55] aux exceptions permises au principe de la liberté d'établissement, afin d'éviter que l'effet utile du traité ne soit déjoué par des dispositions unilatérales des Etats membres » (CJCE, arrêt du 21 juin 1974, aff. 2/74, *Reyners*, Rec. 1974, p. 631, § 49-50). Voir également HIRSCH, 2000, p. 736 ; HEMPEL, 2003, § 10 ; TIEDJE/TROBERG, 2003, p. 1549, § 5-6.

¹²⁸⁷ BRÖHMER, 2007, p. 797, § 4.

¹²⁸⁸ CJCE, arrêt du 21 juin 1974, aff. 2/74, *Reyners*, Rec. 1974, p. 631, § 45. Voir également CJCE, arrêt du 29 octobre 1998, aff. C-114/97, *Commission/Espagne*, Rec. 1998, p. I-6717, § 35 ; CJCE, arrêt du 9 mars 2000, aff. C-355/98, *Commission/Belgique*, Rec. 2000, p. I-1221, § 25 ; CJCE, arrêt du 31 mai 2001, aff. C-283/99, *Commission/Italie*, Rec. 2001, p. I-4363, § 20 ; CJCE, arrêt du 18 décembre 2007, aff. C-281/06, *Jundt*, Rec. 2007, p. I-12231, § 37 (ces arrêts se contentant de

Il convient également de noter que l'application de la réserve de la puissance publique est soumise au respect du principe de proportionnalité. Selon la Cour, vu que cette réserve constitue une dérogation à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services, elle doit « recevoir une interprétation qui limite sa portée à ce qui est strictement nécessaire pour sauvegarder les intérêts que cette disposition permet aux Etats membres de protéger »¹²⁹⁰. Ainsi, l'exigence de nationalité ne respecte pas le principe de proportionnalité lorsque l'autorité publique dispose de moyens utiles pour assurer la sauvegarde des intérêts dont elle a la charge¹²⁹¹.

A notre connaissance, la Cour n'a pas eu l'occasion d'admettre l'application de l'article 45 TCE. Au contraire, dans l'ensemble des arrêts qui traitent de la question, la Cour exclut l'application de cette disposition¹²⁹². Ainsi, à titre d'exemple, la Cour juge que les activités exercées par les avocats ne sont pas liées à l'exercice de la puissance publique¹²⁹³. Il en va de même des activités des entreprises et du personnel de sécurité si ceux-ci ne sont pas investis de pouvoirs de contrainte – la simple contribution au maintien de la sécurité publique ne participant pas à l'exercice de l'autorité publique¹²⁹⁴. Par ailleurs, la Cour estime que la création par une personne privée d'une école professionnelle ou la dispense d'un enseignement à domicile ne contribuent pas à l'exercice de l'autorité publique¹²⁹⁵. Tel est également le cas des activités relatives à la conception, au logiciel et à la gestion de systèmes informatiques, celles-ci étant « de nature technique et, partant, étrangères à l'exercice de l'autorité publique »¹²⁹⁶. Quant aux activités d'expertises en matière d'accidents de

préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, ils doivent être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP).

¹²⁸⁹ CJCE, arrêt du 29 octobre 1998, aff. C-114/97, *Commission/Espagne*, Rec. 1998, p. I-6717, § 37.

¹²⁹⁰ CJCE, arrêt du 15 mars 1988, aff. 147/86, *Commission/Grèce*, Rec. 1988, p. 1637, § 7.

¹²⁹¹ CJCE, arrêt du 15 mars 1988, aff. 147/86, *Commission/Grèce*, Rec. 1988, p. 1637, § 10.

¹²⁹² HENSSLER/KILIAN, 2005, p. 206.

¹²⁹³ CJCE, arrêt du 21 juin 1974, aff. 2/74, *Reyners*, Rec. 1974, p. 631, § 55.

¹²⁹⁴ CJCE, arrêt du 29 octobre 1998, aff. C-114/97, *Commission/Espagne*, Rec. 1998, p. I-6717, § 37.

¹²⁹⁵ CJCE, arrêt du 15 mars 1988, aff. 147/86, *Commission/Grèce*, Rec. 1988, p. 1637, § 9.

¹²⁹⁶ CJCE, arrêt du 5 décembre 1989, aff. 3/88, *Commission/Italie*, Rec. 1989, p. 4035, § 13.

la circulation routière, la Cour considère que, vu qu'elles ne lient pas les tribunaux et ne limitent pas le pouvoir d'appréciation des autorités judiciaires et juridictionnelles, elles ne sont pas liées à l'exercice de l'autorité publique¹²⁹⁷. La Cour s'est également penchée sur les activités de commissaire agréé auprès des entreprises d'assurances et des institutions privées de prévoyance. Puisque la décision définitive appartient, dans le système en cause, à l'Office de contrôle des assurances, le commissaire ne bénéficie, selon la Cour, que d'un rôle auxiliaire et préparatoire ne pouvant être considéré comme une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique¹²⁹⁸.

III. Notariat

Contrairement à la profession d'avocat qui fait l'objet de réglementations nationales¹²⁹⁹ et communautaires¹³⁰⁰ relatives à la libre circulation¹³⁰¹, le notariat est encore soumis dans différents Etats européens¹³⁰² à une clause

¹²⁹⁷ CJCE, arrêt du 10 décembre 1991, aff. C-306/89, *Commission/Grèce*, Rec. 1991, p. I-5863, § 7.

¹²⁹⁸ CJCE, arrêt du 13 juillet 1993, aff. C-42/92, *Thijssen*, Rec. 1993, p. I-4047, § 21-22.

¹²⁹⁹ En Suisse, voir la Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats, RS 935.61.

¹³⁰⁰ Directive 77/249/CEE du Conseil, du 22 mars 1977, tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats (JO n° L 78, 1977, p. 17) ; Directive 89/48/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans (JO n° L 19, 1989, p. 16) ; Directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise (JO n° L 77, 1998, p. 36).

¹³⁰¹ Selon la Commission, la directive 89/48 relative à la reconnaissance des diplômes doit également s'appliquer à la profession de notaire [Communiqué de presse de la Commission européenne du 12 octobre 2006 (IP/06/1385) ; Communiqué de presse de la Commission européenne du 27 juin 2007 (IP/07/915)].

¹³⁰² Tels que l'Autriche, la Belgique, la France, l'Allemagne, la Grèce et le Luxembourg [Communiqué de presse de la Commission européenne du 12 octobre 2006 (IP/06/1385) ; Communiqué de presse de la Commission européenne du 27 juin 2007 (IP/07/915)]. A titre d'exemple, la loi allemande sur la profession de notaire accorde aux seuls ressortissants allemands bénéficiant des qualifications prévues par la loi judiciaire allemande le titre de notaire (« Zum Notar darf nur ein deutscher Staatsangehöriger bestellt werden, der die Befähigung zum Richteramt nach dem Deutschen

de nationalité et exclu des principes de libre circulation et de non-discrimination¹³⁰³. En Suisse, les cantons ne sont pas soumis à l'obligation de reconnaître les titres de notaire conférés par d'autres cantons¹³⁰⁴. Par ailleurs, la profession de notaire ne bénéficie pas, selon le Tribunal fédéral, des garanties tirées de la liberté économique et n'est pas dans le champ d'application de la loi sur le marché intérieur¹³⁰⁵. La majorité des cantons prévoient enfin une clause de nationalité¹³⁰⁶. A titre d'exemple, l'article 17 al. 1 ch. 2 de la loi vaudoise sur le notariat¹³⁰⁷ soumet l'obtention de la patente vaudoise à la possession de la nationalité suisse et confère le titre de notaire aux seules personnes au bénéfice d'une patente vaudoise (art. 16 al. 1)¹³⁰⁸.

Partant de ce constat, il convient de déterminer dans quelle mesure ce type de réglementations est conforme aux dispositions de l'Accord relatives à la libre circulation et à l'interdiction de discrimination et, plus précisément, d'examiner si la profession de notaire remplit les conditions prévues par les articles 16 et 22 al. 1 Annexe I-ALCP.

A. Droit communautaire

Au niveau communautaire, la question de la qualification de la profession de notaire fait l'objet de controverses tant au sein de la doctrine¹³⁰⁹ qu'au

Richtergesetz erlangt hat », § 5 der Bundesnotarordnung, disponible sur le site du Ministère de la justice à l'adresse suivante : <http://www.gesetze-im-internet.de>.

¹³⁰³ COTTIER/GERMANN, 2003, p. 101-102.

¹³⁰⁴ TF, arrêt du 30 juin 1998, 2P.433/1997, in : RNRF 2000, p. 72 ss, c. 6a ; TF, arrêt du 6 août 2003, 2P. 110/2002 (c. 4.2.4).

¹³⁰⁵ Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur, RS 943.02. ATF 124 I 297 (298) ; ATF 128 I 280 (281-282) ; TF, arrêt du 6 août 2003, 2P. 110/2002 (c. 4.2.4) ; TF, arrêt du 29 janvier 2004, 2P. 237/2003, (c. 4.2).

¹³⁰⁶ COTTIER/GERMANN, 2003, p. 99.

¹³⁰⁷ Loi vaudoise sur le notariat du 29 juin 2004, RS VD 178.11.

¹³⁰⁸ Voir également art. 4 let. a de la loi fribourgeoise sur le notariat du 20 septembre 1967 (RS FR 261.1) ; art. 40 de la loi genevoise sur le notariat du 25 novembre 1988 (RS GE E 6 05) ; art. 5 al. 1 ch. 1 de la loi jurassienne sur le notariat du 9 novembre 1978 (RS JU 189.11) ; art. 7 al. 1 let. a de la loi neuchâtoise sur le notariat du 26 août 1996 (RS NE 166.10) ; art. 21 al. 2 ch. 1 de la loi tessinoise sur le notariat du 23 février 1983 (RS TI 3.2.2.1) ; art. 17 let. a de la loi valaisanne sur le notariat du 15 décembre 2004 (RS VS 178.1).

¹³⁰⁹ Concernant la doctrine allemande, cf. références in : HIRSCH, 2000, p. 736, note 23 ; SCHILL, 2007, p. 2014, note 2 ; SCHILLER, 2004, p. 45, notes 79-80. En ce qui

sein des différentes institutions. Ainsi, le Parlement européen s'est prononcé sur la question dans le cadre de sa résolution relative à la situation et l'organisation du notariat dans la Communauté¹³¹⁰. Selon lui, les activités du notaire se caractérisent « par une délégation partielle de souveraineté de l'Etat, pour assurer en particulier le service public de l'établissement des conventions, de leur authenticité et de leur légalité, de leur force exécutoire et probante, ainsi que l'assistance préventive et impartiale prêtée aux parties intéressées pour décharger les tribunaux »¹³¹¹. La profession de notaire participe de ce fait à l'exercice de la puissance publique et doit dès lors entrer dans le champ d'application de la réserve prévue par l'article 45 TCE¹³¹².

La Commission soutient, quant à elle, que les conditions de nationalité requises pour l'exercice de la profession de notaire constituent une violation de la liberté d'établissement. Elle a donc engagé une procédure de recours en manquement à l'encontre de l'Autriche, la Belgique, la France, l'Allemagne, la Grèce, le Luxembourg et les Pays-Bas (art. 226 TCE)¹³¹³. Ainsi, après les avoir mis en demeure¹³¹⁴ de présenter leurs observations¹³¹⁵ sur la question, la Commission leur a fait parvenir un avis motivé¹³¹⁶ leur demandant officiellement de modifier les dispositions de leur législation qui autorisent uniquement les ressortissants nationaux à exercer la profession de notaire – ces dispositions étant, selon la Commission, contraires à la liberté d'établissement¹³¹⁷. A l'exception des Pays-Bas, ces différents Etats n'ont pas répondu de manière satisfaisante à la requête de

concerne la position de la doctrine autrichienne, cf. références in HEMPEL, 2003, § 22 ss.

¹³¹⁰ Résolution du Parlement, notariat (JO n° C 44, 1994, p. 36).

¹³¹¹ Résolution du Parlement, notariat (JO n° C 44, 1994, p. 37, § D).

¹³¹² Résolution du Parlement, notariat (JO n° C 44, 1994, p. 37, § 4).

¹³¹³ Communiqué de presse de la Commission européenne du 12 octobre 2006 (IP/06/1385).

¹³¹⁴ A titre d'exemple, la Commission a fait parvenir à l'Allemagne une lettre de mise en demeure le 8 novembre 2000, SG(2000)D/108215. Elle lui a ensuite envoyé une lettre de mise en demeure complémentaire le 16 juillet 2002, SG(2002)D/220099.

¹³¹⁵ Cf. *Antwort der Bundesregierung*; *Stellungnahme der Bundesnotarkammer vom 19.12.2000*; *Position der Bundesnotarkammer vom 31.07.2001*. Voir également FLEISCHHAUER, 2002, p. 360.

¹³¹⁶ Pour l'Allemagne, avis motivé du 18 octobre 2006, SG(2006)D/205931.

¹³¹⁷ Communiqué de presse de la Commission européenne du 12 octobre 2006 (IP/06/1385).

la Commission¹³¹⁸. Celle-ci a dès lors décidé de saisir la Cour de justice¹³¹⁹.

A la suite de cette première procédure, la Cour a introduit une seconde procédure de recours en manquement (art. 226 TCE) à l'encontre de la République tchèque, de l'Estonie, de la Hongrie, de la Lettonie, de la Lituanie, de Malte, de la Pologne, de la Slovaquie et de la Slovénie et leur a fait parvenir une lettre de mise en demeure¹³²⁰. Seule l'Estonie a considéré que la condition de nationalité ne se justifiait plus¹³²¹. Les huit autres Etats campant sur leur position, la Commission leur a fait parvenir un avis motivé¹³²².

Dans le cadre de ces différentes procédures, la Commission fait valoir que la condition de nationalité prévue pour l'accès à la profession de notaire est contraire à la liberté d'établissement et ne se justifie pas en vertu de l'article 45 TCE. Selon elle, la profession de notaire ne participe pas de manière directe et spécifique à l'exercice de la puissance publique, le notaire n'étant pas en mesure d'imposer ses décisions à l'encontre de la vo-

¹³¹⁸ A l'instar de l'Espagne, de l'Italie et du Portugal, les Pays-Bas se sont engagés à se conformer à l'avis motivé et ont aboli la condition de nationalité qu'ils imposaient à l'accès à la profession de notaire. Il convient toutefois de noter que la Commission a également décidé de saisir la Cour à l'encontre du Portugal, cet Etat n'ayant pas transposé la directive 89/48 à l'égard de la profession de notaire (Communiqué de presse de la Commission européenne du 27 juin 2007, IP/07/915). Par ailleurs, la Commission a récemment décidé de rendre un avis motivé au Portugal relatif à l'accès à la profession de notaire. Selon elle, bien que cet Etat ait abrogé la condition de nationalité en 1997, « il est apparu récemment que l'accès à la profession de notaire y est réservé aux nationaux par les autorités portugaises sur base d'une interprétation de la Constitution portugaise » (Communiqué de presse de la Commission européenne du 19 février 2009, IP/09/280).

¹³¹⁹ Affaire C-47/08 introduite par la Commission contre la Belgique le 11 février 2008 ; affaire C-50/08 introduite par la Commission contre la France le 12 février 2008 ; affaire C-51/08 introduite par la Commission contre le Luxembourg le 12 février 2008 ; affaire C-53/08 introduite par la Commission contre l'Autriche le 12 février 2008 ; affaire C-54/08 introduite par la Commission contre l'Allemagne le 12 février 2008. Voir également affaire C-52/08 introduite par la Commission contre la le Portugal le 12 février 2008.

¹³²⁰ Communiqué de presse de la Commission européenne du 12 octobre 2006 (IP/06/1385).

¹³²¹ Communiqué de presse de la Commission européenne du 17 octobre 2007 (IP/07/1510).

¹³²² Communiqué de presse de la Commission européenne du 17 octobre 2007 (IP/07/1510).

lonté des parties qu'il conseille. Elle ajoute que la suppression de la condition de nationalité n'entraîne pas de modification du statut de notaire – en particulier de l'attribution exclusive de certaines prérogatives – et rappelle que les Etats membres restent compétents pour la réglementation de la profession, notamment l'organisation de concours. En ce qui concerne enfin les qualifications qu'exige la profession, elle soutient que l'application de la directive 89/48 relative à la reconnaissance des diplômes permet de vérifier la maîtrise des connaissances nécessaires en droit national¹³²³.

La Cour de justice n'a, quant à elle, pas encore eu l'occasion de se prononcer directement sur la question de l'application de la réserve de l'article 45 TCE à la profession de notaire¹³²⁴. Certaines indications se déduisent toutefois de son arrêt *Marina Mercante Española*¹³²⁵. Dans cette affaire, la Cour a examiné la conformité à l'article 39 al. 4 TCE d'une législation espagnole réservant à ses ressortissants les emplois de capitaine et de second des navires marchands battant son pavillon. Dans cet arrêt, la Cour ne traite certes pas directement de la question du traitement à accorder à la profession de notaire, mais émet toutefois certaines considérations pouvant être prises en compte lors de l'interprétation de l'article 45 TCE. Ainsi, la Cour estime que le droit espagnol accorde aux capitaines et aux seconds de navires marchands battant pavillon espagnol « d'une part des prérogatives liées au maintien de la sécurité et à l'exercice de pouvoirs de police [...] et, d'autre part, des attributions en matière notariale et d'état civil, qui ne sauraient s'expliquer par les seules nécessités du commandement du navire. De telles fonctions constituent une participation à l'exercice de prérogatives de puissance publique aux fins de la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat du pavillon »¹³²⁶. La

¹³²³ Communiqué de presse de la Commission européenne du 12 octobre 2006 (IP/06/1385) ; Communiqué de presse de la Commission européenne du 27 juin 2007 (IP/07/915) ; Communiqué de presse de la Commission européenne du 17 octobre 2007 (IP/07/1510).

¹³²⁴ Comme nous l'avons vu précédemment, la Commission a saisi la Cour à l'encontre de l'Autriche, de la Belgique, de la France, de l'Allemagne, de la Grèce et du Luxembourg.

¹³²⁵ CJCE, arrêt du 30 septembre 2003, aff. C-405/01, *Marina Mercante Española*, Rec. 2003, p. I-10391. Pour un examen de cet arrêt, cf. EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2004, p. 98-99.

¹³²⁶ CJCE, arrêt du 30 septembre 2003, aff. C-405/01, *Marina Mercante Española*, Rec. 2003, p. I-10391, § 42.

Cour juge donc ici que les activités notariales participent à l'exercice de la puissance publique. Cet arrêt a été rendu après la date de signature de l'Accord (art. 16 al. 2, 2^{ème} phrase, ALCP) et n'a pas pour objet de préciser une jurisprudence antérieure. Par ailleurs, il ne traite pas directement de la qualification de la notion d'exercice de la puissance publique au sens de l'article 45 TCE. Il ne constitue dès lors pas une source incontestable d'interprétation, mais fournit un indice important quant au sens à donner à la notion de puissance publique prévue par les articles 16 et 22 al. 1 Annexe I-ALCP.

B. ALCP

A la suite de l'examen des positions des institutions européennes, il convient d'analyser la jurisprudence du Tribunal fédéral. Contrairement à la Cour, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer directement sur la question de l'applicabilité de la réserve de l'exercice de la puissance publique consacrée par l'article 16 Annexe I-ALCP à la profession de notaire¹³²⁷. Il juge que l'activité d'authentification notariale des actes participe de manière directe et spécifique à l'exercice de la puissance publique et doit dès lors être exclue des principes de libre circulation et de non-discrimination en vertu de l'article 16 Annexe I-ALCP¹³²⁸. Le Tribunal fédéral rappelle par ailleurs que les directives 77/249 et 98/5 excluent expressément le domaine de l'authentification notariale des principes de libre circulation et de libre prestation de services (art. 1 al. 1 directive 77/249 et 5 al. 2 directive 98/5)¹³²⁹.

L'ensemble des considérations qui précèdent reflètent la nature controversée de la question. A notre sens, les arguments développés par le Tribunal fédéral – qui correspondent à la position du Parlement européen – doivent être en partie retenus. En effet, lorsque le notaire exerce une activité d'authentification notariale, il assure le caractère légal, exécutoire et probant des conventions¹³³⁰. Il agit ainsi non pas uniquement dans l'intérêt

¹³²⁷ Cf. ATF 128 I 280 (282) ; TF, arrêt du 6 août 2003, 2P. 110/2002 (c. 4.2.4) ; TF, arrêt du 29 janvier 2004, 2P. 237/2003 (c. 4.2).

¹³²⁸ ATF 128 I 280 (282) ; TF, arrêt du 6 août 2003, 2P. 110/2002 (c. 4.2.4) ; TF, arrêt du 29 janvier 2004, 2P. 237/2003, (c. 4.2).

¹³²⁹ TF, arrêt du 6 août 2003, 2P. 110/2002 (c. 4.2.4).

¹³³⁰ MOOSER, 2005, p. 201 ss, § 422 ss. En droit allemand : Résolution du Parlement, notariat (JO n° C 44, 1994, p. 37, § D) ; HIRSCH, 2000, p. 736.

des parties, mais également dans l'intérêt de l'Etat en participant à la garantie de la sécurité du droit et à la prévention des litiges¹³³¹.

Par ailleurs, l'activité d'authentification ne constitue pas un élément détachable¹³³². Aussi l'ensemble de l'activité ministérielle (également appelée activité officielle ou principale)¹³³³, qui couvre les « opérations que le notaire *est tenu d'accomplir* comme officier public » – telle que l'activité d'instrumentation¹³³⁴ –, participe-t-elle à l'exercice de la puissance publique¹³³⁵.

L'analyse ne s'arrête toutefois pas là. Il convient encore d'examiner dans quelle mesure la condition de nationalité respecte le principe de proportionnalité.

Trois situations doivent être envisagées. Les deux premières concernent l'accès au stage de notaire. A cet égard, nous sommes d'avis que l'exigence de nationalité va au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour sauvegarder les intérêts que l'Etat a pour but de protéger¹³³⁶. Imaginons en effet qu'un ressortissant français séjournant en Suisse ait accompli l'ensemble de ses études de droit sur notre territoire et qu'il remplisse, par ailleurs, toutes les exigences conditionnant l'accès au stage de notaire – hormis celle de nationalité. Il ne se justifie pas, à notre sens, de lui refuser l'accès à ce stage pour la simple raison qu'il ne possède pas la nationalité suisse ; le fait d'avoir étudié le droit en Suisse nous semble offrir une garantie suffisante quant à ses qualifications pour l'exercice de cette profession¹³³⁷.

¹³³¹ En Suisse : MOOSER, 2005, p. 203 ss, § 427 ss. Contra : COTTIER/GERMANN, 2003, p. 113. En Allemagne et en Autriche : *Position der Bundesnotarkammer vom 31.07.2001*. Contra : BRÖHMER, 2007, p. 797, § 3 ; HEMPEL, 2003, § 22 ss ; SCHILL, 2007, p. 2018 ; SCHILLER, 2004, p. 46 ; TIEDJE/TROBERG, 2003, p. 1551, § 15.

¹³³² *Position der Bundesnotarkammer vom 31.07.2001* ; SCHILL, 2007, p. 2017. Contra : HEMPEL, 2003, § 25.

¹³³³ MOOSER, 2005, p. 3, § 8.

¹³³⁴ Cf. MOOSER, 2005, p. 3, § 8 et les références citées.

¹³³⁵ Par opposition aux activités accessoires que le notaire « effectue *librement* et qui ne consistent dès lors ni dans l'instrumentation d'actes authentiques, ni dans des opérations liées directement à ceux-ci » (MOOSER, 2005, p. 4, § 9).

¹³³⁶ Dans le même sens, COTTIER/GERMANN, 2003, p. 113-114.

¹³³⁷ Voir par analogie ATF 119 Ia 35 (38-42), JT 1995 I 309 ; TF, arrêt du 27 avril 1993, SJ 1993, 665 ss.

Il en va par ailleurs de même lorsqu'il est question de l'accès au stage d'un ressortissant communautaire titulaire d'un diplôme étranger en droit obtenu dans une université d'un Etat membre. Les années de stage en Suisse permettent de garantir l'acquisition des connaissances relatives aux institutions politiques et sociales nécessaires à l'exercice du notariat. Nous sommes dès lors d'avis que la jurisprudence *Morgenbesser*¹³³⁸ doit s'appliquer par analogie¹³³⁹. Selon cette jurisprudence, les cantons sont soumis à l'obligation d'entrer en matière sur une demande d'admission au stage. Dans chaque situation, ils doivent examiner dans quelle mesure les connaissances attestées par le diplôme en droit octroyé dans un Etat membre et les qualifications ou l'expérience professionnelle acquises dans celui-ci, ainsi que l'expérience obtenue dans l'Etat membre où le candidat demande à s'inscrire, doivent être considérées, même partiellement, comme suffisantes pour accéder à l'activité concernée¹³⁴⁰. Dans le cas où les connaissances ne seraient pas jugées équivalentes, les autorités cantonales compétentes devront alors indiquer à l'intéressé comment il peut acquérir les qualifications manquantes¹³⁴¹.

Reste enfin à examiner la question de libre circulation des notaires – qui vise non plus l'accès au stage, mais l'exercice, par des ressortissants communautaires ayant acquis leur titre professionnel de notaire dans leur Etat d'origine, d'activités notariales en Suisse. Nous sommes d'avis qu'il est conforme au principe de proportionnalité d'admettre l'application des articles 16 et 22 al. 1 Annexe I-ALCP à cette dernière catégorie. En effet, dès lors qu'ils ont accompli l'ensemble de leur formation – études et stage de notaire – dans leur pays d'origine, ces ressortissants au bénéfice d'un titre de notaire étranger n'ont pas eu l'occasion d'acquérir les connaissances des institutions et du droit propres à défendre les intérêts de l'Etat dans lequel ils exercent.

¹³³⁸ CJCE du 13 novembre 2003, aff. C-313/01, *Morgenbesser*, Rec. 2003, p. I-13467.

¹³³⁹ Cette jurisprudence relative à l'accès au stage d'avocat est certes postérieure à la date de signature de l'Accord. Elle doit cependant être prise en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP, vu qu'elle se contente de préciser une pratique antérieure. Dans le même sens concernant l'accès au stage d'avocat, OFFT, *Accès*, p. 3.

¹³⁴⁰ CJCE du 13 novembre 2003, aff. C-313/01, *Morgenbesser*, Rec. 2003, p. I-13467, § 57-58 et 67 ss.

¹³⁴¹ OFFT, *Accès*, p. 4.

En conclusion, seule l'exigence relative à l'origine du titre de notaire est conforme à l'Accord. Ainsi, les réglementations limitant l'exercice d'activités en Suisse de notaires ayant acquis leur titre dans un autre Etat membre respectent les conditions des articles 16 et 22 al. 1 Annexe I-ALCP. En revanche, la clause de nationalité conditionnant l'accès au stage de notaire n'est, quant à elle, pas proportionnée au but qu'elle poursuit. De ce fait, il y a lieu d'admettre qu'elle n'est pas conforme aux conditions des articles 16 et 22 al. 1 Annexe I-ALCP (voire de l'article 10 Annexe I-ALCP si le stagiaire doit être qualifié de travailleur salarié) et qu'elle doit être jugée comme contraire aux principes de libre circulation et de non-discrimination.

Section 3 Autres limitations prévues par l'Accord

Parallèlement à l'exception de l'ordre public et à la réserve de l'exercice de la puissance publique, il y a lieu de mentionner l'article 21 al. 2 et 3 ALCP qui permet de limiter les principes d'interdiction des discriminations et de libre circulation en matière fiscale.

Ainsi, selon l'article 21 al. 2, qui reprend la jurisprudence *Schumacker* de la Cour de justice¹³⁴², les Etats parties sont libres de prévoir des différences de traitement, dans l'application des dispositions pertinentes de leur législation fiscale, entre les contribuables qui ne se trouvent pas dans des situations comparables, en particulier en ce qui concerne leur lieu de résidence¹³⁴³.

L'article 21 al. 3 ALCP accorde, quant à lui, le droit aux Etats parties de limiter les principes d'interdiction des discriminations et de libre circula-

¹³⁴² CJCE, arrêt du 14 février 1995, aff. C-279/93, *Schumacker*, Rec. 1995, p. I-225, § 31. L'article 21 al. 2 ALCP doit toutefois s'appliquer dans les limites définies par la jurisprudence de la Cour de justice. Ainsi, selon la Cour, « il y a lieu cependant d'admettre que le contribuable non résident salarié ou indépendant qui perçoit la totalité ou la quasi-totalité de ses revenus dans l'Etat où il exerce ses activités professionnelles se trouve, objectivement, dans la même situation, en ce qui concerne l'impôt sur le revenu, que le résident de cet Etat qui y exerce les mêmes activités. Tous les deux sont imposés dans ce seul Etat et l'assiette de leur impôt est la même » (CJCE, arrêt du 11 août 1995, aff. C-80/94, *Wielockx*, Rec. 1995, p. I-2493, § 20). Voir également EPINEY/MOSTERS, 2007, p. 108.

¹³⁴³ Pour une analyse approfondie de cette disposition, cf. HINNY, 2004, p. 179 ss.

tion par l'adoption de mesures destinées « à assurer l'imposition, le paiement et le recouvrement effectif des impôts ou à éviter l'évasion fiscale » conformément à leur législation fiscale et aux accords visant à éviter la double imposition liant la Suisse et les Etats membres de l'UE ou d'autres arrangements fiscaux. Ces mesures doivent toutefois être proportionnées au but poursuivi¹³⁴⁴.

Il se justifie ensuite de mentionner l'article 22 Annexe I-ALCP qui prévoit trois autres limitations. En premier lieu, l'alinéa 3 de cette disposition prévoit que les activités des agences de travail temporaire et de travail intérimaire, ainsi que les services financiers dont l'exercice exige une autorisation préalable sur le territoire d'une partie contractante et dont le prestataire est soumis à un contrôle prudentiel des autorités publiques de cette partie contractante restent soumis aux dispositions législatives, réglementaires et administratives existantes dans chaque partie contractante à l'entrée en vigueur de l'Accord, sans que ces dispositions ne doivent se conformer au principe de non-discrimination consacré à l'article 19 Annexe I-ALCP¹³⁴⁵. En Suisse, la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE)¹³⁴⁶ s'applique ainsi sans restrictions¹³⁴⁷. Elle prévoit que les activités de placement et de location de services sont soumises à l'octroi d'une autorisation (art. 2 et 12 LES). Or ces autorisations ne sont accordées que lorsque l'entreprise est inscrite au registre suisse du commerce (art. 3 al. 1 let. a et 13 al. 1 let. a LES). Par ailleurs, les personnes responsables de la gestion de ces entreprises doivent être de nationalité suisse ou posséder un permis d'établissement (art. 3 al. 2 let. a et 13 al. 2 let. a LES). L'article 12 al. 2 LES interdit enfin la location en Suisse de services de personnel recruté à l'étranger. Ces dispositions empêchent dès lors les prestataires européens de fournir des services dans ce secteur¹³⁴⁸ et constituent une exception au principe de non-discrimination au sens de l'article 19 Annexe I-ALCP.

En deuxième lieu, l'alinéa 2 de l'article 22 Annexe I-ALCP garantit l'applicabilité des dispositions législatives, réglementaires ou administratives relatives aux conditions de travail et d'emploi à l'égard des travail-

¹³⁴⁴ HINNY, 2004, p. 185.

¹³⁴⁵ BECKER, 2001, p. 52.

¹³⁴⁶ Loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services, RS 823.11.

¹³⁴⁷ IKEN, 2003, p. 126 ; MARITZ, 2001, p. 347.

¹³⁴⁸ MARITZ, 2001, p. 348.

leurs détachés dans le cadre d'une prestation de services. Puisque cette disposition renvoie à la directive 96/71¹³⁴⁹ qui a précisément pour objet de définir les conditions de travail et d'emploi également applicables aux travailleurs détachés, sa portée est limitée¹³⁵⁰. Il est par ailleurs important de souligner qu'au vu de son texte – qui mentionne uniquement les *conditions de travail et d'emploi* –, l'article 22 al. 2 Annexe I-ALCP ne vise pas les mesures d'annonce (telles que consacrées par l'article 6 de la loi sur les travailleurs détachés¹³⁵¹) ou les mesures de contrôle (telles que prévues par l'article 7 de la loi sur les travailleurs détachés)¹³⁵².

L'alinéa 4 garantit, en troisième lieu, l'applicabilité des dispositions législatives, réglementaires et administratives de chaque partie contractante, en ce qui concerne les prestations de services, justifiées par des raisons impérieuses liées à un intérêt général¹³⁵³.

Rappelons en outre que l'article 24 al. 4, dernière phrase, Annexe I-ALCP exclut du champ d'application du principe de non-discrimination l'accès à la formation professionnelle et l'aide accordée aux étudiants pour leur entretien. Cette disposition constituant une exception aux principes de libre circulation et de non-discrimination, elle doit faire l'objet d'une interprétation restrictive¹³⁵⁴. Ainsi, par « accès à la formation professionnelle », il faut entendre les conditions matérielles – par exemple les diplômes requis et non les frais d'inscription. En ce qui concerne « l'aide accordée pour leur entretien », elle vise tant les bourses que les prêts¹³⁵⁵. Par ailleurs, cette exception s'applique uniquement à l'encontre des étudiants au bénéfice d'un titre de séjour pour les non-actifs (art. 24 Annexe I-ALCP). Lorsque leur titre de séjour se fonde sur d'autres dispositions de l'Accord – telles que celles relatives au regroupement familial ou au séjour des

¹³⁴⁹ Directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 relative au détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services (JO n° L 18, 1997, p. 1).

¹³⁵⁰ EPINEY/ZBINDEN, 2009, p. 22.

¹³⁵¹ Loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés en Suisse et sur les mesures d'accompagnement, RS 823.20. Sur la conformité de l'article 6 de la loi sur les travailleurs détachés à l'Accord, cf. note 446.

¹³⁵² EPINEY/ZBINDEN, 2009, p. 22.

¹³⁵³ Concernant cette notion, cf. Partie II, Chapitre VI, Section 4.

¹³⁵⁴ EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2006, p. 80-81.

¹³⁵⁵ EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2006, p. 80-81. Voir également EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005, p. 14 ; EPINEY/MOSTERS, 2006, p. 68.

travailleurs salariés –, les étudiants ne sont pas soumis à l'exception¹³⁵⁶. A cet égard, nous sommes d'avis que l'exception consacrée par l'article 24 al. 4, dernière phrase, Annexe I-ALCP ne vise pas l'accès au stage d'avocat. En effet, vu qu'il accomplit « pendant un certain temps, en faveur d'une autre [personne] et sous la direction de celle-ci, de[s] prestations en contrepartie desquelles [il] touche une rémunération »¹³⁵⁷, l'avocat stagiaire bénéficie de la qualité de travailleur salarié et n'entre dès lors pas dans le champ d'application de l'exception¹³⁵⁸.

Il convient également de signaler que les article 2 al. 1 *in fine* et 23 al. 1 *in fine* Annexe I-ALCP permettent aux Etats parties de refuser l'octroi de l'aide sociale aux chercheurs d'emploi et aux destinataires de services pendant la durée de leur séjour¹³⁵⁹. L'article 2 al. 1 *in fine* n'empêche toutefois pas les chercheurs d'emploi de bénéficier d'autres prestations sociales susceptibles de les aider dans leurs recherches¹³⁶⁰.

Il est enfin nécessaire de mentionner les mesures transitoires consacrées par l'article 10 ALCP¹³⁶¹. Ces mesures constituent avant tout une limitation au principe de libre circulation. Elles déploient cependant également des effets indirects à l'égard de l'interdiction de discrimination. En effet, en instituant différentes limitations au principe de libre circulation, elles réduisent également la portée du principe de non-discrimination.

Section 4 Justifications objectives non écrites

Il reste à déterminer en dernier lieu si d'autres motifs – qui ne sont pas expressément prévus par l'Accord – peuvent justifier une différence de traitement en raison de la nationalité.

¹³⁵⁶ EPINEY/MOSTERS, 2008, p. 66-67 et la référence jurisprudentielle citée.

¹³⁵⁷ CJCE, arrêt *Lawrie-Blum* du 3 juillet 1986, aff. 66/85, Rec. 1986, p. 2121, point 17.

¹³⁵⁸ Dans le même sens, MARTENET/BOHNET, 2009, p. 285-286, § 643.

¹³⁵⁹ Cf. EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2006, p. 92.

¹³⁶⁰ EPINEY, *Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit*, 2005, p. 59 ; EPINEY/CIVITELLA, *Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen*, 2008, p. 18 ss. Cf. note 828.

¹³⁶¹ Concernant ces mesures, cf. Partie I, Chapitre II, Section 3.

Préalablement à une analyse de la situation prévue par l'Accord, il convient d'examiner les réponses apportées par la jurisprudence et la doctrine en droit communautaire.

§ 1 Droit communautaire

Au niveau communautaire, la question relative à l'existence de justifications non expressément prévues par le Traité CE fait l'objet de controverses.

I. Jurisprudence de la Cour de justice

A. Différences de traitement se fondant indirectement sur le critère de la nationalité

En premier lieu, il ressort de la jurisprudence communautaire que, lorsqu'il est question d'une différence de traitement se fondant indirectement sur le critère de nationalité¹³⁶², la Cour admet la possibilité de faire valoir des motifs objectifs¹³⁶³. En effet, selon elle, pour conclure à l'incompatibilité d'une réglementation, il ne suffit pas de constater la présence d'une différence de traitement se fondant indirectement sur la nationalité, « encore faut-il pour cela que la disposition en question ne se justifie pas par des circonstances objectives »¹³⁶⁴. Par ailleurs, les motifs

¹³⁶² Rappelons qu'il n'est pas aisé, lorsque l'on se trouve dans le champ d'application des articles 39, 43 et 49 TCE, de différencier entre les cas de discrimination indirecte et les cas d'entrave à la libre circulation ou à la libre prestation de services (cf. Partie I, Chapitre VII, Section 1).

¹³⁶³ La Cour parle parfois de « raisons impérieuses d'intérêt général ». Le sens à attribuer aux deux notions est toutefois identique (BARNARD, 2007, p. 262 ; GUNDEL, 2001, p. 79 ; WÖLKER/GRILL, 2003, p. 1385, § 149). Pour une présentation détaillée de la jurisprudence de la Cour relative aux justifications objectives, voir TOBLER, *Indirect Discrimination*, 2005, p. 196 ss. Cf. notamment CJCE, arrêt du 3 décembre 1974, aff. 33/74, *van Binsbergen*, Rec. 1974, p. 1299, § 12 ; CJCE, arrêt du 20 mai 1992, aff. C-106/91, *Ramrath*, Rec. 1992, p. I-3351, § 31 ; CJCE, arrêt du 4 juillet 2000, aff. C-424/97, *Haim*, Rec. 2000, p. I-5123, § 59 (cet arrêt se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, il doit être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP).

¹³⁶⁴ En ce qui concerne l'article 12 al. 1 TCE : voir notamment CJCE, arrêt du 10 février 1994, aff. C-398/92, *Mund & Fester*, Rec. 1994, p. I-467, § 17 ; CJCE, arrêt du 23

invoqués doivent respecter le principe de proportionnalité. Ainsi, ils doivent être appropriés et nécessaires pour atteindre le but recherché, sans dépasser les limites de ce qui est indispensable pour le réaliser¹³⁶⁵.

A titre d'exemples¹³⁶⁶, la Cour a admis le droit pour un Etat membre d'adopter des mesures destinées à empêcher que les dispositions relatives à la libre prestation de services soient invoquées par un prestataire – dont les activités sont principalement exercées sur son territoire – dans le seul but de se soustraire aux règles professionnelles qui lui seraient applicables s'il était établi dans cet Etat¹³⁶⁷. Elle a par ailleurs considéré que les Etats membres ont la possibilité d'adopter une législation imposant aux seuls non-résidents l'obligation de payer une caution – celle-ci permettant de garantir le paiement de l'amende et des frais de justice éventuels¹³⁶⁸. La Cour a également jugé que la cohérence du système fiscal¹³⁶⁹, la bonne

janvier 1997, aff. C-29/95, *Pastors*, Rec. 1997, p. I-285, § 19. En ce qui concerne les articles 39, 43 et 49 TCE : voir notamment CJCE, arrêt du 3 décembre 1974, aff. 33/74, *van Binsbergen*, Rec. 1974, p. 1299, § 12 ; CJCE, arrêt du 23 mai 1996, aff. C-237/94, *O'Flynn*, Rec. 1996, p. I-2617, § 19 ; CJCE, arrêt du 10 mars 1993, aff. C-111/91, *Commission/Luxembourg*, Rec. 1993, p. I-817, § 12 ; CJCE, arrêt du 30 novembre 2000, aff. C-195/98, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, Rec. 2000, p. I-10497, § 40 ; CJCE, arrêt du 5 juin 2008, aff. C-164/07, *Wood*, Rec. 2008, p. I-4143, § 13 (ces arrêts se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, ils doivent être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP. Cf. EPINEY/MOSTERS, 2009, p. 57).

¹³⁶⁵ Concernant l'article 12 al. 1 TCE : voir notamment CJCE, arrêt du 23 janvier 1997, aff. C-29/95, *Pastors*, Rec. 1997, p. I-285, § 24. En ce qui concerne les articles 39, 43 et 49 TCE : voir notamment CJCE, arrêt du 20 mai 1992, aff. C-106/91, *Ramrath*, Rec. 1992, p. I-3351, § 30 ss ; CJCE, arrêt du 31 mars 1993, aff. C-19/92, *Kraus*, Rec. 1993, p. I-1663, § 32 ; CJCE, arrêt du 16 février 2006, aff. C-185/04, *Öberg*, Rec. 2006, p. I-1453, § 19 (cet arrêt se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, il doit être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP).

¹³⁶⁶ Pour d'autres exemples, cf. BARNARD, 2007, p. 492 ss ; EPINEY/GAMMENTHALER, 2008, p. 11, note 44.

¹³⁶⁷ CJCE, arrêt du 3 décembre 1974, aff. 33/74, *van Binsbergen*, Rec. 1974, p. 1299, § 13. Voir également CJCE, arrêt du 4 décembre 1986, aff. 205/84, *Commission/Allemagne*, Rec. 1986, p. 3755, § 22.

¹³⁶⁸ CJCE, arrêt du 23 janvier 1997, aff. C-29/95, *Pastors*, Rec. 1997, p. I-285, § 22.

¹³⁶⁹ CJCE, arrêt du 28 janvier 1992, aff. C-204/90, *Bachmann*, Rec. 1992, p. I-249, § 28 ; CJCE, arrêt du 12 décembre 2002, aff. C-385/00, *de Groot*, Rec. 2002, p. I-11819, § 106 (cet arrêt se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, il doit être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP. Contra : BREITENMOSER, 2003, p. 1165).

gestion des universités¹³⁷⁰, la protection des travailleurs¹³⁷¹, un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale¹³⁷² ou l'absence de lien de rattachement suffisamment étroit avec la société de l'Etat d'accueil¹³⁷³ pouvaient constituer des motifs objectifs. Au contraire, elle a jugé que de simples difficultés administratives¹³⁷⁴, des complications pratiques¹³⁷⁵ ou des motifs purement économiques¹³⁷⁶ n'en constituaient pas.

Il convient également de relever que, selon la Cour, les désavantages inhérents au système même de coordination ne constituent pas un cas de discrimination au sens de l'article 3 al. 1 règlement n° 1408/71¹³⁷⁷.

¹³⁷⁰ CJCE, arrêt du 2 août 1993, aff. C-259/91 et C-331/91, *Allué II*, Rec. 1993, p. I-4309, § 15.

¹³⁷¹ CJCE, arrêt du 17 décembre 1981, aff. 279/80, *Webb*, Rec. 1981, p. 3305, § 19.

¹³⁷² CJCE, arrêt du 28 avril 1998, aff. C-158/96, *Kohll*, Rec. 1998, p. I-1931, § 41. Voir également notamment CJCE, arrêt du 13 mai 2003, aff. C-385/99, *Müller-Fauré*, Rec. 2003, p. I-4509, § 73 (cet arrêt se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, il doit être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP).

¹³⁷³ CJCE, arrêt du 18 juillet 2007, aff. C-213/05, *Geven*, Rec. 2007, p. I-6347, § 28 (cet arrêt ne semble pas se contenter de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord. Il constitue dès lors une jurisprudence postérieure participant à l'évolution du droit communautaire. A notre sens, il correspond toutefois au but de l'Accord et doit donc être pris en considération. Dans le même sens, EPINEY/MOSTERS, 2008, p. 65).

¹³⁷⁴ CJCE, arrêt du 23 mai 1996, aff. C-237/94, *O'Flynn*, Rec. 1996, p. I-2617, § 29 ; CJCE, arrêt du 26 janvier 1999, aff. C-18/95, *Terhoeve*, Rec. 1999, p. I-345, § 44.

¹³⁷⁵ CJCE, arrêt du 12 mars 1998, aff. C-187/96, *Commission/Grèce*, Rec. 1998, p. I-1095, § 22.

¹³⁷⁶ CJCE, arrêt du 28 avril 1998, aff. C-158/96, *Kohll*, Rec. 1998, p. I-1931, § 41 ; CJCE, arrêt du 16 septembre 2004, aff. C-400/02, *Merida*, Rec. 2004, p. I-8471, § 29-30 (cet arrêt se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, il doit être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP. Cf. EPINEY/MOSTERS/THEUERKAUF, 2005, p. 56). Voir également EPINEY, 2009, p. 32 et les références citées.

¹³⁷⁷ CJCE, arrêt du 27 septembre 1988, aff. 313/86, *Lenoir*, Rec. 1988, p. 5391, § 13-15 ; CJCE, arrêt du 7 juillet 1994, aff. C-146/93, *McLachlan*, Rec. 1994, p. I-3229, § 29, 30 et 37 ; CJCE, arrêt du 17 décembre 1998, aff. C-244/97, *Lustig*, Rec. 1998, p. I-8701, § 39-40 ; CJCE, arrêt du 4 décembre 2003, aff. C-92/02, *Kristiansen*, Rec. 2003, p. I-14597, § 37-38 (cet arrêt se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, il doit être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP).

B. Différences de traitement se fondant directement sur le critère de la nationalité

En ce qui concerne les différences de traitement se fondant directement sur le critère de nationalité, la Cour ne procède pas, en règle générale, à l'examen d'éventuels motifs objectifs¹³⁷⁸. Les raisons d'une telle renonciation ne sont toutefois pas claires : soit la Cour suggère de ce fait qu'elle exclut toute possibilité de justifications des différences de traitement se fondant directement sur le critère de nationalité¹³⁷⁹, soit elle juge par là ne pas être en mesure de les analyser, les parties ne les ayant pas invoquées¹³⁸⁰. Selon nous, la seconde interprétation doit être suivie. En effet, certaines des formulations de la Cour permettent de déduire sa volonté de ne pas exclure d'emblée la possibilité d'invoquer des motifs justificatifs en cas de différences de traitement se fondant directement sur le critère de nationalité¹³⁸¹. Par ailleurs, dans le cadre de certaines affaires, elle semble

¹³⁷⁸ EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 489, § 38.

¹³⁷⁹ Dans ce sens, cf. CJCE, arrêt du 7 mars 1991, aff. C-10/90, *Masgio*, Rec. 1991, p. I-1119, § 24. Dans cet arrêt, la Cour considère que l'article 39 al. 3 TCE « n'admet à l'exercice du droit de libre circulation des travailleurs d'autres limitations que celles pouvant être justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique ». Voir également CJCE, arrêt du 29 avril 1999, aff. C-311/97, *Royal Bank of Scotland*, Rec. 1999, p. I-2651, § 32, selon lequel « seule une disposition dérogatoire expresse, tel l'article [56] 46 al. 1 du traité CE, pourrait rendre une telle discrimination compatible avec le droit communautaire ». Voir également CJCE, arrêt du 26 avril 1988, aff. 352/85, *Bond van Adverteerders*, Rec. 1988, p. 2085, § 32-33 ; CJCE, arrêt du 25 juillet 1991, aff. C-288/89, *Collectieve Antennevoorziening Gouda*, Rec. 1991, p. I-4007, § 11 ; CJCE, arrêt du 20 octobre 1993, aff. C-92/92 et C-326/92, *Phil Collins*, Rec. 1993, p. I-5145, § 32 ; CJCE, arrêt du 30 mars 2006, aff. C-451/03, *Calafiori*, Rec. 2006, p. I-29-41, § 36-37 ; CJCE, arrêt du 18 juillet 2007, aff. C-490/04, *Commission/Allemagne*, Rec. 2007, p. I-6095, § 86 et les références citées.

¹³⁸⁰ EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 489, § 38. Dans ce sens, cf. CJCE, arrêt du 12 mai 1998, aff. C-85/96, *Martínez Sala*, Rec. 1998, p. I-2691, § 64 : « le traitement inégal en question se situant ainsi dans le champ d'application du traité ne saurait être considéré comme justifié. En effet, il s'agit d'une discrimination exercée directement en raison de la nationalité de la requérante et, par ailleurs, aucun élément justifiant un tel traitement inégal n'a été soulevé devant la Cour ».

¹³⁸¹ VON BOGDANDY, 2007, p. 7, § 22 ; EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 489, § 38 ; HANGARTNER, *Freizügigkeitsabkommen*, 2003, p. 265 ; STERN, 2008, p. 146 ss ; TOBLER, *Indirect Discrimination*, 2005, p. 369. CJCE, arrêt du 16 octobre 1980, aff. 147/79, *Hochstrass*, Rec. 1980, p. 3005, § 7 : « Le principe général d'égalité, dont l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité n'est qu'une expression spécifique, est un des principes fondamentaux du droit communautaire. Ce principe veut que les situations comparables ne soient pas traitées de manière différente, à

même aller jusqu'à admettre, de manière implicite, la possibilité de justifier des différences de traitement se fondant directement sur la nationalité¹³⁸². A titre d'exemple, la Cour de justice a examiné, dans le cadre de l'affaire *Hayes*, si la législation suédoise instituant une discrimination directe – en ce sens qu'elle impose aux seuls ressortissants étrangers la constitution d'une *cautio judicatum solvi* – peut faire l'objet d'une justification¹³⁸³.

II. Doctrine

Au sein de la doctrine relative à l'article 12 al. 1 TCE, il existe trois courants¹³⁸⁴. Un premier groupe d'auteurs considère que – au vu de la volonté

moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée. Il exige, à l'évidence, que des agents placés dans des situations identiques soient régis par les mêmes règles, mais il n'interdit pas au législateur communautaire de tenir compte des différences objectives de conditions ou de situations dans lesquelles se trouvent placés les intéressés ». CJCE, arrêt du 29 octobre 1998, aff. C-114/97, *Commission/Espagne*, Rec. 1998, p. I-6717, § 43 : « Ce raisonnement vaut a fortiori pour les raisons impérieuses d'intérêt général que le gouvernement espagnol invoque pour justifier la condition de nationalité ». Voir également CJCE, arrêt du 30 novembre 1982, aff. 287/81, *Jack Noble Kerr*, Rec. 1982, p. 4053, § 30 ; CJCE, arrêt du 2 octobre 1997, aff. C-122/96, *Saldanha*, Rec. 1997, p. I-5325, § 28 ss ; CJCE, arrêt du 12 mai 1998, aff. C-85/96, *Martínez Sala*, Rec. 1998, p. I-2691, § 64 ; CJCE, arrêt du 6 juin 2002, aff. C-360/00, *Ricordi*, Rec. 2002, p. I-5089, § 32-33 (cet arrêt se contentant de préciser la jurisprudence de la CJCE rendue avant la date de signature de l'Accord, il doit être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP). Contra : BREITENMOSER/MURESAN, 2004, p. 148.

¹³⁸² Voir les nombreux exemples présentés in : MARTIN, 2006, p. 140 ss, § 207 ss. Voir cependant CJCE, arrêt du 5 juin 2008, aff. C-164/07, *Wood*, Rec. 2008, p. I-4143, § 13, où la Cour semble rejeter tout motif objectif susceptible de justifier une différence de traitement se fondant directement sur la nationalité : « Ainsi, ce traitement différent, explicitement et uniquement fondé sur la nationalité de M. Wood, constitue une discrimination directe. Au demeurant, le gouvernement français admet lui-même que dans le cas tel que celui en cause au principal, il n'y a pas de motifs susceptibles de justifier une telle différence de traitement ».

¹³⁸³ CJCE, arrêt du 20 mars 1997, aff. C-323/95, *Hayes*, Rec. 1997, p. I-1711, § 24 : « Toutefois, sans qu'il soit nécessaire d'examiner si cette situation pouvait dès lors justifier, dans les cas où un tel risque subsiste, l'imposition d'une *cautio judicatum solvi* aux non-résidents, il suffit d'observer que la disposition litigieuse, en ce qu'elle impose un traitement différent selon la nationalité du demandeur, ne respecte pas le principe de proportionnalité ».

¹³⁸⁴ EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 489, § 39.

des Etats membres de réaliser un marché commun – l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité a une portée absolue et ne doit dès lors pas faire l'objet de justifications. En ce qui concerne les cas de discriminations indirectes, ces auteurs sont d'avis que l'absence de motifs objectifs représente un élément constitutif et ne contrevient en rien au caractère absolu de l'interdiction¹³⁸⁵. Une deuxième partie de la doctrine estime que seules les différences de traitement se fondant indirectement sur le critère de la nationalité peuvent se justifier, les différences de traitement se référant directement à un tel critère faisant l'objet d'une interdiction absolue¹³⁸⁶. Ces deux premières théories se distinguent d'un point de vue dogmatique, mais se rejoignent quant au résultat. En effet, les auteurs soutiennent, dans les deux cas, le caractère absolu de l'interdiction de discrimination lorsque la différence de traitement se fonde directement sur le critère de la nationalité et admettent la possibilité de faire valoir des motifs objectifs en cas de différences de traitement se référant directement à un tel critère. La distinction se situe au niveau de la place accordée aux motifs objectifs. Selon la première thèse, l'absence de motifs objectifs représente l'une des conditions nécessaires à la réalisation d'un cas de discrimination indirecte, alors que, selon la deuxième thèse, les motifs objectifs constituent une justification possible à un tel cas de discrimination¹³⁸⁷. Un troisième groupe d'auteurs soutient enfin que tant les différences de traitement se fondant directement sur le critère de la nationalité que celles se fondant indirectement sur ce critère peuvent se justifier en vertu de motifs objectifs¹³⁸⁸.

En ce qui concerne le principe de non-discrimination tel qu'il ressort des articles 39, 43 et 49 TCE, la majorité des auteurs considèrent que seules les différences de traitement se fondant indirectement sur le critère de

¹³⁸⁵ HOLOUBEK, *Art. 12 EGV*, 2009, p. 360 ss, § 57 ss ; DOLLAT, 2008, p. 34-35. Voir également références in : VON BOGDANDY, 2007, p. 7, § 20 ; EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 489, § 39, note 97 ; STERN, 2008, p. 143, note 634 et ZULEEG, 2003, p. 689, § 2, note 10.

¹³⁸⁶ GARRONE, 1994, p. 427. Voir également références in : VON BOGDANDY, 2007, p. 7, § 20 ; EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 489, § 39, note 98 et STERN, 2008, p. 145, note 643.

¹³⁸⁷ HANGARTNER, *Freizügigkeitsabkommen*, 2003, p. 265.

¹³⁸⁸ DAMM, 2006, p. 347 ; EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 489-490, § 40 ; KUCSKO-STADLMAYER, 2005, § 32 ; MÜHL, 2004, p. 72 ; PLÖTSCHER, 2003, p. 132 ss ; ROSSI, 2000, p. 213-214 ; STERN, 2008, p. 144 ss et les références citées ; ZULEEG, 2003, p. 689, § 3.

nationalité sont susceptibles de se justifier par des motifs objectifs non expressément prévus par le Traité, les différences de traitement se fondant directement sur le critère de nationalité étant, quant à elles, uniquement soumises aux justifications prévues par le Traité (art. 39 al. 3, 45 et 55 TCE)¹³⁸⁹.

§ 2 ALCP

A la suite de la présentation de la jurisprudence de la Cour de justice ainsi que des différentes positions défendues par la doctrine communautaire, une analyse de la réglementation prévue par l'Accord doit être entreprise afin d'apprécier dans quelle mesure d'autres motifs – non expressément prévus par l'Accord – sont susceptibles de justifier des différences de traitement se fondant sur le critère de la nationalité.

I. Jurisprudence du Tribunal fédéral

Il est possible de déduire de la jurisprudence du Tribunal fédéral que tant l'article 2 ALCP que les articles 9 Annexe I-ALCP et 3 du règlement n° 1408/71 consacrent la même notion de discrimination¹³⁹⁰. Selon nous, il en va de même en ce qui concerne les articles 15 et 19 Annexe I-ALCP¹³⁹¹. Il convient dès lors de procéder à une analyse globale valant pour l'ensemble de ces dispositions.

¹³⁸⁹ BARNARD, 2007, p. 255 ss et 491 ss ; BRECHMANN, 2007, p. 726, § 49 ; BREITENMOSER/MURESAN, 2004, p. 148 ; DIETRICH, 1995, p. 370 ss ; GUNDEL, 2001, p. 79 ss ; KLUTH, *Art. 49-50 EGV*, 2007, p. 837-838, § 70-72 ; MAYER, 2003, § 14 ; TIEDJE/TROBERG, 2003, p. 1514-1515, § 114-115 et p. 1631, § 40 ; WINDISCH-GRAETZ, 2006, § 62 et 66 ; WÖLKER/GRILL, 2003, p. 1386-1387, § 153-154. Contra : BRIGOLA, 2004, p. 98 ss ; ROTH, 2000, p. 979 ss ; STERN, 2008, p. 154. Selon ces auteurs, tant les discriminations directes qu'indirectes peuvent faire l'objet de justifications objectives.

¹³⁹⁰ Selon le Tribunal fédéral, « Cette notion de discrimination sous-tend l'article 3 par. 1 du règlement n° 1408/71 au même titre que la règle d'égalité de traitement que contient l'article 9 al. 2 de l'Annexe I (« Libre circulation des personnes ») de l'ALCP pour le domaine des avantages sociaux et l'interdiction générale de discrimination de l'article 2 ALCP » [ATF 131 V 390 (398)]. Voir également ATF 131 V 209 (214) ; TF, arrêt du 14 juin 2005, H 16/04 (c. 5.2) ; ATF 131 V 371 (389).

¹³⁹¹ Cf. Partie II, Chapitre I.

Si l'on analyse la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral relative au principe de non-discrimination, nous pouvons observer que lorsqu'il constate une différence de traitement se fondant directement sur le critère de nationalité, le Tribunal fédéral n'examine pas si cette distinction peut ou non se justifier par un motif non expressément prévu par l'Accord¹³⁹². En revanche, en présence d'une différence de traitement se fondant indirectement sur le critère de nationalité, le Tribunal fédéral signale dans chaque cas la possibilité de faire valoir un motif justificatif s'il est proportionné au but poursuivi¹³⁹³. A cet égard, le Tribunal fédéral juge que les restrictions liées au système même de coordination de la sécurité sociale doivent être considérées comme objectivement justifiées et conformes au principe de proportionnalité et estime dès lors qu'elles ne sont pas contraires à l'article 3 al. 1 du règlement n° 1408/71¹³⁹⁴.

A titre d'exemple, on peut citer l'arrêt du Tribunal fédéral traitant de la compatibilité avec l'Accord des dispositions excluant du bénéfice d'une rente ordinaire de l'assurance-invalidité les personnes ne comptant pas, lors de la survenance de l'invalidité, une année entière de cotisations – faute d'avoir été affiliées à l'assurance-invalidité suisse pendant une année au moins avant la réalisation du risque – ou ne présentant pas le même nombre d'années d'assurance que les personnes de leur classe d'âge¹³⁹⁵. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a commencé par mentionner les conditions d'attribution d'une rente ordinaire d'invalidité : lors de la survenance de l'invalidité, la personne assurée doit compter au moins une année

¹³⁹² Voir notamment ATF 131 V 390 (401) ; ATF 133 V 265 (271-272) ; ATF 133 V 320 (329).

¹³⁹³ « Le principe d'égalité de traitement prohibe toutes les discriminations ostensibles fondées sur la nationalité (discriminations directes) et toutes formes dissimulées de discrimination qui, par l'application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat sans être justifiées par des raisons objectives ni proportionnées au but à atteindre (discriminations indirectes) » [ATF 133 V 265 (271-272)]. Voir également TF, arrêt du 24 octobre 2002, B 18/02 (c. 4.1) ; ATF 130 I 26 (36), JT 2005 I p. 143 ; TF, arrêt du 6 septembre 2004, 2P. 134/2003 (c. 10.2) ; ATF 131 V 209 (216) ; TF, arrêt du 14 juin 2005, H 16/04 (c. 5.3) ; ATF 131 V 390 (398 ss).

¹³⁹⁴ ATF 130 V 51 (56) ; TF, arrêt du 27 février 2004, H 281/03 (c. 4.5) ; ATF 131 V 209 (219-220) ; ATF 131 V 371 (386-387) ; ATF 131 V 390 (400-401).

¹³⁹⁵ ATF 131 V 390. Nous nous contenterons de présenter la première partie de l'arrêt relatif à la compatibilité des dispositions réglementant la rente ordinaire d'assurance-invalidité (392 ss), la deuxième partie de l'arrêt relatif à la rente extraordinaire se fondant sur le même schéma de réflexion (401 ss).

entière de cotisations (art. 36 al. 1 LAI)¹³⁹⁶ ; les rentes ordinaires sont servies sous forme de rentes complètes aux assurés qui comptent une durée complète de cotisation et sous forme de rentes partielles aux assurés qui comptent une durée incomplète de cotisation (art. 36 al. 2 LAI en liaison avec l'art. 29 al. 2 LAVS). Ensuite, après avoir constaté que l'affaire entre dans le champ d'application personnel et matériel du règlement n° 1408/71, le Tribunal fédéral a jugé que les dispositions prévoyant les conditions à remplir pour bénéficier d'une rente ordinaire d'invalidité ne constituent pas une discrimination directe au sens de l'article 3 al. 1 du règlement n° 1408/71, les ressortissants suisses et étrangers devant indistinctement remplir la condition d'une année entière de cotisations lors de la survenance de l'invalidité. Le Tribunal fédéral a toutefois souligné que pour être assuré à l'AI suisse, il faut, en principe, être domicilié en Suisse ou y exercer une activité lucrative (art. 1b LAI en relation avec les articles 1a et 2 LAVS). Il a dès lors jugé que ces dispositions sont susceptibles, de par leur nature même, d'affecter davantage les ressortissants d'autres Etats membres et constituent dès lors une discrimination indirecte au sens de l'article 3 al. 1 du règlement n° 1408/71, à moins d'être objectivement justifiées et proportionnées au but poursuivi. A cet égard, le Tribunal fédéral a rappelé que le règlement n° 1408/71 n'a pas pour objet d'instituer une harmonisation, mais uniquement une coordination des législations de sécurité sociale des Etats membres, et n'interdit pas de prévoir une durée minimale d'assurance. Au contraire, son article 48 al. 1 dispose que l'institution d'un Etat membre n'est pas tenue d'accorder des prestations au titre de périodes accomplies sous la législation qu'elle applique et qui sont à prendre en considération au moment de la réalisation du risque si la durée totale desdites périodes n'atteint pas une année. Cette restriction se base, selon le Tribunal fédéral – qui s'inspire de la jurisprudence communautaire –, sur la volonté d'éviter des frais de calcul et de transmission supérieurs aux prestations elles-mêmes, en raison du caractère minime des montants dus au prorata des périodes d'assurance. Ainsi, la condition de durée consacrée à l'article 36 al. 1 LAI correspondant à la solution choisie par le législateur communautaire lui-même, doit être, selon le Tribunal fédéral, considérée comme objectivement justifiée et conforme au principe de proportionnalité¹³⁹⁷.

¹³⁹⁶ L'article 36 al. 1 LAI exige aujourd'hui trois années de cotisation.

¹³⁹⁷ Selon METRAL/MOSER-SZELESS, « le règlement n° 1408/71 semble au contraire prescrire de prendre en considération les périodes d'assurance accomplies à l'étranger, dans le cadre du système de totalisation des périodes d'assurance (puis de

II. Doctrine

Il convient ensuite d'examiner la position de la doctrine relative au rôle des motifs justificatifs non expressément prévus par l'Accord. En premier lieu, HANGARTNER rappelle que les Etats membres de l'Union doivent respecter, aux termes de l'article 6 al. 1 et 2 TUE, les principes de liberté, de démocratie, de respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que de l'Etat de droit qui sont communs à l'ensemble des Etats membres et considère que ces principes doivent également être pris en compte lors de l'interprétation de l'Accord. Partant de ce constat, il estime que, en présence de différences de traitement se fondant tant directement qu'indirectement sur le critère de nationalité, il est possible de faire valoir des motifs justificatifs lorsqu'ils s'inspirent de tels principes communs à l'ensemble des Etats parties¹³⁹⁸.

En deuxième lieu, BREITENMOSER et MURESAN considèrent que seuls les différences de traitement se fondant indirectement sur le critère de nationalité peuvent se justifier par des motifs objectifs et proportionnés au but poursuivi¹³⁹⁹. Selon eux, si l'on décide de transposer la construction de discrimination indirecte développée par la jurisprudence communautaire dans le cadre de l'Accord, celle-ci doit alors s'accompagner d'une reprise des développements jurisprudentiels relatifs aux motifs justificatifs. A cet égard, ces auteurs sont d'avis que la Cour de justice n'examine le caractère justifié d'une différence de traitement que lorsque que celle-ci se fonde indirectement sur la nationalité¹⁴⁰⁰.

Lors de leur analyse des dispositions de l'Accord relatives à la libre prestation de services, MARITZ et IKEN soutiennent, quant à eux, sur la base de

proratisation du droit à la rente). Un tel système conduirait à verser une fraction d'une rente extraordinaire – certes d'un faible montant – à celui qui ne compte pas une année entière de cotisations en Suisse, mais le même nombre d'années d'assurance que les personnes de sa classe d'âge dans l'ensemble des Etats parties à l'ALCP. Cela dit, l'art. 48 par. 1 du règlement n° 1408/71, auquel se réfère également le TFA (c. 7.3.2), [...] paraît effectivement opposable à l'assuré qui ne compte pas une année au moins d'assurance en Suisse au moment de la survenance du risque » (METRAL/MOSER-SZELESS, 2007, note 91).

¹³⁹⁸ HANGARTNER, *Freizügigkeitsabkommen*, 2003, p. 264-265.

¹³⁹⁹ Dans le même sens, CARDINAUX, 2008, p. 36-37, § 65 ; IMHOF, *FZA/EFTA*, 2006, § 25 et 28 ; TOBLER, 2006, § 35, note 85.

¹⁴⁰⁰ BREITENMOSER/MURESAN, 2004, p. 151.

l'article 22 al. 4 Annexe I, que seules les dispositions instituant une entrave à la libre prestation de services peuvent se justifier par des motifs objectifs. En ce qui concerne les mesures instituant une différence de traitement en raison de la nationalité, ils considèrent que seules l'exception de l'ordre public et la réserve de la puissance publique sont susceptibles de les justifier¹⁴⁰¹. Par ailleurs, IKEN procède également à l'examen des dispositions relatives aux travailleurs et aux indépendants. Il considère que les développements jurisprudentiels concernant les motifs justificatifs sont liés à l'extension du champ d'application des dispositions garantissant la libre circulation des travailleurs et la liberté d'établissement. En effet, selon lui, la nécessité pour la Cour de recourir à d'autres motifs justificatifs non expressément prévus par le Traité est la conséquence de l'application des dispositions du Traité non plus seulement aux mesures discriminatoires, mais également à toutes les mesures prévoyant une entrave à la libre circulation¹⁴⁰². Or le principe de l'interdiction des entraves ne trouve pas, selon IKEN, application dans le cadre de l'Accord. Il n'est dès lors pas nécessaire de faire appel à d'autres motifs justificatifs¹⁴⁰³.

III. Synthèse et appréciation critique

Selon nous, il convient, en premier lieu, d'examiner le texte de l'Accord. Ainsi, bien que l'analyse de l'article 5 al. 1 Annexe I-ALCP semble, à première vue, exclure la possibilité de faire valoir d'autres motifs justificatifs – cette disposition prévoyant que les droits octroyés par l'Accord ne peuvent être limités « *que par* des mesures justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique »¹⁴⁰⁴ –, l'article 22 al. 4 Annexe I-ALCP nous permet d'écarter une telle conclusion. En effet, il prévoit expressément le droit de faire valoir d'autres motifs justificatifs¹⁴⁰⁵. Par ailleurs, contrairement à la position défendue par MARITZ

¹⁴⁰¹ IKEN, 2003, p. 125-126 ; MARITZ, 2001, p. 344 ss.

¹⁴⁰² IKEN, 2003, p. 115.

¹⁴⁰³ IKEN, 2003, p. 115.

¹⁴⁰⁴ Nous soulignons. En allemand, « nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind » ; en italien, « soltanto da misure giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e pubblica sanità ».

¹⁴⁰⁵ Selon l'article 22 al. 4 Annexe I-ALCP, « les dispositions de l'article 17, point a), et 19 de la présente annexe ne préjugent pas de l'applicabilité des dispositions [...] de

et IKEN, cette disposition peut, selon nous, justifier des différences de traitement. Elle institue, en effet, une exception à l'application du principe de non-discrimination consacré par l'article 19 Annexe I-ALCP. En deuxième lieu, il ressort de l'analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral – qui s'inspire de la jurisprudence communautaire – que le Tribunal fédéral ne se contente pas de faire valoir des justifications se basant sur des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, mais examine également si d'autres motifs objectifs peuvent être invoqués¹⁴⁰⁶.

La possibilité de faire valoir d'autres motifs objectifs étant admise, il reste encore à déterminer dans quels cas il est concevable de les invoquer. IKEN soutient que seules les entraves à la libre circulation peuvent se justifier par des motifs objectifs, le développement de ces motifs représentant la conséquence de l'extension de l'applicabilité des articles 39, 43 et 49 TCE aux entraves à la libre circulation. Cet argument doit être écarté. En effet, il ressort de l'analyse des arrêts de la Cour de justice que la consécration de nouveaux motifs justificatifs non expressément prévus par le Traité a précédé l'extension du champ d'application matériel de ces dispositions aux entraves à la libre circulation¹⁴⁰⁷. BREITENMOSE et MURESAN soutiennent, quant à eux, que tant les entraves que les mesures instituant une différence de traitement indirectement fondée sur la nationalité sont susceptibles de se justifier par des motifs objectifs. Ils considèrent en revanche – en se fondant sur la jurisprudence communautaire – que seules les justifications expressément prévues peuvent permettre de légitimer des différences de traitement se fondant directement sur le critère de nationalité. Comme nous l'avons vu précédemment, la jurisprudence de la Cour n'est pas si explicite. Au contraire, dans plusieurs de ses arrêts, la Cour admet, de manière implicite, la possibilité de faire valoir des motifs objectifs pour justifier des différences de traitement directement fondées sur la nationalité¹⁴⁰⁸. Or, selon nous, cette manière de procéder est cohérente. En effet, l'instauration de la notion de discrimination indirecte se déduit du fait qu'une mesure s'appuyant sur un critère neutre peut en réalité aboutir

chaque partie contractante [...] justifiées par des raisons impérieuses liées à un intérêt général ».

¹⁴⁰⁶ Cf. notamment TF, arrêt du 24 octobre 2002, B 18/02 (c. 4.1) ; ATF 130 I 26 (36), JT 2005 I p. 143 ; TF, arrêt du 6 septembre 2004, 2P. 134/2003 (c. 10.2) ; ATF 131 V 209 (216) ; TF, arrêt du 14 juin 2005, H 16/04 (c. 5.3) ; ATF 131 V 390 (398 ss) ; ATF 133 V 265 (271-272).

¹⁴⁰⁷ MARTIN, 2006, p. 116-117, § 171.

¹⁴⁰⁸ MARTIN, 2006, p. 140 ss, § 207 ss.

au même résultat que celle créant une discrimination directement fondée sur la nationalité¹⁴⁰⁹. Partant de ce constat, il se justifie de garantir la possibilité de faire valoir des motifs objectifs en présence de différences de traitement se fondant tant directement qu'indirectement sur le critère de nationalité¹⁴¹⁰. Il convient toutefois de souligner que, dans la première hypothèse, les motifs devront être particulièrement importants et ne seront considérés comme objectivement justifiés que dans de rares cas¹⁴¹¹.

Section 5 Droits fondamentaux : justification objective lors de l'application horizontale du principe de non-discrimination

Pour conclure ce chapitre consacré aux limites du droit à l'interdiction de discrimination et à la libre circulation, il est nécessaire d'examiner dans quelle mesure les droits fondamentaux des particuliers sont susceptibles de constituer une justification objective.

§ 1 Droit communautaire

Dans le cadre de l'identification des destinataires des principes de libre circulation et de non-discrimination, nous avons relevé que la Cour de justice a jugé, dans le cadre de l'affaire *Bosman*, que les règles de transfert édictées par l'association sportive en cause ne peuvent pas être considérées comme nécessaires pour garantir l'exercice de la liberté d'association¹⁴¹². Elle laisse ainsi entendre que les droits fondamentaux des particuliers – la liberté d'association, en l'occurrence – doivent être pris en considération lors de l'application horizontale de l'article 39 TCE.

¹⁴⁰⁹ EPINEY, 2007, p. 490, § 40 ; MARTIN, 2006, p. 597, § 917 ; ROSSI, 2000, p. 213-214.

¹⁴¹⁰ Dans le même sens, BENESCH, 2007, p. 131 ; HANGARTNER, *Freizügigkeitsabkommen*, 2003, p. 265. En ce qui concerne l'article 12 al. 1 TCE, EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 490, § 40 ; KUCSKO-STADLMAYER, 2005, § 32 ; ROSSI, 2000, p. 213-214. Concernant les articles 39, 43 et 49 TCE, BRIGOLA, 2004, p. 98 ss ; ROTH, 2000, p. 979 ss. Contra : IMHOF, *FZA/EFTA*, 2006, § 25 ; KÄLIN, 2002, p. 32.

¹⁴¹¹ Par exemple dans le domaine de la culture, DIETRICH, 1995, p. 391. Voir également EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 490, § 40 ; KUCSKO-STADLMAYER, 2005, § 32.

¹⁴¹² CJCE, arrêt du 15 décembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. 1995, p. I-4921, § 79-81. Cf. Partie II, Chapitre V, Section 2, § 2, II., B., 1., c.

Elle ne précise toutefois pas dans quelle mesure ils sont susceptibles de limiter la garantie consacrée par cette disposition¹⁴¹³.

Nous avons par ailleurs pu constater que la Cour reconnaît, dans ses arrêts *Viking* et *Laval*, que le droit de mener une action collective constitue un droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire et s'avérant susceptible de justifier une restriction aux libertés fondamentales¹⁴¹⁴. Elle précise également que l'exercice des droits fondamentaux doit se concilier avec les exigences relatives aux libertés fondamentales et être conforme au principe de proportionnalité¹⁴¹⁵.

Les arrêts *Bosman*, *Viking* et *Laval* nous enseignent qu'il convient, en fonction de chaque situation, de procéder à une pesée des intérêts en cause¹⁴¹⁶, le poids accordé aux droits fondamentaux devant logiquement être plus important en présence d'une entrave à caractère non discriminatoire qu'en présence d'une différence de traitement fondée directement sur la nationalité¹⁴¹⁷. Au reste, la faculté de valablement justifier une telle différence est au mieux sujette à caution. En effet, les droits fondamentaux doivent être appliqués de manière non discriminatoire et ce n'est que dans des circonstances très particulières qu'un droit fondamental est susceptible de justifier une telle différence de traitement. En revanche, la faculté de justifier des mesures neutres en apparence, mais ayant un impact différencié sur les personnes en fonction de leur nationalité, paraît plus facilement envisageable¹⁴¹⁸.

Suite à la présentation de la jurisprudence de la Cour relative au rôle des droits fondamentaux en tant que justification objective, il y a lieu

¹⁴¹³ FÖRSTER, 2007, p. 32.

¹⁴¹⁴ CJCE, arrêt du 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *Viking*, Rec. 2007, p. I-10779, § 44 ss ; CJCE, arrêt du 18 décembre 2007, aff. C-341/05, *Laval*, Rec. 2007, p. I-11767, § 91 ss. Cf. Partie II, Chapitre V, Section 2, § 2, II., B., 5., a et b.

¹⁴¹⁵ CJCE, arrêt du 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *Viking*, Rec. 2007, p. I-10779, § 46 ; CJCE, arrêt du 18 décembre 2007, aff. C-341/05, *Laval*, Rec. 2007, p. I-11767, § 94 et les références citées.

¹⁴¹⁶ CJCE, arrêt du 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *Viking*, Rec. 2007, p. I-10779, § 46 ; CJCE, arrêt du 18 décembre 2007, aff. C-341/05, *Laval*, Rec. 2007, p. I-11767, § 94 ; PIEBKALLA, 2007, p. 1148. Concernant l'arrêt *Bosman*, cf., BRECHMANN, 2007, p. 730, § 57 ; HONEGGER, 2005, p. 260 ; RÖTHEL, 2001, p. 916.

¹⁴¹⁷ Dans le même sens, FÖRSTER, 2007, p. 204 ss.

¹⁴¹⁸ Dans le même sens, EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007, p. 490, § 40. Sur ce point, voir également Partie II, Chapitre VI, Section 4.

d'examiner dans quelle mesure les principes développés par la Cour sont transposables à l'ALCP.

§ 2 ALCP

Contrairement au droit communautaire, l'ALCP ne consacre pas de droits fondamentaux tels que la liberté d'association susceptibles d'entrer en conflit avec l'interdiction de discrimination ou l'égalité de traitement au sens des articles 2 ALCP, 9, 15 et 19 Annexe I-ALCP. L'examen effectué par la Cour dans le cadre des arrêts *Bosman*, *Viking* et *Laval* n'est dès lors pas directement transposable à l'ALCP. Ceux-ci nous permettent toutefois de procéder à un raisonnement par analogie. Ainsi, lors de l'application des articles 2 ALCP, 9, 15 ou 19 Annexe I-ALCP, les droits fondamentaux consacrés par la CEDH – notamment les articles 8, 10 et 11 CEDH – ou un autre instrument international peuvent être pris en considération¹⁴¹⁹.

Il est ainsi possible de déduire des arrêts *Bosman*, *Viking* et *Laval* la faculté – pour les destinataires de l'interdiction de discrimination ou de l'égalité de traitement – de tenter de justifier une différence de traitement en faisant valoir leurs droits fondamentaux consacrés par la CEDH, voire par d'autres instruments internationaux de protection des droits de l'homme. Il convient ensuite de procéder à une pesée des intérêts en présence, étant entendu que la justification d'une différence de traitement en raison de la nationalité s'avérera difficile, ne serait-ce que parce que la CEDH elle-même interdit les discriminations en raison de la nationalité dans le champ de protection des droits et libertés qu'elle garantit¹⁴²⁰.

Il convient de s'arrêter encore quelques instants sur les arrêts *Viking* et *Laval*. La Cour de justice ouvre la porte à une justification de l'action collective d'une organisation syndicale en se fondant notamment sur la finalité sociale de la Communauté européenne¹⁴²¹ qui contrebalance, en partie à tout le moins, sa finalité économique. Une telle finalité fait défaut

¹⁴¹⁹ A titre d'exemple, cf. HINTERSTEINER, 1999, p. 270 ss.

¹⁴²⁰ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Aziz contre Chypre* du 22 juin 2004, requête n° 69949/01, Rec. 2004-V, § 36-38 ; cf. notamment SCHWEIZER, 2007, p. 44, § 97-100.

¹⁴²¹ CJCE, arrêt du 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *Viking*, Rec. 2007, p. I-10779, § 77-79 et CJCE, arrêt du 18 décembre 2007, aff. C-341/05, *Laval*, Rec. 2007, p. I-11767, § 91 et 105.

dans l'ALCP, si l'on excepte les questions en matière d'assurances sociales liées à la libre circulation. L'ALCP est, de ce point de vue, moins « équilibré » que le Traité CE. Par ailleurs, la dimension sociale de l'article 11 CEDH reste limitée pour l'instant, même si la jurisprudence de la Cour européenne connaît une évolution importante depuis quelques années¹⁴²².

Il faut dès lors se garder de reprendre purement et simplement la jurisprudence *Viking* et *Laval*, en permettant à un indépendant ou à un prestataire de services d'opposer respectivement les articles 15 et 19 Annexe I-ALCP à une action collective d'un syndicat, puis d'empêcher celui-ci de justifier son action, en arguant de l'absence de finalité sociale autonome de l'ALCP et de la dimension sociale réduite de l'article 11 CEDH. Le contexte dans lequel s'inscrivent ces arrêts n'est, en d'autres termes, pas le même que celui existant en Suisse. Ainsi, les autorités suisses pourraient, s'agissant de la justification d'une action collective, aller au-delà de ce qui résulte du seul article 11 CEDH. Ce faisant, elles aboutiraient, en définitive, à une pesée des intérêts comparable à celle préconisée par la Cour de justice dans ses arrêts *Viking* et *Laval*. L'article 16 al. 2, 2^{ème} phrase, ALCP ne s'oppose pas à une telle approche.

¹⁴²² Cf. SUDRE, 2008, p. 555-560 et les références ; RENUCCI, 2007, p. 499-504 et les références.

Chapitre VII Conséquences d'une violation de l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité

Il convient, en dernier lieu, de déterminer les implications juridiques de la violation de l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité.

Il faut souligner, au préalable, que la jurisprudence communautaire n'est en principe pas pertinente sur ce point. La Cour de justice étant en effet appelée à se prononcer sur la présence d'un cas de discrimination dans le cadre d'une procédure en manquement (art. 226-228 TCE) ou dans le cadre d'un renvoi préjudiciel (art. 234 TCE), elle ne bénéficie pas de la compétence de déterminer les conséquences liées à un tel constat¹⁴²³. C'est aux Etats membres qu'il appartient de mettre en œuvre les conclusions adoptées par la Cour¹⁴²⁴.

Par ailleurs, outre l'article 9 al. 4 Annexe I-ALCP qui prévoit la nullité des réglementations instituant des clauses discriminatoires, l'Accord ne précise pas les conséquences devant résulter de la constatation d'un cas de discrimination.

Partant de ce constat, nous nous fonderons sur les principes généraux s'appliquant à la relation entre le droit interne et le droit international développés précédemment¹⁴²⁵. Notre examen commencera par un rappel du principe d'interprétation conforme¹⁴²⁶ et se poursuivra par une analyse des conséquences d'une violation de l'interdiction de discrimination dans une relation liant l'Etat¹⁴²⁷ à un particulier¹⁴²⁸, ainsi que dans une relation

¹⁴²³ STERN, 2008, p. 158.

¹⁴²⁴ STERN, 2008, p. 158-159. Voir également CJCE, arrêt du 17 juillet 2008, aff. C-94/07, *Raccanelli*, Rec. 2008, p. I-5939, § 51 selon lequel la Cour juge qu'il appartient « à la juridiction de renvoi d'apprécier, au regard de la législation nationale applicable en matière de responsabilité non contractuelle, la nature de la réparation à laquelle le requérant au principal serait en droit de prétendre ».

¹⁴²⁵ Principe de la primauté du droit international, cf. Partie I, Chapitre IV, Section 3.

¹⁴²⁶ Cf. Partie II, Chapitre VII, Section 1.

¹⁴²⁷ Par « Etat », il faut comprendre les différents organes de la Confédération, des cantons et de leurs communes ainsi que les organismes de droit public et privé qui agissent au nom de l'Etat. Cf. Partie II, Chapitre V, Section 2, § 1.

liant deux particuliers entre eux¹⁴²⁹ – lorsqu'une telle interprétation ne peut trouver application.

Section 1 Principe de l'interprétation conforme

Comme nous l'avons vu précédemment¹⁴³⁰, lorsqu'il s'agit d'interpréter le droit interne, il y a lieu de privilégier le principe de l'interprétation conforme¹⁴³¹. Le recours à ce principe contribue à l'effet utile de l'ALCP et permet ainsi d'éviter l'apparition de discriminations contraires à l'Accord. Rappelons toutefois que cette méthode d'interprétation ne peut entrer en ligne de compte que lorsque l'on est en présence de concepts indéterminés perméables au principe de non-discrimination¹⁴³². En l'absence de perméabilité, la présence d'un cas de discrimination doit être admise. Or les conséquences liées à un tel constat ne sont pas les mêmes selon que l'on se trouve en présence d'une relation verticale – lorsque l'Etat¹⁴³³ est destinataire de l'interdiction de discrimination – ou d'une relation horizontale – lorsqu'un particulier¹⁴³⁴ est destinataire de l'interdiction¹⁴³⁵.

¹⁴²⁸ Cf. Partie II, Chapitre VII, Section 2.

¹⁴²⁹ Cf. Partie II, Chapitre VII, Section 3.

¹⁴³⁰ Cf. Partie I, Chapitre IV, Section 3.

¹⁴³¹ ATF 94 I 669 (678), JT 1970 I p. 316 ; ATF 112 II 1 (13), JT 1986 I p. 633 ; ATF 125 II 417 (424), SJ 2000 I 202 ; ATF 128 IV 201 (205) ; ATF 130 I 312 (317) ; Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997, p. 137 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, *L'Etat*, 2006, p. 459, § 1298 et p. 461, § 1302 ; COTTIER/HERTIG, 1999, p. 11 ; DIETRICH, 1995, p. 413-414 et 420.

¹⁴³² DIETRICH, 1995, p. 414 ; MARTENET, 2006, p. 426-427.

¹⁴³³ Par « Etat », on entend la Confédération, les cantons, leurs communes et d'autres organismes de droit public ou de droit privé agissant au nom de l'Etat (cf. Partie II, Chapitre V, Section 2, § 1).

¹⁴³⁴ On entend ici les personnes physiques ou morales de droit privé (cf. Partie II, Chapitre V, Section 2, § 2).

¹⁴³⁵ DIETRICH, 1995, p. 411.

Section 2 Conséquences d'une violation de l'interdiction de discrimination dans une relation liant l'Etat à un particulier

Lorsqu'il s'agit d'analyser les conséquences d'une violation de l'interdiction de discrimination dans une relation liant l'Etat à un particulier, il y a lieu de distinguer en fonction du type d'acte dont il est question. Les conséquences découlant de la constatation d'une différence de traitement injustifiée ne sont en effet pas les mêmes suivant l'acte dont il s'agit : norme, décision ou contrat – de droit administratif ou de droit privé – présentant un caractère discriminatoire.

§ 1 Norme instituant une discrimination en raison de la nationalité

Lorsque l'on est en présence d'une règle générale et abstraite présentant un caractère discriminatoire, deux types de situations peuvent se rencontrer.

En premier lieu, une discrimination peut résulter de la soumission des ressortissants de l'UE ou des nationaux ayant fait usage de leur droit à la libre circulation à certaines restrictions ou certains désavantages. Dans un tel cas, il se justifie soit d'annuler – dans le cadre d'un contrôle abstrait – la condition discriminatoire, soit de renoncer – dans le cadre d'un contrôle concret – à l'application de cette condition¹⁴³⁶. A titre d'exemple, le Tribunal fédéral a jugé qu'il y avait lieu de renoncer à l'exigence de domicile prévue par les articles 6 al. 2 et 9 al. 3 LAI, celle-ci contrevenant à l'interdiction de discrimination consacrée à l'article 3 du règlement n° 1408/71¹⁴³⁷.

¹⁴³⁶ DIETRICH, 1995, p. 412-413. Voir également BRECHMANN, 2007, p. 730, § 58.

¹⁴³⁷ TF, arrêt du 22 janvier 2008, 9C_281/2007 (c. 4.2) et les références citées : « dass sich die Versicherte bezüglich des geltend gemachten Anspruchs auf Kostengutsprache für die angebotenen medizinischen Massnahmen auf das in Art. 3 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 (bzw. in Art. 2 FZA) verankerte Gebot der Nicht-Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit berufen könne, weshalb ihr die spezifischen, für ausländische Staatsangehörige geltenden versicherungsmässigen Voraussetzungen nicht entgegeng gehalten werden könnten ».

La discrimination peut, en second lieu, être le fruit de la non-attribution de certains avantages aux ressortissants étrangers ou aux nationaux ayant fait usage de leur droit à la libre circulation¹⁴³⁸. Dans une telle situation, il n'est pas possible de renoncer à l'application de la condition. Ce procédé aurait en effet pour conséquence de priver injustement les nationaux n'ayant pas fait usage de leur droit à la libre circulation de certains avantages¹⁴³⁹. Aussi se justifie-t-il en principe, en pareilles situations, d'étendre l'application de ces différentes dispositions aux bénéficiaires de l'ALCP¹⁴⁴⁰.

§ 2 Décision instituant une discrimination en raison de la nationalité

Lorsque les organes d'exécution bénéficient d'un pouvoir d'appréciation ou appliquent des normes offrant plusieurs interprétations¹⁴⁴¹, ils sont susceptibles de rendre des décisions administratives instituant des différences de traitement contraires au principe de non-discrimination consacré par l'Accord. Se pose alors la question du traitement qu'il convient de réserver à de telles décisions.

Puisque la sanction de la nullité peut être invoquée en tout temps, devant toute autorité et se caractérise par un effet rétroactif, elle représente une atteinte importante à la sécurité du droit¹⁴⁴² et constitue dès lors l'exception¹⁴⁴³. Le recours à cette sanction suppose la réunion de trois

¹⁴³⁸ DIETRICH, 1995, p. 416.

¹⁴³⁹ DIETRICH, 1995, p. 417.

¹⁴⁴⁰ Selon le Tribunal fédéral, « en présence d'une discrimination, la recourante aurait droit à la prestation comme si elle remplissait les conditions d'octroi de celle-ci. En effet, lorsque le droit national prévoit un traitement différencié entre plusieurs groupes de personnes, en violation de l'interdiction de discrimination, les membres du groupe défavorisé doivent être traités de la même façon et se voir appliquer le même régime que les autres intéressés. Tant que la réglementation nationale n'est pas aménagée de manière non discriminatoire, ce régime reste le seul système de référence valable » [ATF 131 V 390 (398-399) qui fait référence à l'arrêt de la CJCE du 26 janvier 1999, aff. C-18/95, *Terhoeve*, Rec. 1999, p. I-345, § 57]. Voir également ATF 131 V 209 (216); TF, arrêt du 14 juillet 2005, H 16/04 (c. 5.4); ATF 132 V 184 (190); TF, arrêt du 17 février 2006, H 289/03 (c. 5.2); ATF 133 V 265 (272); ATF 133 V 320 (323); TF, arrêt du 12 février 2008, 9C_277/2007 (4.3).

¹⁴⁴¹ GRISEL, 2009, p. 161.

¹⁴⁴² MOOR, 2002, p. 306.

¹⁴⁴³ TSCHANNEN/ZIMMERLI, 2005, p. 265, § 16.

conditions : la décision doit faire l'objet d'un vice grave. Ce vice doit être patent, et l'admission de la nullité ne doit pas léser gravement la sécurité du droit¹⁴⁴⁴.

D'une manière générale, le constat de l'irrégularité d'une décision administrative entraîne son annulabilité plutôt que sa nullité¹⁴⁴⁵. Tel est notamment le cas, selon le Tribunal fédéral, lorsqu'il est question de décisions administratives frappées d'irrégularités matérielles¹⁴⁴⁶.

Partant du constat selon lequel une violation du principe de non-discrimination consacré par l'Accord ne constitue pas, en règle générale, un vice *patent*, il y a lieu d'admettre que les décisions administratives rendues en violation de l'Accord sont annulables. La sanction de l'annulation peut être prononcée si l'administré a saisi l'autorité compétente dans le délai prévu¹⁴⁴⁷. Une fois le délai de recours écoulé, la décision bénéficie de l'autorité formelle de chose décidée¹⁴⁴⁸. Elle peut toutefois encore faire l'objet d'une révocation qui est prononcée d'office ou sur requête à la suite d'une balance des intérêts – il y a lieu de comparer l'intérêt à la bonne application du droit et le principe de la sécurité du droit – par l'organe qui a adopté la décision ou une autorité de surveillance¹⁴⁴⁹. A notre sens, lors de l'analyse des différents intérêts en présence, il est également nécessaire de tenir compte de la volonté des Etats parties de garantir l'effectivité de l'Accord¹⁴⁵⁰ – qui se déduit de l'article 16 al. 1

¹⁴⁴⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 2006, p. 201, § 956 et les références citées ; MOOR, 2002, p. 311 ; NGUYEN, 1998, p. 117 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI, 2005, p. 265-266, § 17.

¹⁴⁴⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 2006, p. 199, § 951 ; MOOR, 2002, p. 308 ; NGUYEN, 1998, p. 118 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI, 2005, p. 265, § 15.

¹⁴⁴⁶ ATF 104 Ia 172 (177), JT 1980 I p. 330 ; ATF 91 I 374 (381-382). Voir également HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 2006, p. 204, § 981 ; MOOR, 2002, p. 321 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI, 2005, p. 266, § 18.

¹⁴⁴⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 2006, p. 200, § 953 ; MOOR, 2002, p. 308 ; NGUYEN, 1998, p. 118 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI, 2005, p. 265, § 15.

¹⁴⁴⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 2006, p. 200, § 953 ; MOOR, 2002, p. 323 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI, 2005, p. 265, § 15.

¹⁴⁴⁹ Cf. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 2006, p. 216 ss, § 1033 ss ; MOOR, 2002, p. 326 ss ; TSCHANNEN/ZIMMERLI, 2005, p. 267 ss, § 21 ss.

¹⁴⁵⁰ Voir par analogie CJCE, arrêt du 21 septembre 1983, aff. 205-215/82, *Milchkontor GmbH*, Rec. 1983, p. 2633, § 22 ; CJCE, arrêt du 20 mars 1997, aff. C-24/95, *Alcan*, Rec. 1997, p. I-1591, § 24.

ALCP¹⁴⁵¹. Par ailleurs, lorsque l'autorité compétente agit sur requête, l'article 16 al. 1 ALCP doit également avoir pour fonction de limiter la faculté de celle-ci de refuser de procéder à un nouvel examen, la liberté de refuser d'entrer en matière dont bénéficie l'autorité pouvant nuire à l'application effective de l'Accord.

Lorsqu'il est question d'une décision administrative instaurant certains désavantages à l'encontre des ressortissants de l'UE ou des nationaux ayant fait usage de leur droit à la libre circulation, il appartient à l'autorité compétente de réformer ou, selon les cas, d'annuler la décision discriminatoire et le cas échéant de rembourser les prestations indues¹⁴⁵², voire de verser une réparation pour le dommage subi¹⁴⁵³.

A l'inverse, l'autorité compétente doit étendre l'octroi de certains avantages aux ressortissants étrangers ou aux nationaux ayant fait usage de leur droit à la libre circulation lorsque la décision annulée avait pour objet le refus de leur attribution. Une réparation pour le dommage subi peut par ailleurs également être exigée à certaines conditions¹⁴⁵⁴.

§ 3 Contrat de droit administratif contraire au principe de non-discrimination

Lorsqu'elle conclut un contrat de droit administratif, l'administration est susceptible de faire naître des cas de discrimination contraires à l'Accord tant au stade de la conclusion du contrat, de la détermination de son contenu et de sa résiliation. Il y a lieu d'analyser les conséquences liées à la présence d'un cas de discrimination à ces différents stades.

Le droit administratif ne prévoyant pas de réglementation générale applicable aux relations contractuelles de l'administration, il est nécessaire de se référer par analogie – à défaut de réglementations spéciales – au Code

¹⁴⁵¹ Rappelons que, selon cette disposition, les Etats parties doivent garantir l'application dans leurs relations des droits et obligations équivalant à ceux contenus dans les actes juridiques de la Communauté européenne auxquels il est fait référence. Cf. Partie I, Chapitre IV, Section 4.

¹⁴⁵² Concernant les conditions de l'action en répétition de l'indû, cf. MOOR, 2002, p. 146 ss.

¹⁴⁵³ Concernant les conditions de responsabilité, cf. Partie II, Chapitre VII, Section 2, § 6.

¹⁴⁵⁴ Concernant les conditions de responsabilité, cf. Partie II, Chapitre VII, Section 2, § 6.

des obligations¹⁴⁵⁵. Soulignons toutefois que, vu que le contrat de droit administratif poursuit un intérêt public, il se justifie également de s'inspirer du régime applicable à la décision administrative¹⁴⁵⁶.

I. Formation du contrat

Au stade de la conclusion du contrat, la présence d'une discrimination se caractérise par le refus de l'administration de conclure un contrat avec un particulier en raison de sa nationalité.

En pareille situation, le refus de contracter pourra faire l'objet d'un recours¹⁴⁵⁷ à la condition que la théorie des deux niveaux soit admise¹⁴⁵⁸ – la décision de refus sera alors annulée et il restera ensuite à déterminer dans quelle mesure le contrat conclu peut faire l'objet d'une révocation¹⁴⁵⁹.

Si tel n'est pas le cas, les dispositions du droit privé doivent, à notre sens, s'appliquer par analogie¹⁴⁶⁰. Se pose alors la question très controversée de la naissance ou non d'une obligation de contracter (« Kontrahierungspflicht » ou « Kontrahierungszwang »). A cet égard, nous verrons que différents principes ou dispositions du droit privé suisse – associés la garantie d'effectivité¹⁴⁶¹ – sont susceptibles de faire naître une telle obligation¹⁴⁶².

¹⁴⁵⁵ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations), RS 220. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 2006, p. 233, § 1102 ; MOOR, 2002, p. 388 ; NGUYEN, 1998, p. 61 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI, 2005, p. 315, § 1 ; WALDMANN, 2007, p. 12.

¹⁴⁵⁶ MOOR, 2002, p. 388.

¹⁴⁵⁷ Sur la distinction entre le contentieux par voie de recours et le contentieux par voie d'action, cf. BLANCHARD, 2005, p. 119 ss.

¹⁴⁵⁸ MOOR, 2002, p. 397 ; NGUYEN, 1998, p. 83. Voir également HÄNER, 2007, p. 45 ss ; TSCHANNEN/ZIMMERLI, 2005, p. 316, § 6. Pour un aperçu des positions défendues par la doctrine et la jurisprudence, cf. ABEGG, 2009, p. 97 ss.

¹⁴⁵⁹ NGUYEN, 1998, p. 283.

¹⁴⁶⁰ Il y a dès lors lieu d'admettre la présence d'un contentieux par voie d'action, BLANCHARD, 2005, p. 235-236.

¹⁴⁶¹ Cf. art. 16 al. 1 ALCP.

¹⁴⁶² Cf. Partie II, Chapitre VII, Section 3, § 1, I.

Soulignons par ailleurs que le refus discriminatoire de contracter est susceptible de faire naître un dommage pouvant donner lieu au paiement de dommages-intérêts¹⁴⁶³.

II. Contenu du contrat

En présence d'un contrat dont le contenu est illicite, la jurisprudence et la doctrine majoritaire s'inspirent du régime applicable aux décisions administratives.

Ainsi, la sanction de la nullité – contrairement au droit privé – ne doit être admise que de manière exceptionnelle, aux mêmes conditions que pour les décisions¹⁴⁶⁴.

La sanction de l'annulabilité représentant toutefois un « moyen de protection procédural »¹⁴⁶⁵, elle ne s'applique pas de manière optimale aux relations contractuelles¹⁴⁶⁶. Le Tribunal fédéral et la doctrine semblent ainsi lui préférer la voie de la révocation qui, de même qu'en matière décisionnelle, ne peut être admise qu'à la suite d'une balance des intérêts¹⁴⁶⁷.

Une fois la révocation admise, les prestations exécutées peuvent être répétées¹⁴⁶⁸. Il y a par ailleurs lieu d'examiner dans quelle mesure des dommages-intérêts peuvent être perçus¹⁴⁶⁹.

¹⁴⁶³ Cf. Partie II, Chapitre VII, Section 2, § 6.

¹⁴⁶⁴ KLEIN, 2003, p. 132 ss ; MOOR, 2002, p. 392 ; NGUYEN, 1998, p. 125 et 127 ss ; WALDMANN, 2007, p. 15. Voir également HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 2006, p. 235, § 1111.

¹⁴⁶⁵ MOOR, 2002, p. 393.

¹⁴⁶⁶ MOOR, 2002, p. 393. Selon HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, un contrat de droit administratif est annulable si la loi le prévoit (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 2006, p. 236, § 1111).

¹⁴⁶⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 2006, p. 237, § 1116 ss ; KLEIN, 2003, p. 156 ss, 173 ss et les références citées ; MOOR, 2002, p. 393 et les références citées ; MÄCHLER, 2007, p. 98-99 ; NGUYEN, 1998, p. 125-126, 130 ss et les références citées ; WALDMANN, 2007, p. 16. En ce qui concerne la révocation, cf. Partie II, Chapitre VII, Section 2, § 2.

¹⁴⁶⁸ KLEIN, 2003, p. 160 et 223 ss.

¹⁴⁶⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 2006, p. 241, § 1131d ; KLEIN, 2003, p. 160. Sur ce point, cf. Partie II, Chapitre VII, Section 2, § 6.

Il est enfin important de mentionner que la procédure de révocation permet également de corriger le contrat¹⁴⁷⁰. Dans un tel cas, il appartiendra alors à l'autorité compétente de modifier le contenu du contrat de manière à le rendre conforme au principe de non-discrimination.

III. Résiliation du contrat

Le contrat de droit administratif prend ordinairement fin à l'expiration de sa durée ou à la suite de la réalisation de son objet¹⁴⁷¹. Il peut par ailleurs faire l'objet d'une résiliation conventionnelle – les parties décident de mettre fin au contrat d'un commun accord (*Aufhebungsvertrag*) –, de plein droit – par exemple en cas de disparition de l'objet –, juridictionnelle – résiliation prononcée par une autorité judiciaire –, ou unilatérale¹⁴⁷².

Prononcée par l'administration, une telle résiliation unilatérale peut intervenir à titre de sanction – en cas de faute du particulier cocontractant –¹⁴⁷³ ou pour des motifs d'intérêt public¹⁴⁷⁴.

C'est uniquement en présence d'une résiliation unilatérale sur initiative de l'administration qu'une discrimination en raison de la nationalité risque d'être constatée. Or lorsque celle-ci invoque des motifs d'intérêt public, il « résulte [...] de ce pouvoir de résiliation exorbitant qu'il ne saurait être une faculté discrétionnaire. La résiliation n'est valable que dans la mesure où elle repose sur un motif d'intérêt public pertinent »¹⁴⁷⁵. A cet égard, nous sommes d'avis que les cas dans lesquels il faudrait admettre qu'une résiliation contraire au principe de non-discrimination poursuit un intérêt public relèvent de la théorie. Si un tel cas venait toutefois à se réaliser, le particulier cocontractant aurait droit à la réparation intégrale du préjudice subi¹⁴⁷⁶.

¹⁴⁷⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 2006, p. 241, § 1131c ; KLEIN, 2003, p. 160.

¹⁴⁷¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 2006, p. 241, § 1132 ; MÄCHLER, 2007, p. 101-102 ; NGUYEN, 1998, p. 247 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI, 2005, p. 317, § 9.

¹⁴⁷² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 2006, p. 241, § 1133 ; MÄCHLER, 2007, p. 97 ss ; NGUYEN, 1998, p. 248 ss ; TSCHANNEN/ZIMMERLI, 2005, p. 317, § 10.

¹⁴⁷³ NGUYEN, 1998, p. 250.

¹⁴⁷⁴ MÄCHLER, 2007, p. 98 ; NGUYEN, 1998, p. 252 ss.

¹⁴⁷⁵ NGUYEN, 1998, p. 252.

¹⁴⁷⁶ MÄCHLER, 2007, p. 106 ; NGUYEN, 1998, p. 253.

§ 4 Contrat de droit privé conclu par l'administration contraire au principe de non-discrimination

Il arrive enfin que l'administration agisse selon le droit privé et conclue des conventions dont l'« objet n'est pas régi par le droit public »¹⁴⁷⁷.

Lorsque ce type de conventions fait l'objet d'une réglementation spécifique telle que le droit des marchés publics, c'est sur la base de celle-ci qu'il y a lieu de déterminer les conséquences d'une violation du principe de non-discrimination¹⁴⁷⁸.

A défaut d'une telle réglementation, les conséquences d'une violation de l'interdiction de discrimination consacrées par l'Accord doivent être déterminées selon les principes du droit privé. Il se justifie donc de procéder à un renvoi à la section 3 relative aux conséquences liées à la présence d'un cas de discrimination dans une relation horizontale.

§ 5 Illustration : fonction publique

Afin d'illustrer les propos développés ci-dessus, il est intéressant de procéder à une analyse des conséquences liées à la présence d'une discrimination en raison de la nationalité dans le cadre de la fonction publique.

Il est tout d'abord nécessaire de noter qu'un rapport de service peut se fonder tant sur une décision administrative que sur un contrat¹⁴⁷⁹. Au niveau fédéral, la loi sur le personnel de la Confédération prévoit que les rapports de travail découlent de la conclusion d'un contrat de travail (art. 8 al. 1). La LPers n'offre cependant aucun moyen aux concurrents évincés pour contester un refus de contracter¹⁴⁸⁰. L'article 83 let. g LTF¹⁴⁸¹ exclut expressément le recours en matière de droit public contre les décisions en matière de rapports de travail de droit public qui concernent une contesta-

¹⁴⁷⁷ MOOR, 2002, p. 410.

¹⁴⁷⁸ MOOR, 2002, p. 416. Sur cette question, voir GALLI/MOSER/ET AL., 2007.

¹⁴⁷⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 2006, p. 327, § 1551-1551a ; STÄHELIN, 2008, p. 131-132 et les références citées.

¹⁴⁸⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 2006, p. 328, § 1553.

¹⁴⁸¹ Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005, RS 173.110.

tion non pécuniaire¹⁴⁸². Par ailleurs, le concurrent évincé ne bénéficie pas, selon la jurisprudence fédérale, d'un intérêt digne de protection lui conférant la qualité pour recourir¹⁴⁸³.

A l'instar d'HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, nous sommes d'avis que la pratique du gouvernement argovien¹⁴⁸⁴ est plus convaincante. Selon cette pratique, il y a lieu d'admettre que le concurrent évincé bénéficie d'un intérêt digne de protection à ce que la procédure de sélection se déroule de manière conforme au droit. Il peut dès lors exiger l'annulation de la nomination et l'organisation d'une nouvelle procédure de sélection.

Soulignons par ailleurs qu'à notre sens le concurrent évincé pour des motifs discriminatoires contraires à l'Accord bénéficie d'un intérêt juridiquement protégé lui conférant la qualité pour recourir. Il fait en effet l'objet d'un « préjudice dans sa situation juridique, à savoir dans un droit subjectif dont il est titulaire [...] »¹⁴⁸⁵. L'exception de l'article 83 let. g LTF représente dès lors, selon nous, une atteinte à la garantie de l'application effective de l'Accord¹⁴⁸⁶. Par conséquent, de même qu'en matière d'égalité des sexes (art. 83 let. g *in fine*), elle ne devrait pas trouver application lorsqu'il est question d'une discrimination contraire à l'Accord.

En ce qui concerne enfin la résiliation d'un tel rapport de travail, la LPers prévoit – en sus de la résiliation pour des raisons objectives telles que l'expiration de la durée (art. 10 al. 2 LPers) ainsi que la résiliation conventionnelle (art. 10 al. 1 LPers) – la possibilité de mettre un terme au rapport de travail pour différents motifs consacrés de manière exhaustive à son article 12 al. 6¹⁴⁸⁷.

Nous sommes d'avis qu'une résiliation se fondant sur des motifs discriminatoires contraires à l'Accord est abusive au sens de l'article 336 CO¹⁴⁸⁸ – qui s'applique par analogie en vertu de l'article 14 al. 3 let. a

¹⁴⁸² Voir cependant TF, arrêt du 10 juillet 2007, 1C_37/2007 (c. 2).

¹⁴⁸³ JAAC 38 (1974) n° 68 ; JAAC 39 (1975) n° 47. Critiques : HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 2006, p. 328, § 1553 ; HÄNNI, 2004, p. 27-28, § 74 ; MOOR, 1992, p. 216.

¹⁴⁸⁴ Cf. Décision du gouvernement argovien du 18 mai 1992, in : ZBl 1993, p. 15 ss.

¹⁴⁸⁵ Sur ce point, cf. MOOR, 2002, p. 638.

¹⁴⁸⁶ Qui se déduit de l'article 16 al. 1 ALCP.

¹⁴⁸⁷ HÄNNI, 2004, p. 33, § 87 ; STÄHELIN, 2008, p. 133.

¹⁴⁸⁸ Voir sur ce point Partie II, Chapitre VII, Section 3, § 3.

LPers – et peut être annulée par l'employeur lui-même ou par l'autorité de recours (art. 14 al. 3 LPers)¹⁴⁸⁹. Dans un tel cas, l'employeur doit alors réintégrer l'employé discriminé dans son ancien emploi ou, en cas d'impossibilité, lui proposer un autre travail pouvant raisonnablement être exigé de lui (art. 14 al. 3 LPers). Si une telle réintégration n'est pas réalisable, l'employeur a droit à une indemnité en vertu de l'article 19 al. 3 LPers¹⁴⁹⁰.

§ 6 Responsabilité patrimoniale

Reste enfin à déterminer dans quelle mesure l'Etat peut être amené à payer une réparation pour les dommages résultant de son comportement discriminatoire.

I. Distinction entre droit public et droit privé

L'article 59 al. 1 CC réserve le droit public de la Confédération et des cantons pour les corporations ou les établissements qui lui sont soumis. L'article 61 al. 1 CO prévoit, quant à lui, que la législation fédérale ou cantonale peut déroger aux dispositions relatives aux obligations résultant d'actes illicites, en ce qui concerne la responsabilité encourue par des fonctionnaires et employés publics pour le dommage ou le tort moral qu'ils causent dans l'exercice de leur charge. Une telle dérogation est exclue lorsque le dommage est causé dans le cadre de l'exercice d'une industrie (art. 61 al. 2 CO).

Au vu de ces dispositions, le droit public constitue une *lex specialis*¹⁴⁹¹. Il trouve application à la condition que l'auteur du dommage occupe une fonction étatique et ait accompli l'acte dommageable dans le cadre de cette fonction¹⁴⁹². Par ailleurs, l'activité dans le cadre de laquelle le dom-

¹⁴⁸⁹ Sur ce point, cf. NÖTZLI, 2005, p. 205 ss, § 331 ss.

¹⁴⁹⁰ Sur ce point, cf. NÖTZLI, 2005, p. 226 ss, § 377 ss.

¹⁴⁹¹ MOOR, 2002, p. 703.

¹⁴⁹² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 2006, p. 476 ss, § 2240 ss ; MARTENET, 2009, p. 52 ; MOOR, 2002, p. 703 ss ; TSCHANNEN/ZIMMERLI, 2005, p. 532 ss, § 18 ss.

mage a été causé doit être régie par le droit public¹⁴⁹³. Si ces conditions font défaut, les dispositions du droit privé relatives aux obligations découlant d'actes illicites sont applicables¹⁴⁹⁴.

II. Responsabilité pour actes illicites

Hormis quelques législations cantonales exigeant la présence d'un comportement fautif, la législation fédérale et la majorité des législations cantonales prévoient une responsabilité objective de l'Etat¹⁴⁹⁵. La constatation de la responsabilité de l'Etat suppose ainsi la présence d'un dommage, d'un acte illicite et d'un lien de causalité naturelle et adéquate¹⁴⁹⁶. Soulignons par ailleurs que la condition d'illicéité peut être réalisée de deux manières¹⁴⁹⁷. Lorsque le dommage consiste en une atteinte à un droit absolu tel que la vie, la propriété ou encore la personnalité, la réalisation de la condition d'illicéité doit être constatée même en l'absence de violation d'une norme de comportement (*Erfolgsunrecht*). Si l'acte dommageable vise un autre intérêt – notamment patrimonial –, le caractère illicite de l'acte dépend de la violation ou non d'une norme de comportement dont l'objet est de protéger l'intérêt en question (*Verhaltensunrecht*)¹⁴⁹⁸.

En présence d'un dommage – pouvant par exemple résulter du refus de contracter –, il appartiendra alors à la personne revendiquant la réparation de prouver le lien de causalité entre le comportement discriminatoire et le dommage subi. En ce qui concerne la condition d'illicéité, il y aura lieu d'admettre qu'elle est réalisée. En effet, la violation d'une disposition de

¹⁴⁹³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 2006, p. 477, § 2243 ; MOOR, 2002, p. 705 ss. Voir également MARTENET, 2009, p. 52-53.

¹⁴⁹⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 2006, p. 483, § 2269 ss ; MOOR, 2002, p. 705 et 728-729 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI, 2005, p. 530, § 12.

¹⁴⁹⁵ Voir par exemple art. 3 al. 1 de la loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires, du 14 mars 1958, RS 170.32. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 2006, p. 480, § 2262 ; MARTENET, 2009, p. 54 ; MOOR, 2002, p. 712 ss.

¹⁴⁹⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 2006, p. 476 ss, § 2238 ss ; MARTENET, 2009, p. 54 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI, 2005, p. 530 ss, § 14 ss.

¹⁴⁹⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 2006, p. 478, § 2248 ; MOOR, 2002, p. 718.

¹⁴⁹⁸ TF, arrêt du 3 juillet 2003, 2C.1/2001 (c. 6.1.1-6.1.2) ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 2006, p. 478, § 2248 ; MARTENET, 2009, p. 54-55 ; MOOR, 2002, p. 719 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI, 2005, p. 535 ss, § 26 ss.

l'Accord consacrant le principe de non-discrimination constitue un comportement illicite, en ce sens qu'il est contraire à norme dont l'objet est de protéger l'intérêt en question.

Section 3 Conséquences d'une violation de l'interdiction de discrimination dans une relation liant deux particuliers entre eux

Reste en dernier lieu à déterminer les implications d'une discrimination dans une relation liant deux particuliers entre eux.

Seul l'article 9 al. 4 Annexe I-ALCP prévoit expressément les implications liées à la constatation d'une violation de l'interdiction de discrimination dans une relation horizontale. Selon cette disposition, les clauses de convention collective ou individuelle ou d'autres réglementations collectives instituant ou autorisant des conditions discriminatoires en ce qui concerne l'accès à l'emploi, l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail et de licenciement sont nulles de plein droit.

En ce qui concerne les autres dispositions de l'Accord garantissant l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de constater leur caractère directement applicable¹⁴⁹⁹ et nous avons pu admettre, sur la base de la jurisprudence communautaire, leur portée horizontale dans certaines limites¹⁵⁰⁰. En revanche, contrairement à l'article 9 al. 4 Annexe I-ALCP, elles n'apportent aucune précision quant aux conséquences liées à la constatation de leur violation.

A notre sens, il se justifie de se fonder sur les principes du droit privé afin de déterminer les conséquences liées à la présence d'un cas de discrimination au sens de ces dispositions. Pour ce faire, il y a lieu de distinguer entre les différentes phases de la relation contractuelle et d'examiner les implications des conditions discriminatoires au stade de la conclusion d'un contrat, de son exécution – par une analyse de son contenu – et de sa résiliation¹⁵⁰¹.

¹⁴⁹⁹ ATF 131 V 390 (398) et les références citées.

¹⁵⁰⁰ Cf. Partie II, Chapitre V, Section 2, § 2.

¹⁵⁰¹ BESSON, 1999, p. 158, § 659.

§ 1 Formation du contrat

Au stade de la formation du contrat, la nature discriminatoire d'une mesure se caractérise par le refus d'un particulier de conclure un contrat avec un autre particulier en raison de sa nationalité. La présence d'une discrimination à ce stade de la relation contractuelle soulève donc la question très délicate de la naissance ou non d'une obligation de contracter (« Kontrahierungspflicht » ou « Kontrahierungszwang »)¹⁵⁰². Cette question étant très controversée au sein de la doctrine et pouvant, à elle seule, faire l'objet d'une étude approfondie¹⁵⁰³, nous nous limiterons à une présentation générale des différentes positions défendues par la doctrine relatives à l'obligation de contracter¹⁵⁰⁴. Nous examinerons par ailleurs, dans un deuxième temps, dans quelle mesure des dommages-intérêts peuvent également être perçus.

I. Obligation de contracter

A. Jurisprudence du Tribunal fédéral

Dans son arrêt de principe en la matière¹⁵⁰⁵, le Tribunal fédéral a commencé par souligner que l'obligation de contracter ne doit pas nécessairement se fonder sur une base légale expresse, mais peut également découler de l'application de principes généraux du droit privé, tels que l'atteinte aux bonnes mœurs. Rappelant toutefois que la liberté contractuelle constitue une valeur essentielle de l'ordre juridique, le Tribunal fédéral a jugé qu'une obligation de contracter ne doit être admise qu'avec retenue et qu'elle doit respecter les conditions qui suivent.

Selon lui, il est nécessaire, en premier lieu, que l'offre de conclure ait été faite de manière générale et publique. Cette offre doit, en deuxième lieu,

¹⁵⁰² Concernant la définition de cette notion, cf. KRAMER, 1990, p. 46 ss, § 94 ss.

¹⁵⁰³ Cf. ARNET, 2008.

¹⁵⁰⁴ Pour une présentation détaillée des différentes théories défendues par la doctrine, cf. ARNET, 2008, p. 40 ss; NAGUIB, 2009, p. 1005 ss. Voir également GAUCH/SCHLUEP/ET AL., 2008, p. 242-243, § 1111 ss; HUGUENIN, 2008, p. 22-23, § 150-151 et les références citées. En droit allemand, cf. FÖRSTER, 2007, p. 211.

¹⁵⁰⁵ ATF 129 III 35 (45 ss), JT 2003 I p. 127. Sur cet arrêt, cf. BUCHER, 2003, p. 101 ss; CAMPRUBI, 2004, p. 384 ss; GÖKSU, 2004, p. 35 ss; KLETT, 2005, p. 161 ss.

avoir pour objet la fourniture de biens ou de services répondant à un besoin courant (« Normalbedarf ») et non plus nécessairement vital. En troisième lieu, la personne intéressée à la conclusion du contrat doit, en raison de la position de puissance de l'offrant, ne pas disposer d'autres moyens pour satisfaire sa demande en biens ou en services. Le refus de contracter, en dernier lieu, ne doit pas se fonder sur des motifs objectivement justifiés.

Cet arrêt nous offre une certaine orientation quant à la position du Tribunal fédéral sur la question de l'obligation de contracter. Il paraît toutefois excessif d'en tirer une règle générale applicable sans réserve à tout type de contrat, notamment aux contrats de travail.

B. Doctrine

Il ressort de l'analyse de la doctrine que, à l'instar du Tribunal fédéral, la majorité des auteurs semblent avant tout se pencher sur la question d'une obligation de contracter valable à l'égard des contrats à prestations uniques et non pas à l'égard des contrats de durée tels que les contrats de travail¹⁵⁰⁶. Il est toutefois intéressant d'examiner les solutions proposées afin de déterminer dans quelle mesure un enseignement peut en être tiré.

1. Atteinte aux bonnes mœurs

Plusieurs auteurs recourent également à la notion d'atteinte aux bonnes mœurs pour justifier une obligation de contracter¹⁵⁰⁷. Ainsi, à titre d'exemples, KLETT considère que l'obligation de contracter se déduit de l'article 41 al. 2 CO – en relation avec l'article 43 CO. Selon cette auteure, il y a lieu de recourir à cette construction lorsque, dans une situation concrète, le jeu de la concurrence ne fonctionne pas correctement¹⁵⁰⁸. Dans une telle situation, la personne lésée a droit à la réparation du dommage qu'elle subit (art. 41 al. 2 CO). Or c'est au juge de déterminer, en

¹⁵⁰⁶ Voir cependant GÖKSU, 2003 qui se penche sur les contrats de travail.

¹⁵⁰⁷ Cf. références in ARNET, 2008, p. 241 ss.

¹⁵⁰⁸ « Wird einem Interessenten ein Wirtschaftsgut verweigert, weil der Wettbewerb nicht spielt oder sich die Anbieter im konkreten Fall nicht wie vorausgesetzt nach ihren wirtschaftlichen Interessen verhalten, so stellt sich die Frage, ob mit dem Wegfall des vorausgesetzten funktionierenden Wettbewerbs nicht auch die Freiheit desjenigen entfallen muss, der die Fehlfunktion verursacht oder ausnutzt » (KLETT, 2005, p. 179).

vertu de l'article 43 CO, le mode et l'étendue de la réparation, celle-ci pouvant ainsi prendre la forme d'une obligation de contracter¹⁵⁰⁹.

SCHWENZER admet également que l'atteinte aux bonnes mœurs au sens de l'article 41 al. 2 CO est susceptible de fonder une obligation de contracter. Selon cette auteure, il est possible de recourir à cette disposition pour exiger la réparation d'un dommage subi, cette réparation pouvant prendre la forme d'une obligation de contracter¹⁵¹⁰.

Si KRAMER est d'avis que l'article 41 al. 2 CO est susceptible de fonder une obligation de contracter, il estime cependant que cette construction présente certaines difficultés dogmatiques. Selon lui, en effet, l'article 41 al. 2 CO ne peut pas servir de fondement à des obligations positives¹⁵¹¹.

D'autres auteurs recourent, quant à eux, à la notion de « bonnes mœurs » consacrée par l'article 20 al. 1 CO. Ainsi, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, HUGUENIN et KOLLER considèrent que cette disposition a non seulement pour objet de prohiber la conclusion d'un contrat contraire aux bonnes mœurs mais peut également imposer une obligation de conclure¹⁵¹². Selon KOLLER, une telle obligation ne naît toutefois qu'à la condition que le refus de contracter ne se fonde sur aucun motif objectif et porte atteinte aux intérêts vitaux de la personne concernée¹⁵¹³. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY et HUGUENIN estiment, quant à eux, que les conditions définies par le Tribunal fédéral doivent être remplies¹⁵¹⁴. Ainsi, l'offrant doit, en premier lieu, bénéficier d'une position de puissance (« eine starke Marktstellung »). Le contrat en question doit, en deuxième lieu, avoir pour objet la fourniture de biens ou de services répondant à un besoin courant (« Normalbedarf »). Et, en dernier lieu, la personne intéressée à la conclusion du contrat ne doit pas être en mesure de satisfaire d'une autre manière sa demande en biens ou en services¹⁵¹⁵.

¹⁵⁰⁹ KLETT, 2005, p. 181-182. Pour une analyse critique, cf. ARNET, 2008, p. 242 ss.

¹⁵¹⁰ SCHWENZER, 2006, p. 166, § 26.13.

¹⁵¹¹ KRAMER, 1990, p. 54-55, § 113. Voir également, du même auteur, 2009, p. 64, § 139.

¹⁵¹² GAUCH/SCHLUEP/ET AL., 2008, p. 243, § 1114 et les références citées ; HUGUENIN, 2008, p. 22-23, § 151 ; KOLLER, 2009, p. 360, § 2.

¹⁵¹³ KOLLER, 2009, p. 360, § 2 et les références citées.

¹⁵¹⁴ Cf. ATF 129 III 35 (45 ss), JT 2003 I p. 127.

¹⁵¹⁵ GAUCH/SCHLUEP/ET AL., 2008, p. 243, § 1114 ; HUGUENIN, 2008, p. 22-23, § 151.

2. Atteinte à la personnalité

L'article 28 CC¹⁵¹⁶ joue un rôle de plus en plus important en ce qui concerne le fondement de l'obligation de contracter¹⁵¹⁷.

Ainsi, bien que BUCHER considère qu'il n'est pas possible de déduire des principes généraux du droit privé une obligation générale de contracter, il admet toutefois que l'interdiction des atteintes à la personnalité résultant de mesures de boycott peut indirectement fonder une telle obligation¹⁵¹⁸.

De même, si KRAMER relève que l'adoption de la loi sur les cartels a relégué l'article 28 CC au second plan, il juge que cette disposition continue à jouer un rôle important lorsque le droit des cartels ne trouve pas application – en particulier lorsqu'il est question de l'exercice d'activités professionnelles¹⁵¹⁹.

GÖKSU estime, quant à lui, que lorsque le refus de conclure un contrat pour des motifs liés à la race constitue une atteinte à la personnalité, cette atteinte fait naître une obligation de contracter qu'il convient de faire valoir par le biais de l'action en cessation consacrée par l'article 28a al. 1 ch. 2 CC¹⁵²⁰.

GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY et HUGUENIN admettent également que – à l'instar de l'article 20 al. 1 CO – le droit à la protection de la personnalité est susceptible de fonder une obligation de contracter. Selon ces auteurs, le recours abusif à la liberté contractuelle afin de refuser la conclusion d'un contrat pour des motifs liés à la personnalité est – à défaut de justifications objectives – contraire à l'article 28 CC¹⁵²¹. Dans un tel cas, si l'atteinte illicite dure encore, il est possible d'exiger sa cessation en vertu de l'article 28a al. 1 ch. 2 CC. A cet égard, l'obligation de contracter

¹⁵¹⁶ Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210.

¹⁵¹⁷ Cf. références in : ARNET, 2008, p. 42-43. KRAMER estime cependant que l'article 28 CC.

¹⁵¹⁸ BUCHER, *Vorbemerkungen*, 2007, § 7. Voir également du même auteur, 2003, p. 101 ss.

¹⁵¹⁹ KRAMER, 1990, p. 53-54, § 112. Voir également, du même auteur, 2009, p. 64, § 139.

¹⁵²⁰ « Wenn die Verweigerung von vertraglichen Beziehungen wegen der Rasse der anderen Partei persönlichkeitsverletzend ist, dann besteht umgekehrt die Pflicht, dieses Verbot nicht zu übertreten, also den Vertrag nicht zu verweigern » (GÖKSU, 2003, p. 207, § 660 ainsi que, du même auteur, 2004, p. 50-53).

¹⁵²¹ GAUCH/SCHLUEP/ET AL., 2008, p. 242, § 1111 et les références citées ; HUGUENIN, 2008, p. 22, § 150.

constitue une mesure apte à mettre fin à l'atteinte¹⁵²². Notons encore que, selon GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, la ligne de démarcation entre la liberté contractuelle et l'interdiction des atteintes illicites à la personnalité reste à définir¹⁵²³.

SCHWENZER estime que le droit à la protection de la personnalité (art. 28 al. et 28 a al. 1 ch. 2 CC) – de même que l'article 41 al. 2 CO – fonde une obligation de réparer le dommage subi, cette réparation pouvant prendre la forme d'une obligation de contracter¹⁵²⁴.

ARNET considère enfin que l'article 28 CC peut fonder une obligation de contracter qu'il y a lieu de mettre en œuvre en vertu de l'article 28a al. 1 ch. 2 CC¹⁵²⁵. Selon cette auteure, une telle obligation doit naître lorsque le refus de contracter se fonde sur un motif portant atteinte à la personnalité, c'est-à-dire lorsqu'il se base sur une qualité ou sur le comportement de la personne intéressée à la conclusion du contrat faisant l'objet de la protection de l'article 28 CC¹⁵²⁶. Une obligation de contracter doit aussi être admise lorsque le refus de fournir la prestation résultant de l'absence de conclusion du contrat entraîne une atteinte à la personnalité de la personne intéressée¹⁵²⁷.

3. Autres principes

Parallèlement à l'article 28 CC, ARNET juge que le principe de la confiance est également susceptible de fonder une obligation de contracter. Selon cette auteure, le refus de contracter doit être considéré comme nul lorsqu'il constitue un abus de droit au sens de l'article 2 al. 2 CC ou lorsqu'il s'avère illicite en vertu de l'article 20 CO. La nullité du refus de contracter ne constituant toutefois pas, aux yeux de cette auteure, une sanction adéquate et suffisante, la présence d'une lacune doit être relevée et c'est sur la base du principe de la confiance qu'il y a lieu de la combler¹⁵²⁸. Ainsi, selon ARNET, lorsque la personne intéressée devait s'attendre à la

¹⁵²² GAUCH/SCHLUEP/ET AL., 2008, p. 242, § 1111 ; HUGUENIN, 2008, p. 22, § 150.

¹⁵²³ GAUCH/SCHLUEP/ET AL., 2008, p. 242, § 1113.

¹⁵²⁴ SCHWENZER, 2006, p. 166, § 26.13.

¹⁵²⁵ ARNET, 2008, p. 306-307.

¹⁵²⁶ ARNET, 2008, p. 274 ss.

¹⁵²⁷ ARNET, 2008, p. 278 ss.

¹⁵²⁸ ARNET, 2008, p. 328 ss. Sur la question de l'exigence d'une lacune, voir également MARTENET, 2006, p. 429 ss.

conclusion du contrat, il se justifie de recourir, selon le principe de la confiance, à la règle de l'acception tacite de l'article 6 CO afin de juger que le contrat est réputé conclu¹⁵²⁹. Une telle construction présente l'avantage d'admettre la conclusion du contrat sans qu'il soit nécessaire de procéder par la voie de l'action en cessation¹⁵³⁰.

En ce qui concerne enfin l'interdiction de l'abus de droit, KRAMER considère que l'article 2 al. 2 CC est propre à fonder une obligation générale de contracter, cette disposition ne prévoyant pas de sanctions spécifiques¹⁵³¹. Hormis cet auteur, la majorité de la doctrine semble juger que cette norme ne permet pas, à elle seule, de fonder une obligation générale de contracter. En effet, l'article 2 al. 2 CC « remplit une fonction surtout correctrice et fonde plus difficilement des obligations positives, comme celle de contracter »¹⁵³².

C. Synthèse

La nature controversée de la question relative au fondement de l'obligation de contracter ressort clairement de cette brève présentation. Il semble toutefois possible de déduire des considérations qui précèdent que différents principes ou dispositions du droit privé suisse – tels que les articles 20 al. 2 et 41 al. 2 CO, l'article 28 CC ou le principe de la confiance – sont susceptibles de faire naître, à différentes conditions, une obligation de contracter.

Associée à la garantie de l'application effective de l'Accord – selon laquelle les parties doivent prendre toutes les mesures nécessaires afin de garantir la mise en œuvre des droits et obligations consacrés par l'Accord¹⁵³³ –, nous sommes d'avis qu'une telle obligation doit s'appliquer non seulement dans le cadre de l'Accord mais en particulier à l'égard des contrats de durée tels que les contrats de travail. Le refus par un Etat partie de reconnaître une telle obligation nuirait en effet sans conteste à l'effectivité de l'Accord.

¹⁵²⁹ ARNET, 2008, p. 313 ss.

¹⁵³⁰ ARNET, 2008, p. 355.

¹⁵³¹ KRAMER, 1990, p. 55, § 114.

¹⁵³² MARTENET, 2006, p. 426. Voir également BESSON, 1999, p. 162, § 672 ; GÖKSU, 2004, p. 53 ; KLETT, 2005, p. 177-178.

¹⁵³³ Cette garantie se déduit, selon nous, de l'article 16 al. 1 ALCP. Cf. Partie I, Chapitre IV, Section 4.

Soulignons toutefois que la mise en œuvre de cette obligation peut soulever certaines difficultés. En effet, lorsqu'il est question d'un contrat dont l'exécution se fonde sur un rapport de confiance particulier – qui doit être identifié en fonction des circonstances de chaque situation¹⁵³⁴ –, le recours à la construction de l'obligation de contracter risque de présenter, au regard du principe de proportionnalité, un effet contre-productif¹⁵³⁵. A titre d'exemple, une obligation de conclure se justifie, selon nous, à l'encontre d'une grande société au service de laquelle travaillent plusieurs dizaines de personnes et dont l'exécution ne présente pas de rapports trop personnels. A l'inverse, une telle obligation risque de ne pas produire les effets désirés à l'encontre d'une personne offrant la conclusion d'un contrat de colocation. En effet, un tel contrat touchant à la sphère privée de l'offrant, il peut s'avérer disproportionné d'admettre une obligation de contracter¹⁵³⁶.

Dans un tel cas, la question se pose de savoir dans quelle mesure la personne qui ne bénéficie pas de l'obligation de contracter a droit au paiement de dommages-intérêts. Il se justifie par ailleurs également d'examiner si la personne qui a droit à la conclusion du contrat peut invoquer le paiement de dommages-intérêts pour les éventuels dommages qu'elle aurait subis.

II. Paiement de dommages-intérêts

Il est nécessaire d'examiner dans quelle mesure le refus discriminatoire de conclure un contrat peut donner lieu au paiement de dommages-intérêts.

Partant du constat selon lequel il convient de se fonder sur les principes du droit privé afin de déterminer les conséquences liées à la présence d'un

¹⁵³⁴ GÖKSU, 2003, p. 214, § 682.

¹⁵³⁵ GÖKSU, 2003, p. 214-215, § 682 ss et les références citées.

¹⁵³⁶ GÖKSU, 2003, p. 215, § 686-687. Voir par analogie ATF 115 II 464 (466), JT 1990 I p. 312 (selon le Tribunal fédéral, le but de la réglementation de l'article 404 al. 1 CO se déduit du fait que le mandataire occupe généralement une situation de confiance caractérisée ; si cette confiance disparaît, le maintien du contrat ne se justifie plus). Voir également par analogie le § 19 al. 4 et 5 de la loi allemande sur l'égalité (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006, BGBl. I S. 1897, disponible sur le site du Ministère de la justice à l'adresse suivante : <http://www.gesetze-im-internet.de>).

cas de discrimination, tant les règles sur la *culpa in contrahendo*¹⁵³⁷ – les parties se trouvant dans une relation précontractuelle¹⁵³⁸ – que l'article 41 CO sont susceptibles de faire naître une obligation de payer des dommages-intérêts¹⁵³⁹. En effet, le fait pour une personne intéressée de se voir refuser la conclusion d'un contrat pour des motifs tenant à sa nationalité peut entraîner un dommage¹⁵⁴⁰ – cette personne se voyant par exemple obligée de conclure un contrat de travail à des conditions salariales moins avantageuses.

Il appartiendra alors à la personne intéressée de prouver le lien de causalité entre le refus de conclure et le dommage subi¹⁵⁴¹. Il y aura par ailleurs lieu d'admettre la réalisation de la condition d'illicéité dans tous les cas. En effet, la violation d'une disposition de l'Accord interdisant les discriminations en raison de la nationalité constitue tant un comportement objectivement contraire à une interdiction du droit tendant à protéger le bien juridique lésé (art. 41 CO)¹⁵⁴² qu'une atteinte aux devoirs précontractuels déduits des règles de la bonne foi¹⁵⁴³. En ce qui concerne l'exigence de la de la preuve d'une faute, seul l'article 41 CO l'impose¹⁵⁴⁴ – les règles sur

¹⁵³⁷ Concernant la nature des règles sur la *culpa in contrahendo*, cf. ENGEL, 1997, p. 749 ss ; GAUCH/SCHLUEP/ET AL., 2008, p. 206 ss, § 975 ss ; HUGUENIN, 2008, p. 151, § 954-955 ; KRAMER, 2009, p. 150, § 329 ; SCHWENZER, 2006, p. 329-330, § 48.01 ss.

¹⁵³⁸ Sur ce point, voir notamment GAUCH/SCHLUEP/ET AL., 2008, p. 210, § 982f et les références citées ; HUGUENIN, 2008, p. 151, § 958-960 ; SCHWENZER, 2006, p. 326, § 47.03.

¹⁵³⁹ Concernant l'article 41 CO, GÖKSU, 2003, p. 249 ss, § 806 ss. En droit allemand, cf. FÖRSTER, 2007, p. 212.

¹⁵⁴⁰ Concernant la notion de dommage au sens de l'article 41 CO : ENGEL, 1997, p. 472 ss ; SCHNYDER, 2007, p. 334 ss, § 3 ss ; WERRO, 2003, p. 267 ss, § 8 ss. S'agissant du dommage au sens de la *culpa in contrahendo* : ENGEL, 1997, p. 754-755 ; GAUCH/SCHLUEP/ET AL., 2008, p. 204, § 966 ; HUGUENIN, 2008, p. 153, § 972-974 ; KRAMER, 2009, p. 57, § 124 ; SCHWENZER, 2006, p. 328-329, § 47.12 ss. En ce qui concerne en particulier le dommage lié au refus de contracter en fonction de motifs liés à la race, cf. GÖKSU, 2003, p. 254 ss, § 821 ss.

¹⁵⁴¹ Concernant le lien de causalité : voir ENGEL, 1997, p. 482 ss ; SCHNYDER, 2007, p. 338 ss, § 15 ss ; WERRO, 2003, p. 273 ss, § 32 ss. Voir également GÖKSU, 2003, p. 250-251, § 810 ss.

¹⁵⁴² Concernant la notion d'illicéité au sens de l'article 41 CO : ENGEL, 1997, p. 448 ss ; SCHNYDER, 2007, p. 344 ss, § 30 ss ; WERRO, 2003, p. 278 ss, § 51 ss.

¹⁵⁴³ Concernant les devoirs précontractuels, voir notamment GAUCH/SCHLUEP/ET AL., 2008, p. 201, § 949 ss ; HUGUENIN, 2008, p. 152-153, § 961 ss.

¹⁵⁴⁴ Sur la notion de faute au sens de l'article 41 CO : ENGEL, 1997, p. 456 ss ; SCHNYDER, 2007, p. 349 ss, § 45 ss ; WERRO, 2003, p. 285 ss, § 84 ss.

la *culpa in contrahendo* inversant le fardeau de la preuve, c'est à l'auteur du dommage de prouver l'absence de faute¹⁵⁴⁵. A cet égard, il est également possible de déduire de la constatation d'un cas de discrimination en raison de la nationalité que le refus de conclure constitue un comportement fautif. Le fait d'agir en fonction de la nationalité de son potentiel cocontractant constitue en effet « un manquement de la volonté aux devoirs imposés par l'ordre juridique »¹⁵⁴⁶.

§ 2 Contenu du contrat

A la suite de l'analyse des implications d'un refus discriminatoire de contracter, il y a lieu d'examiner les conséquences liées au contenu discriminatoire d'un contrat.

Comme nous l'avons vu préalablement, l'article 9 al. 4 Annexe I-ALCP prévoit la nullité des clauses de convention collective ou individuelle ou d'autres réglementations collectives instituant ou autorisant des conditions discriminatoires en ce qui concerne l'accès à l'emploi, l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail et de licenciement. Les autres dispositions de l'Accord n'apportent, quant à elles, aucune précision quant aux implications d'un contrat dont le contenu est discriminatoire. Il se justifie dès lors d'examiner, en premier lieu, quelle disposition du droit privé doit s'appliquer lorsque l'on est en présence d'un contrat dont le contenu est contraire au principe de non-discrimination, mais n'entre pas dans le champ d'application de l'article 9 al. 4 Annexe I-ALCP. Il convient également, dans un deuxième temps, de procéder à une analyse de la notion de nullité au sens de cette disposition.

I. Disposition applicable

Les dispositions de l'Accord interdisant les discriminations en raison de la nationalité ne prévoyant pas les conséquences liées à la constatation d'un cas de discrimination – à l'exception de l'article 9 al. 4 Annexe I-ALCP –,

¹⁵⁴⁵ ENGEL, 2007, p. 753 ; GAUCH/SCHLUEP/ET AL., 2008, p. 205, § 967 ; HUGUENIN, 2008, p. 154, § 976-978 ; KRAMER, 2009, p. 60, § 130 ; SCHWENZER, 2006, p. 330, § 48.06.

¹⁵⁴⁶ TERCIER, 2004, p. 337, § 1740. Voir également GÖKSU, 2003, p. 252-253, § 817 ss.

il convient d'examiner dans quelle mesure il est possible de faire appel aux normes de droit privé.

L'article 20 al. 1 CO prévoit que « le contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs ». Se pose alors la question de savoir dans quelle mesure un contrat dont le contenu est contraire à l'interdiction de discrimination consacrée par l'ALCP a pour objet une chose illicite ou contraire aux mœurs.

Selon le Tribunal fédéral, « pour déterminer si un contrat présente un caractère illicite, il faut se référer à l'ensemble de l'ordre juridique suisse, qu'il s'agisse des dispositions impératives de droit privé ou des règles d'ordre public notamment des défenses sanctionnées par la menace d'une peine. Peu importe donc que ni les dispositions du code des obligations [...] ni la législation de droit public [...] ne frappent expressément de nullité » le contrat en question¹⁵⁴⁷. Or comme nous l'avons vu préalablement, en Suisse prévaut un système moniste en vertu duquel les obligations de droit international sont directement incorporées dans l'ordre juridique suisse¹⁵⁴⁸. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'admettre le caractère directement applicable des dispositions de l'Accord interdisant les discriminations¹⁵⁴⁹. Les dispositions contractuelles contraires à l'interdiction de discrimination consacrée par l'Accord doivent dès lors, à notre sens, être jugées illicites au sens de l'article 20 al. 1 CO. Soulignons par ailleurs que de telles dispositions peuvent également être considérées comme contraires aux bonnes mœurs¹⁵⁵⁰.

En vertu de l'article 20 al. 1 CO, les contrats dont le contenu est illicite ou contraire aux mœurs sont réputés nuls. L'article 9 al. 4 Annexe I-ALCP prévoyant également la nullité des clauses de convention collective ou

¹⁵⁴⁷ ATF 114 II 279 (281) et les références citées. Voir également ATF 119 II 222 (224) ; ATF 117 II 286 (287) ; HUGUENIN, 2007, p. 196, § 15 et les références citées ; KOLLER, 2009, p. 221 ss, § 98 ss.

¹⁵⁴⁸ ATF 120 Ib 360 (366), JT 1996 I p. 311 ; ATF 127 II 177 (181) ; Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997, p. 136 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *L'Etat*, 2006, p. 456, § 1293 ; BREITENMOSER/ISLER, 2002, p. 1006 ; CARDINAUX, 2008, p. 18, § 24 ; IMHOF, *Auslegungsmethode – Teil 1*, 2007, p. 159 ; KADDOUS, 2007, p. 537 ; KÄLIN, 2002, p. 18 ; TSCHANNEN, 2007, p. 163, § 6.

¹⁵⁴⁹ ATF 131 V 390 (399).

¹⁵⁵⁰ Concernant cette notion, cf. HUGUENIN, 2007, p. 200 ss, § 31 ss et les références citées ; KOLLER, 2009, p. 239 ss, § 162 ss.

individuelle ou d'autres réglementations collectives instituant ou autorisant des conditions discriminatoires, il se justifie, à notre sens, de l'interpréter par analogie avec la sanction de nullité consacrée à l'article 20 al. 1 CO.

II. Notion de nullité

Lorsque le contenu d'un contrat est illicite – ou contraire aux mœurs –, il est réputé nul. La nullité doit être constatée d'office, elle vaut *ex tunc* et est absolue¹⁵⁵¹.

La nullité totale du contrat ne doit toutefois pas être admise automatiquement¹⁵⁵². Au contraire, elle ne doit s'appliquer « que si cette sanction est prévue expressément par la loi ou qu'elle ressort du sens et du but de la règle enfreinte, c'est-à-dire si elle est appropriée à l'importance de l'effet combattu »¹⁵⁵³.

L'article 20 al. 2 CO prévoit – conformément à la maxime *favor negotii*¹⁵⁵⁴ – que « si le contrat n'est vicié que dans certaines de ses clauses, ces clauses sont seules frappées de nullité, à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans elles ». Cette disposition permet donc de maintenir le contrat et de déclarer nulles les seules clauses illicites lorsqu'il se justifie d'admettre que le contrat aurait été conclu sans ces clauses et que la nullité totale ne s'impose pas¹⁵⁵⁵. Par ailleurs, c'est sur la base de l'article 20 al. 2, que la théorie de la nullité

¹⁵⁵¹ ATF 97 II 108 (115). Voir également HUGUENIN, 2007, p. 208, § 53 et les références citées ; KOLLER, 2009, p. 202, § 14.

¹⁵⁵² GUILLOD/STEFFEN, 2003, p. 140, § 97 ; HUGUENIN, 2008, p. 63, § 398 et les références citées.

¹⁵⁵³ ATF 111 II 52 (53). Voir également notamment ATF 129 III 209 (213) ; GUILLOD/STEFFEN, 2003, p. 140, § 97 ; HERZOG, 2008, p. 103, § 11 ; HUGUENIN, 2007, p. 208, § 54.

¹⁵⁵⁴ HERZOG, 2008, p. 105, § 14.

¹⁵⁵⁵ GAUCH/SCHLUEP/ET AL., 2008, p. 141-142, § 689 ss ; GUILLOD/STEFFEN, 2003, p. 141, § 101 ; HUGUENIN, 2008, p. 64, § 401 et les références citées.

partielle modifiée a été développée¹⁵⁵⁶. Elle permet au juge de modifier la clause frappée de nullité dans le but de maintenir le contrat¹⁵⁵⁷.

Lorsque l'on est en présence de dispositions contractuelles contraires à l'interdiction de discrimination, il se justifie dès lors, dans toute la mesure du possible, de renoncer à la sanction de la nullité totale et de recourir à la construction de la nullité partielle ou partielle modifiée¹⁵⁵⁸. Le juge doit alors, en fonction des circonstances, choisir entre la nullité des clauses discriminatoires ou leur remplacement par de nouvelles dispositions conformes au principe de non-discrimination. A titre d'exemples, la nullité des clauses discriminatoires se justifiera lorsqu'un contrat de bail impose des obligations supplémentaires à un particulier du fait de sa nationalité¹⁵⁵⁹. Le juge devra en revanche préférer la construction de la nullité partielle modifiée en présence d'un contrat de travail prévoyant des conditions de salaires moins avantageuses que pour les nationaux¹⁵⁶⁰. Le caractère discriminatoire de la situation ayant été préalablement prouvé, il lui faudra examiner les situations comparables¹⁵⁶¹ afin d'établir le contenu de la disposition de remplacement¹⁵⁶². Il pourra par ailleurs également s'inspirer de la pratique valable dans la branche ou le secteur en question¹⁵⁶³.

§ 3 Résiliation du contrat

Reste enfin à déterminer le traitement qu'il convient de réserver à la résiliation d'un contrat contraire au principe de non-discrimination.

En vertu de l'article 2 al. 2 CC, « l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi ». Cette disposition constitue une limitation à l'exercice

¹⁵⁵⁶ GAUCH/SCHLUEP/ET AL., 2008, p. 144-145, § 702 ss ; GUILLOD/STEFFEN, 2003, p. 141, § 105 ; HERZOG, 2008, p. 106, § 17 et les références.

¹⁵⁵⁷ HERZOG, 2008, p. 106, § 17.

¹⁵⁵⁸ Dans le même sens en ce qui concerne les discriminations raciales, GÖKSU, 2003, p. 238 ss, § 775 ss. En droit allemand, cf. FÖRSTER, 2007, p. 210.

¹⁵⁵⁹ Dans le même sens, GÖKSU, 2003, p. 241, § 786.

¹⁵⁶⁰ Cf. GÖKSU, 2003, p. 239, § 781.

¹⁵⁶¹ Cf. Partie II, Chapitre II, Section 2, § 1.

¹⁵⁶² GÖKSU, 2003, p. 240, § 782 ; FÖRSTER, 2007, p. 210.

¹⁵⁶³ GÖKSU, 2003, p. 240, § 783.

de n'importe quel droit¹⁵⁶⁴. Elle « permet au tribunal de tenir en échec l'application de la loi lorsque cette application est mise au service d'intérêts qui ne correspondent pas à ceux que la règle est destinée à protéger ou lorsque la loi est (devenue) profondément insatisfaisante »¹⁵⁶⁵. Elle vise notamment les hypothèses suivantes : l'absence ou la disproportion d'intérêts, l'exercice d'un droit de manière inutilement dommageable, le comportement contradictoire, la violation des finalités d'un droit, l'abus de position mal acquise, l'abus des règles de forme ou des règles de délai¹⁵⁶⁶.

A notre sens, le fait de résilier un contrat pour des motifs contraires à l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité est contraire à la finalité du droit de mettre un terme à une relation contractuelle. Un tel comportement constitue dès lors un abus de droit au sens de l'article 2 al. 2 CC¹⁵⁶⁷.

Si l'article 2 al. 2 CC ne définit pas les sanctions de tels abus et se contente de prévoir le refus de leur protection légale¹⁵⁶⁸, plusieurs dispositions spéciales ont pour objet de déterminer les sanctions applicables à la résiliation abusive d'un contrat¹⁵⁶⁹.

Ainsi, en ce qui concerne les contrats susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'ALCP, l'article 336a CO en relation avec l'article 336 al. 1 let. a CO sanctionne la résiliation abusive d'un contrat de travail par le versement d'une indemnité. En matière de bail, l'article 271 al. 1 CO prévoit, quant à lui, l'annulabilité du congé contrevenant aux règles de la

¹⁵⁶⁴ ATF 83 II 345 (348-389) ; ABBET, 2006, p. 223 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, 2009, p. 59, § 18.

¹⁵⁶⁵ STEINAUER, 2009, p. 213, § 570. Voir également TUOR/SCHNYDER/SCHMID, 2009, p. 59, § 18.

¹⁵⁶⁶ ABBET, 2006, p. 216-217 et les références citées. Voir également AMOOS, 2002, p. 39 ss et les références citées ; HAUSHEER/JAUN, 2003, p. 136 ss, § 93 ss ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, 2009, p. 61 ss, § 24 ss et les références citées.

¹⁵⁶⁷ Dans le même sens, BESSON, 1999, p. 179, § 733 ; GÖKSU, 2003, p. 226 ss, § 730 ss. Concernant la résiliation abusive d'un contrat, cf. BAUMANN, 1998, p. 684, § 436 ss.

¹⁵⁶⁸ AMOOS, 2002, p. 48 ; BAUMANN, 1998, p. 587, § 243 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, 2009, p. 65, § 35.

¹⁵⁶⁹ ABBET, 2006, p. 267.

bonne foi¹⁵⁷⁰. Enfin, lorsqu'il est question d'un mandat, c'est l'article 404 al. 2 CO – selon lequel la partie qui met un terme au contrat en temps inopportun doit indemniser l'autre du dommage qu'elle lui cause – qui s'applique¹⁵⁷¹. Les termes « en temps inopportun » impliquent en effet une dimension de bonne foi¹⁵⁷².

§ 4 Indemnité pour tort moral

Afin de conclure cette section, il se justifie d'examiner dans quelle mesure une discrimination en raison de la nationalité constitue une atteinte à la personnalité susceptible de fonder une prétention au paiement d'une indemnité pour tort moral.

Selon l'article 49 CO, « celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement ».

La notion de tort moral couvre les souffrances physiques et psychiques résultant d'une atteinte à la personnalité¹⁵⁷³. Elle comprend tant un volet objectif – l'atteinte doit être objectivement grave¹⁵⁷⁴, elle ne doit pas faire partie des risques courants de la vie¹⁵⁷⁵ –, que subjectif – la victime doit avoir ressenti l'atteinte comme une souffrance d'une certaine intensité¹⁵⁷⁶.

L'article 49 CO est soumis à la réalisation des mêmes conditions que l'article 41 CO, à la différence près que la preuve d'un dommage matériel (« Schaden ») est remplacée par la preuve d'un dommage immatériel (« unmaterieller Unbill »)¹⁵⁷⁷.

¹⁵⁷⁰ Soulignons par ailleurs que dans le cas où le contrat de bail a été le fruit d'une obligation de contracter, l'annulabilité de la décision doit se fonder sur l'article 271a al. 1 let. 3 CO (GÖKSU, 2003, p. 229, § 742).

¹⁵⁷¹ Dans le même sens, BAUMANN, 1998, p. 687, § 440.

¹⁵⁷² BAUMANN, 1998, p. 686, § 439.

¹⁵⁷³ DUNAND, 2008, p. 174 et les références citées.

¹⁵⁷⁴ DUNAND, 2008, p. 174 ; GÖKSU, 2003, p. 267, § 870.

¹⁵⁷⁵ SCHWENZER, 2006, p. 107, § 17.05.

¹⁵⁷⁶ DUNAND, 2008, p. 175 et les références citées ; GÖKSU, 2003, p. 267, § 871.

¹⁵⁷⁷ GÖKSU, 2003, p. 265, § 867.

Il est possible d'invoquer l'article 49 CO pour faire valoir une réparation pour tort moral tant au stade de la conclusion du contrat qu'aux stades de son exécution et de sa résiliation¹⁵⁷⁸. Lors de la conclusion du contrat, une atteinte à la personnalité est par ailleurs susceptible de donner lieu à une réparation sur la base des règles sur la *culpa in contrahendo*¹⁵⁷⁹ – en sus de l'article 49 CO¹⁵⁸⁰. A titre d'exemple, il y a lieu de mentionner un arrêt qui a été rendu par l'« Arbeitsgericht » de Zurich. Il concernait le refus par une entreprise de nettoyage d'engager une travailleuse au motif qu'elle était originaire des Balkans. Le Tribunal de Zurich a jugé que le comportement de la société de nettoyage constituait une atteinte grave à la personnalité de cette travailleuse et devait donner lieu, en vertu du devoir de diligence découlant de la *culpa in contrahendo*, au paiement d'une indemnité pour tort moral de frs. 5000¹⁵⁸¹.

Selon certains auteurs, l'article 328 CO – qui a pour objet la protection de la personnalité du travailleur – est également susceptible de s'appliquer lors des pourparlers contractuels¹⁵⁸². Le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne a rendu un arrêt dans ce sens. Cet arrêt avait pour objet le refus d'un établissement médico-social d'engager une aide-infirmière en raison de la couleur de sa peau. Dans le cadre de cette affaire, le Tribunal de prud'hommes a condamné l'EMS, sur la base de l'article 328 CO, au paiement d'une indemnité pour tort moral d'un montant de frs. 5000¹⁵⁸³.

¹⁵⁷⁸ « En matière contractuelle, la violation d'une obligation n'est pas comme telle génératrice d'une réparation morale. Il faut que l'acte ou l'omission constitutive de la violation soit aussi une atteinte à la personnalité ; en d'autres termes, l'acte ou l'omission réalise un concours d'actions sur le plan contractuel et sur le plan aquilien », ENGEL, 1997, p. 527.

¹⁵⁷⁹ DUNAND, 2008, p. 176.

¹⁵⁸⁰ En cas de discrimination raciale à l'embauche, cf. GÖKSU, 2003, p. 265 ss, § 866 ss. Voir également DUNAND, 2008, p. 176.

¹⁵⁸¹ Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 13. Januar 2006, N° AN050401/U1, résumé in : Plädoyer 2/2006, p. 73 ss.

¹⁵⁸² BRUNNER/BÜHLER/ET AL., 2004, p. 140. Contra : WYLER, 2008, p. 86. Selon cet auteur, « c'est à tort que le Tribunal des prud'hommes s'est fondé sur l'art. 328 CO, dès lors que la relation contractuelle n'était pas née ».

¹⁵⁸³ Jugement du Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne du 1^{er} juin 2005, n° T304.021563 résumé in : Plädoyer 6/2005, p. 73-74.

Conclusion

Libre circulation

Grâce à la conclusion de l'Accord sur la libre circulation des personnes, un régime spécial de libre circulation en faveur des ressortissants communautaires a pu être instauré. S'inspirant des dispositions en application au sein de l'Union européenne, ce régime consacre la libre circulation des travailleurs salariés, des indépendants et de certaines catégories de non-actifs, et facilite la libre prestation de services – tant lorsque le prestataire de services se déplace dans l'Etat où est établi le destinataire que lorsque le destinataire de services se rend dans l'Etat du prestataire, ou encore lorsque c'est la prestation de services qui traverse la frontière¹⁵⁸⁴.

Alors que les notions d'entrave et de citoyenneté européenne jouent un rôle de plus en plus prépondérant au sein de l'Union européenne, l'ampleur de leur influence dans le cadre de l'interprétation des droits garantis par l'ALCP reste encore à ce jour difficile à cerner.

La notion de citoyenneté n'est évidemment pas mentionnée dans l'Accord. Cette absence ne signifie toutefois pas que les arrêts de la Cour de justice se fondant sur cette notion ne jouent aucun rôle lors de l'interprétation de l'Accord. En effet, lorsque les arrêts de la Cour se réfèrent à la notion de citoyenneté en marge d'autres droits également garantis par l'Accord (tels que les droits consacrés par les articles 12 ou 18 TCE), ces arrêts doivent être pris en considération en vertu de l'article 16 al. 2 ALCP. Néanmoins, il y aura lieu de garder alors à l'esprit que la notion de citoyenneté peut être susceptible d'influencer l'interprétation de ces droits dans un sens qui ne correspond pas aux buts de l'Accord. Dans un tel cas, la jurisprudence communautaire ne devra pas être prise en compte¹⁵⁸⁵.

En ce qui concerne l'interprétation par la Cour de justice du concept d'entrave, l'analyse de la jurisprudence nous laisse apparaître une certaine incohérence. Dans de nombreux arrêts, le recours à cette construction n'est, selon nous, pas justifié – il s'agirait en fait plutôt de cas de discrimination indirecte. Pour faciliter la distinction entre ces notions d'entrave

¹⁵⁸⁴ Cf. Partie I, Chapitre VI.

¹⁵⁸⁵ Cf. Partie I, Chapitre VII, Section 2.

et de discrimination indirecte, une redéfinition de celle-là s'avère, à notre sens, nécessaire. Et c'est cette construction nouvellement définie qu'il y aurait lieu de transposer dans le cadre de l'Accord¹⁵⁸⁶.

Interdiction de discrimination en raison de la nationalité

Plusieurs dispositions de l'Accord visent à interdire les discriminations en raison de la nationalité. Parmi celles-ci, les articles 2 ALCP, 9, 15 et 19 Annexe I-ALCP ainsi que l'article 3 du règlement n° 1408/71 en constituent les principales. Elles se fondent sur la même notion de discrimination.

Lorsque l'on s'attache à identifier la présence d'une discrimination telle que prohibée par ces dispositions, il convient de procéder à l'examen suivant. En premier lieu, s'il n'est pas nécessaire que les situations analysées soient considérées comme identiques, leur caractère comparable doit en revanche être démontré. Notons à cet égard que la présence d'une référence au critère de la nationalité permet de présumer une telle comparabilité. En revanche, lorsqu'une telle référence fait défaut – lorsque la différence de traitement ne se fonde pas directement sur la nationalité, mais recourt à d'autres critères de distinction –, cette présomption ne trouve pas application. Dans un tel cas, il y a alors lieu de procéder à une comparaison des situations en se basant sur les effets de la mesure litigieuse¹⁵⁸⁷. En second lieu, il est nécessaire d'examiner dans quelle mesure la personne qui s'estime discriminée ne bénéficie pas du même traitement que d'autres personnes se trouvant dans une situation comparable et en subit un désavantage¹⁵⁸⁸.

La notion de discrimination couvre tant les différences de traitement fondées expressément sur le critère de nationalité (discrimination directe) que celles reposant sur d'autres critères de distinction aboutissant, dans les faits, au même résultat (discrimination indirecte)¹⁵⁸⁹. Elle couvre également les situations dans lesquelles les ressortissants nationaux sont traités, dans leur Etat national, moins favorablement que les ressortissants étrangers (discrimination à rebours). A cet égard, la Cour de justice et le Tribu-

¹⁵⁸⁶ Cf. Partie I, Chapitre VII, Section 1.

¹⁵⁸⁷ Cf. Partie II, Chapitre II, Section 2, § 1.

¹⁵⁸⁸ Cf. Partie II, Chapitre II, Section 2, § 2.

¹⁵⁸⁹ Cf. Partie II, Chapitre III, Sections 1 et 2.

nal fédéral sanctionnent ce dernier type de discrimination uniquement lorsque celle-ci présente un élément transfrontalier. En l'absence d'un tel élément, ces situations relèvent du droit interne et c'est aux juridictions nationales qu'il appartient d'apprécier dans quelle mesure ces différences de traitement doivent être prohibées. Jusqu'à ce jour, le Tribunal fédéral s'est limité à constater que l'article 190 Cst. féd. lui interdit de refuser l'application d'une loi fédérale au motif qu'elle constitue une discrimination à rebours contraire à la Constitution fédérale. A notre sens, cette jurisprudence est critiquable : le Tribunal fédéral aurait dû poursuivre son analyse en examinant la conformité des dispositions litigieuses avec l'article 14 CEDH – en combinaison avec l'article 8 CEDH –, les autorités suisses ayant en effet la compétence de refuser l'application de lois fédérales contraires au droit international¹⁵⁹⁰.

En ce qui concerne le champ d'application des dispositions de l'Accord prohibant les discriminations en raison de la nationalité, nous retiendrons que celles-là ne peuvent normalement bénéficier qu'aux personnes physiques ressortissantes d'un Etat partie, et dont la situation présente un caractère transfrontalier. L'Accord consacre toutefois des exceptions à ces dernières conditions, notamment en faveur des ressortissants d'Etats tiers au bénéfice de la qualité de membres de la famille de ressortissants d'Etats parties. De tels ressortissants peuvent en effet jouir du droit à l'égalité de traitement en matière d'avantages fiscaux et sociaux, ainsi qu'en matière de sécurité sociale. Par ailleurs, étant donné que certaines mesures discriminatoires à l'encontre de ces derniers sont susceptibles de porter indirectement préjudice au ressortissant d'un Etat partie dont ils dépendent, ils peuvent profiter – par ricochet – de l'interdiction de discrimination au sens de l'article 2 ALCP¹⁵⁹¹.

En ce qui concerne les destinataires de ces dispositions, il s'agit en premier lieu des Etats, de leurs organes et de tout autre organisme public et privé assumant une tâche de l'Etat. Les articles 2 ALCP, 9, 15 et 19 Annexe I-ALCP visent quant à eux également les particuliers, en déployant un effet horizontal tant indirect que direct limité. L'article 9 Annexe I-ALCP dépasse même ce socle commun, en ce sens que ses alinéas 4 à 6 sont pourvus d'un effet horizontal direct général¹⁵⁹².

¹⁵⁹⁰ Cf. Partie II, Chapitre III, Section 3.

¹⁵⁹¹ Cf. Partie II, Chapitre V, Section 1.

¹⁵⁹² Cf. Partie II, Chapitre V, Section 2.

Limitations

Plusieurs dispositions de l'Accord limitent la portée des principes de libre circulation et de non-discrimination. En particulier, l'article 5 Annexe I-ALCP offre la possibilité de limiter les droits garantis par l'Accord pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique¹⁵⁹³.

De leur côté, les articles 10, 16 et 22 al. 1 Annexe I-ALCP permettent d'exclure certaines activités lucratives du champ d'application de l'Accord. L'article 10 vise les emplois dans l'administration publique liés à l'exercice de la puissance publique et destinés à sauvegarder les intérêts généraux de l'Etat ou d'autres collectivités publiques. Les articles 16 et 22 al. 1 Annexe I-ALCP, quant à eux, permettent aux Etats membres de refuser le droit aux indépendants et aux prestataires de services de pratiquer une activité participant – même à titre occasionnel – à l'exercice de la puissance publique¹⁵⁹⁴. A titre d'exemple, les articles 8 al. 3 LPers, 23 al. 1 et 24 al. 2 OPers, qui excluent du champ d'application de l'Accord plusieurs postes de l'administration fédérale, sont conformes à l'article 10 Annexe I-ALCP. Ces postes relèvent en effet de ministères de l'Etat ayant pour fonction de sauvegarder les intérêts généraux de la Suisse face à l'étranger et se caractérisent par un rapport particulier à l'égard de l'Etat. Ces dispositions respectent en outre le principe de proportionnalité dans la mesure où elles imposent la condition de nationalité uniquement « lorsque l'accomplissement de tâches impliquant l'exercice de la puissance publique l'exige » (art. 8 al. 3 LPers)¹⁵⁹⁵.

Enfin, il nous paraît encore envisageable de justifier une différence de traitement sur la base de motifs objectifs non expressément prévus par l'Accord – que cette différence de traitement se fonde directement ou indirectement sur le critère de nationalité¹⁵⁹⁶.

Conséquences de la constatation d'une discrimination

Pour déterminer les implications juridiques d'une violation de l'interdiction de discrimination, il convient de distinguer entre les relations liant un particulier à l'Etat (relations verticales) et celles liant deux

¹⁵⁹³ Cf. Partie II, Chapitre VI, Section 1.

¹⁵⁹⁴ Cf. Partie II, Chapitre VI, Section 2.

¹⁵⁹⁵ Cf. Partie II, Chapitre VI, Section 2, § 1, II., C.

¹⁵⁹⁶ Cf. Partie II, Chapitre VI, Section 4.

particuliers entre eux (relations horizontales). Dans ces deux types de situation, il s'agit d'opter pour les solutions propres à garantir l'application effective de l'Accord.

En présence d'une relation verticale, les conséquences dépendent de l'acte en question. Ainsi, il y a lieu de conclure par exemple à l'annulabilité des décisions administratives, et respectivement à la révocabilité des contrats de droit administratif, lorsque leur contenu a été jugé discriminatoire¹⁵⁹⁷.

Dans le cas d'une relation horizontale, les conséquences diffèrent en fonction des phases de la relation contractuelle. Au stade de la conclusion du contrat, différentes dispositions ou principes du droit privé suisse – combinés à la garantie de l'effectivité – permettent ainsi notamment de reconnaître une obligation de contracter¹⁵⁹⁸. Au stade de son exécution, le contrat est réputé nul si son contenu est contraire à l'interdiction de discrimination. Précisons toutefois que, selon les situations, il se justifie de renoncer à la sanction de nullité totale, et de recourir aux constructions de la nullité partielle ou partielle modifiée¹⁵⁹⁹. Enfin, au stade de la résiliation, si les motifs invoqués sont contraires à l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité, cette résiliation doit être qualifiée d'abusive. Elle est alors sanctionnée – notamment – par le versement d'une indemnité lorsque l'on est en présence d'un contrat de travail (cf. art. 336a en relation avec l'art. 336 al. 1 let. a CO), et par l'annulabilité du congé lorsqu'il est question d'un contrat de bail (cf. art. 271 al. 1 CO)¹⁶⁰⁰.

Remarques finales

C'est dans le but de réduire son isolement économique et institutionnel que la Suisse a conclu, en 1999, la première série d'accords sectoriels avec l'Union européenne¹⁶⁰¹. Les parties ayant fait part, lors des négociations, de leur volonté de sauvegarder leur autonomie législative et déci-

¹⁵⁹⁷ Cf. Partie II, Chapitre VII, Section 2.

¹⁵⁹⁸ Cf. Partie II, Chapitre VII, Section 3, § 1, I.

¹⁵⁹⁹ Cf. Partie II, Chapitre VII, Section 3, § 2.

¹⁶⁰⁰ Cf. Partie II, Chapitre VII, Section 3, § 3.

¹⁶⁰¹ Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p. 5448.

sionnelle, elles n'ont pas institué de juridiction commune et ont fait prévaloir le principe de l'équivalence des législations¹⁶⁰².

Sept ans après l'entrée en vigueur de l'Accord sur la libre circulation des personnes, la mise en œuvre de ce principe rencontre certaines difficultés. Si le droit communautaire a depuis lors fait l'objet de nombreuses modifications¹⁶⁰³, celles-ci n'ont – pour la plupart – pas été transposées dans le cadre de l'Accord. Or de telles divergences nuisent évidemment à sa bonne application¹⁶⁰⁴.

La détermination de la portée de la jurisprudence communautaire postérieure dans le cadre de l'Accord se révèle également problématique. Et si, afin de clarifier le rôle que devrait jouer cette jurisprudence lors de l'application de l'Accord, une procédure spécifique a été prévue par les Etats parties (cf. art. 16 al. 2, 2^{ème} et 3^{ème} phrases, ALCP), celle-ci est restée lettre morte en pratique. En effet, la jurisprudence postérieure n'a, d'une part, jamais fait l'objet d'une communication formelle, et le comité mixte ne s'est, d'autre part, jamais prononcé sur les implications d'une telle jurisprudence.

La position du Tribunal fédéral face à la jurisprudence postérieure est, par ailleurs, critiquable. Notre Haute Cour semble en effet avoir opté pour une prise en compte sélective et arbitraire des arrêts postérieurs de la CJCE. Or une telle pratique nuit évidemment à la sécurité du droit, à la garantie de l'application effective de l'Accord ainsi qu'à l'objectif de parallélisme. S'il faut reconnaître que les juridictions suisses sont en droit de renoncer à suivre de tels arrêts, leur renonciation ne doit toutefois pas avoir lieu sans motif légitime.

Immanquablement, la notion d'interdiction de discrimination en raison de la nationalité fait les frais de cette évolution divergente entre les ordres

¹⁶⁰² Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p. 5469-5470.

¹⁶⁰³ Voir en particulier les deux directives n° 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres (JO n° L 158, 2004, p. 77), et 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (JO n° L 255, 2005, p. 22).

¹⁶⁰⁴ Concernant les difficultés liées à l'adoption de la directive n° 2004/38/CE, cf. SCHWEIZER, 2006, p. 41-42.

juridiques suisse et communautaire. Contrairement à la jurisprudence de la Cour de justice – qui accorde à l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité une portée de plus en plus considérable –, la jurisprudence du Tribunal fédéral nous paraît trop restrictive, peinant à reconnaître l'étendue du champ d'application de l'interdiction de discrimination consacrée par l'Accord.

Cette tendance à l'évolution divergente des ordres juridiques se vérifie aussi dans l'importance accordée par les deux cours à la notion d'entrave. En effet – même s'il faut rappeler que cette notion mériterait certainement une redéfinition¹⁶⁰⁵ – le fait que la Cour de justice se fonde toujours plus sur ce concept alors que le Tribunal fédéral n'a jusqu'à présent jamais recouru à cette construction nous pousse à douter que l'équivalence entre ces deux ordres juridiques soit aujourd'hui garantie.

En définitive, si la critique était difficile et l'art aisé, il y aurait tout lieu de regretter vivement, d'une part l'approche timorée du Tribunal fédéral lors de l'application de l'interdiction de discrimination consacrée par l'Accord, et d'autre part le manque de parallélisme entre les ordres juridiques suisse et communautaire. Nous saurons bien au contraire nous réjouir des progrès déjà accomplis en la matière. Rappelons-nous en effet que le critère de nationalité n'est pas expressément mentionné à l'article 8 al. 2 de la Constitution fédérale de 1999, et que son admission reste encore aujourd'hui controversée tant au sein de la doctrine que de la jurisprudence.

¹⁶⁰⁵ Cf. Partie I, Chapitre VII, Section 1, § 3.

Bibliographie

MESSAGES DU CONSEIL FÉDÉRAL

Message du 5 février 1960 sur la participation de la Suisse à l'Association européenne de libre-échange, FF 1960 I 869.

Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997, p. 1.

Message du 14 décembre 1998 concernant la loi sur le personnel de la Confédération, FF 1999, p.1421.

Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p. 5440.

Message du 12 septembre 2001 relatif à l'approbation de l'Accord du 21 juin 2001 amendant la Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de libre-échange (AELE), FF 2001, p. 4729.

Message du 1^{er} octobre 2004 portant approbation du protocole à l'accord entre la Suisse et la CE sur la libre circulation des personnes, FF 2004, p. 5523.

Message du 14 mars 2008 concernant la reconduction de l'accord sur la libre circulation des personnes et son extension à la Bulgarie et la Roumanie, FF 2008, p. 1927.

TRAVAUX DES DÉPARTEMENTS FÉDÉRAUX

OFFICE FÉDÉRAL DE L'IMMIGRATION, DE L'INTÉGRATION ET DE L'ÉMIGRATION – IMES, *Circulaire Liechtenstein*, Berne 2004, disponible sur Internet :
http://www.bfm.admin.ch/etc/medialib/data/migration/rechtsgrundlagen/weisungen_und_kreisschreiben/weisungen_und_rundschreiben.Par.0012.File.tmp/rundschreiben_3_f.pdf (cité : *Circulaire Liechtenstein*).

OFFICE FÉDÉRAL DE L'IMMIGRATION, DE L'INTÉGRATION ET DE L'ÉMIGRATION – IMES, *Directives et commentaires concernant l'introduction progressive de la libre circulation des personnes entre*

la Confédération suisse et la Communauté européenne ainsi que ses Etats membres, et entre la Confédération suisse les Etats membres de l'AELE, la Norvège, l'Islande et la Principauté du Liechtenstein, Berne 2008, disponible sur Internet :

http://www.bfm.admin.ch/bfm/fr/home/themen/rechtsgrundlagen/weisungen_und_kreisschreiben/weisungen_und_rundschreiben.html (cité : *Directives OLCP*).

OFFICE FÉDÉRAL DE LA FORMATION PROFESSIONNELLE ET DE LA TECHNOLOGIE (OFFT)/ET AL., *Accès des ressortissants de l'UE au bénéfice d'un diplôme étranger en droit au stage d'avocat en Suisse*, Berne, note du 10 septembre 2007 (cité : OFFT, *Accès*).

OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS – ODM, *Accord-cadre entre la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein sur la collaboration concernant la procédure de visa, l'entrée et le séjour ainsi que sur la coopération policière dans la zone frontalière – Rapport explicatif*, Berne 2008, disponible sur Internet :

http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/pressemittteilung/2008/pm_2008-09-19.Par.0012.File.tmp/ErläuternderBerichtRahmenvertrag-f.pdf (cité : *Rapport explicatif*).

TRAVAUX DES INSTITUTIONS COMMUNAUTAIRES

Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur les mesures spéciales concernant le déplacement et le séjour des citoyens de l'Union qui sont justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique, Bruxelles, COM (1999) 372 [cité : Communication de la Commission, directive 64/221/CEE, COM (1999) 372].

Libre circulation des travailleurs et accès aux emplois dans l'administration publique des Etats membres – Action de la Commission en matière d'application de l'art. 48 paragraphe 4 du Traité CEE, JO n° C 72, 1988, p. 2 (cité : Action de la Commission, art. 48 al. 4, JO n° C 72, 1988).

Résolution du Parlement européen du 6 septembre 2000 sur le rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'application des directives 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE (droit de séjour) et sur la communication de la Commission au Conseil et au Parlement

européen sur les mesures spéciales concernant le déplacement et le séjour des citoyens de l'Union qui sont justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique, JO n° C 135, 2001, p. 189 [cité : Résolution du Parlement, Raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique (JO n° C 135, 2001, p. 189)].

Résolution du Parlement européen sur la situation et l'organisation du notariat dans les douze Etats membres de la Communauté du 14 février 1994, JO n° C 44, 1994, p. 36 [cité : Résolution du Parlement, notariat (JO n° C 44, 1994, p. 36)].

AUTRES DOCUMENTS

Deutsche Bundesregierung, *Antwort der Bundesregierung betreffend des Staatsangehörigkeitsvorbehalts für den Notarberuf*, disponible sur Internet : <http://www.bnotk.de>, sous la rubrique « BnotK-Intern 2/2001 » (cité : *Antwort der Bundesregierung*).

Deutsche Bundesnotarkammer, *Stellungnahme der Bundesnotarkammer vom 19.12.2000*, disponible sur Internet : <http://www.bnotk.de>, sous la rubrique « Positionen » (cité : *Stellungnahme der Bundesnotarkammer vom 19.12.2000*).

Deutsche Bundesnotarkammer, *Positionspapier der Bundesnotarkammer vom 31.07.2001*, disponible sur Internet : <http://www.bnotk.de>, sous la rubrique « Positionen » (cité : *Position der Bundesnotarkammer vom 31.07.2001*).

INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, in : Yearbook of the International Law Commission 2001, vol. II, 2^{ème} partie, ad article 5, disponible sur Internet : <http://www.un.org/law/ilc/index.htm> (cité : INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2001).

DOCTRINE

ABBET STÉPHANE, *De l'exceptio doli à l'interdiction de l'abus de droit*, thèse, Zurich 2006.

ABEGG ANDREAS, *Der Verwaltungsvertrag zwischen Staatsverwaltung und Privaten*, thèse d'habilitation, Zurich/Bâle/Genève 2009.

ACHERMANN ALBERTO/CARONI MARTINA, *Einfluss der völkerrechtlichen Praxis auf das schweizerische Migrationsrecht*, p. 189 ss, in : Uebersax Peter/Rudin Beat/et al., *Ausländerrecht*, 2^{ème} éd., Bâle 2009.

AKANDJI-KOMBE JEAN-FRANÇOIS, *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'homme*, Strasbourg 2006.

AMOOS MIHAELA, *La théorie de l'abus de droit en relation avec les droits absolus*, thèse, Lausanne 2002.

ARNET RUTH, *Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss*, thèse d'habilitation, Berne 2008.

AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse – l'Etat*, vol. I, 2^{ème} éd., Berne 2006 (cité : AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *L'Etat*, 2006).

– *Droit constitutionnel suisse – les droits fondamentaux*, vol. II, 2^{ème} éd., Berne 2006 (cité : AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Les droits fondamentaux*, 2006).

BARNARD CATHERINE, *The Substantive Law of the EU – the Four Freedoms*, Oxford 2007.

BAUMANN MAX, *Kommentar zu Art. 2 ZGB*, p. 451 ss, in : Gauch Peter/Schmid Jörg (édit.), *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Band I : Einleitung und Personenrecht, 1. Teilband, Zurich 1998.

BECKER MATTHIAS, *Die personenbezogene Dienstleistungserbringung im Rahmen der bilateralen Verträge Schweiz-EG*, Zurich 2001.

BENESCH SEBASTIAN, *Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft*, thèse, Tübingen 2007.

BERGMANN JAN MICHAEL, *Die materiellen Grundzüge des Koordinationsrechts der EU im Bereich der Sozialen Sicherheit*, p. 27 ss, in :

- Schaffhauser René/Schürer Christian (édit.), *Die Durchführung des Abkommens EU/CH über die Personenfreizügigkeit (Teil Soziale Sicherheit) in der Schweiz*, Saint-Gall 2001.
- *Überblick über die Regelungen des APF betreffend die Soziale Sicherheit*, p. 9 ss, in : Schaffhauser René/Schürer Christian (édit.), *Rechtsschutz der Versicherten und der Versicherer gemäss Abkommen EU/CH über die Personenfreizügigkeit (APF) im Bereich der Sozialen Sicherheit*, Saint-Gall 2002.
- BESSON SAMANTHA, *L'égalité horizontale : l'égalité de traitement entre particuliers*, thèse, Fribourg 1999.
- *Liberté d'association et égalité de traitement : une dialectique difficile*, p. 43 ss, in : RDS 2001.
 - *Les obligations positives de protection des droits fondamentaux – Un essai en dogmatique comparative*, p. 49 ss, in : RDS 2003.
 - *Comment humaniser le droit privé sans commodifier les droits de l'homme*, p. 1 ss, in : Werro Franz (édit.), *Droit civil et Convention européenne des droits de l'homme*, Zurich 2006.
- BEUL CARSTEN RENÉ, *Auswirkungen des Freizügigkeitsabkommens mit der Schweiz – Teil 1 : Die Reichweite der Grundfreiheiten des EG-Vertrages im Verhältnis zur Schweiz*, p. 125 ss, in : *Steueranwaltsmagazin* 2006.
- BIAGGINI GIOVANNI, *Kommentar zu Art. 8 BV*, in : Biaggini Giovanni (édit.), *BV-Kommentar*, Zurich 2007 (cité : BIAGGINI, *Art. 8 BV*, 2007).
- *Kommentar zu Art. 35 BV*, in : Biaggini Giovanni (édit.), *BV-Kommentar*, Zurich 2007 (cité : BIAGGINI, *Art. 35 BV*, 2007).
- BIEBER ROLAND/EPINEY ASTRID/HAAAG MARCEL, *Die Europäische Union – Europarecht und Politik*, 8^{ème} éd., Baden-Baden 2009.
- BIERI LAURENT, *L'application du droit privé suisse reprenant de manière autonome des directives communautaires*, p. 708 ss, in : PJA 2007.
- BLANCHARD THIBAUT, *Le partage du contentieux administratif entre le juge civil et le juge administratif*, thèse, Lausanne 2005.

- BOCK RÜDIGER, *Auswirkungen des Freizügigkeitsabkommens mit der Schweiz – Teil 2 : Steuerrechtliche Aspekte*, p. 166 ss, in : *Steuernachrichtsmagazin* 2006.
- BODE STEPHANIE, *Europarechtliche Gleichbehandlungsansprüche Studierender und ihre Auswirkungen in den Mitgliedstaaten*, Baden-Baden 2005.
- VON BOGDANDY ARMIN, *Kommentar zu Art. 12 EGV*, p. 1 ss, in : Grabitz Eberhard/Hilf Meinhard, *Das Recht der Europäischen Union*, vol. I, 32^{ème} éd., Munich 2007.
- BRECHMANN WINFRIED, *Kommentar zu Art. 39-42 EGV*, p. 708 ss, in : Calliess Christian/Ruffert Matthias (édit.), *EUV/EGV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, 3^{ème} éd., Munich 2007.
- BREITENMOSER STEPHAN, *Sectoral Agreement between the EC and Switzerland : Contents and Context*, p. 1137 ss, in : *Common Market Law Review* 2003.
- BREITENMOSER STEPHAN/HUSHEER ANDRÉ, *Europarecht*, vol. II, 2^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2002.
- BREITENMOSER STEPHAN/ISLER MICHAEL, *Der Rechtsschutz im Personenfreizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EG sowie den EU-Mitgliedstaaten*, p. 1003 ss, in : *PJA* 2002.
- BREITENMOSER STEPHAN/MURESAN REMUS, *Spielräume für sportspezifische Regelungen nach der « Bosman »-Rechtsprechung*, p. 138 ss, in : *CaS* 2004.
- BRIGOLA ALEXANDRE, *Das System der EG-Grundfreiheiten : Vom Diskriminierungsverbot zum spezifischen Beschränkungsverbot*, thèse, Munich 2004.
- BRÖHMER JÜRGEN, *Kommentar zu Art. 43-48 EGV*, p. 767 ss, in : Calliess Christian/Ruffert Matthias (édit.), *EUV/EGV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, 3^{ème} éd., Munich 2007.
- BRUNNER CHRISTIANE/BÜHLER JEAN-MICHEL/ET AL., *Commentaire du contrat de travail*, 3^{ème} éd., Lausanne 2004.

BUCHER EUGEN, *Vorbemerkungen zu Art. 1-40 OR*, p. 19 ss, in : Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (édit.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, 4^{ème} éd., Bâle 2007 (cité : BUCHER, *Vorbemerkungen*, 2007).

– *Nicht « Kontrahierungspflicht » – schon eher Schutz vor Boycott*, p. 101 ss, in : *Recht* 2003.

BUCHER SILVIA, *Soziale Sicherheit, beitragsunabhängige Sonderleistungen und soziale Vergünstigungen*, thèse, Fribourg 2000.

– *Die Rechtsmittel der Versicherten gemäss APF im Bereich der Sozialen Sicherheit*, p. 87 ss, in : Schaffhauser René/Schürer Christian (édit.), *Die Durchführung des Abkommens EU/CH über die Personenfreizügigkeit (Teil Soziale Sicherheit) in der Schweiz*, Saint-Gall 2001.

– *Das Freizügigkeitsabkommen im letztinstanzlichen Sozialversicherungsprozess*, p. 1 ss, in : Gächter Thomas (édit.), *Das europäische Koordinationsrecht der sozialen Sicherheit und die Schweiz*, Zurich/Bâle/Genève 2006 (cité : BUCHER, *Sozialversicherungsprozess*, 2006).

– *Die Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts zum Freizügigkeitsabkommen (FZA)*, p. 49 ss, in : RSAS 2006 (cité : BUCHER, *Die Rechtsprechung*, 2006).

– *Le droit aux soins en cas de séjour temporaire dans un pays européen*, p. 83 ss, in : Guillod Olivier/Sprumont Dominique/Despland Béatrice, *Droit aux soins – 13^{ème} journée de droit de la santé*, Berne/Zurich/etc. 2007 (cité : BUCHER, *droit aux soins*, 2007).

– *Die sozialrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts zum FZA und zu Anhang K des EFTA-Übereinkommens : ein Überblick über einige Urteile mit weiterführenden Bermerkungen*, p. 409 ss, in : RSAS 2008.

– *Das FZA und Anhang K des EFTA-Übereinkommens in der sozialrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts (I. Teil)*, p. 387 ss, in : Epiney Astrid/Gammenthaler Nina (édit.), *Annuaire suisse de droit européen 2008/2009*, Zurich/Bâle/etc. 2009.

BÜCKER ANDREAS, *Die Rosella-Entscheidung des EuGH zu gewerkschaftlichen Massnahmen gegen Standortverlagerungen : der Vorhang zu und viele Fragen offen*, p. 212 ss, in : NZA 2007.

- BUDISCHOWSKY JENS, *Kommentar zu Art. 50 EGV*, in : Mayer Heinz (édit.), *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag*, Vienne 2003.
- CALLIESS CHRISTIAN, *Der Unionsbürger : Status, Dogmatik und Dynamik*, p. 7 ss, in : EuR 2007.
- CAMPRUBI MADELEINE, *Kontrahierungszwang gemäss BGB 129 III 35 : Ein Verstoss gegen die Wirtschaftsfreiheit. Zugleich ein Beitrag zur Diskussion über die Grundrechtsbindung von öffentlichen Unternehmen*, p. 384 ss, in : PJA 2004.
- CARDINAUX BASILE, *Das Personenfreizügigkeitsabkommen und die schweizerische berufliche Vorsorge*, Zurich/Bâle/Genève 2008.
- CARLIER JEAN-YVES, *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles 2007.
- CICÉRON BÜHLER CLAUDINE/FERNANDEZ MARIA-ANNA/ET AL., *Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EG von 1999 in ihrer praktischen Anwendung*, p. 339 ss, in : Epiney Astrid/Rivière Florence/et al. (édit.), *Annuaire suisse de droit européen 2004/2005*, Zurich/Bâle/etc. 2005.
- COTTIER THOMAS/DIEBOLD NICOLAS, *Warenverkehr und Freizügigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Bilateralen Abkommen*, in : Jusletter du 2 février 2009.
- COTTIER THOMAS/DZAMKO DANIEL/EVTIMOV ERIK, *Die europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts*, p. 357 ss, in : Epiney Astrid/Theuerkauf Sarah/Rivière Florence (édit.), *Annuaire suisse de droit européen 2003*, Zurich/Bâle/etc. 2004.
- COTTIER THOMAS/GERMANN CHRISTOPHE, *Das Notariat im Europarecht : ein Blick in die Zukunft*, p. 95 ss, in : Ruf Peter/Pfäffli Roland (édit.), *Festschrift 100 Jahre Verband bernischer Notare*, Langenthal 2003.
- COTTIER THOMAS/HERTIG MAYA, *Das Völkerrecht in der neuen Bundesverfassung : Stellung und Auswirkungen*, p. 1 ss, in : Zimmerli Ulrich (édit.), *Die neue Bundesverfassung – Konsequenzen für die Praxis und Wissenschaft*, Berne 1999.
- COTTIER THOMAS/KRAFFT MATHIAS/ET AL., *Sind Nationalitäts- und Wohnsitzerfordernisse für Gesellschaftsorgane mit den völkerrechtli-*

- chen Verpflichtungen der Schweiz vereinbar ?*, p. 1 ss, in : Reprax 2004.
- DE COULON CLAIRE, *L'extension de la libre circulation des personnes aux Etats membres de l'UE et son impact*, p. 409 ss, in : Epiney Astrid/Wyssling Markus (édit.), *Annuaire suisse de droit européen 2006/2007*, Zurich/Bâle/etc. 2007.
- DAMM SVEN MIRKO, *Menschenwürde, Freiheit, komplexe Gleichheit: Dimensionen grundrechtlichen Gleichheitsschutzes*, thèse, Berlin 2006.
- DE BRUYCKER PHILIPPE, *La libre circulation des citoyens européens entre codification et réforme. Présentation générale de la directive 2004/38*, p. 21 ss, in : Carlier Jean-Yves/Guild Elspeth, *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'UE*, vol. II, Bruxelles 2006.
- DE SCHUTTER OLIVIER, *Le concept de discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (égalité de traitement et liberté de circulation)*, p. 13 ss, in : Bribosia Emmanuelle/Dardenne Emmanuelle/et al., *Union européenne et nationalités – Le principe de discrimination et ses limites*, Bruxelles 1999.
- DELLI CHANTAL, *Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende? Überlegungen zur Tragweite des Personenfreizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz sowie der EG und ihren Mitgliedstaaten*, thèse, Bâle 2009.
- DELLI CHANTAL/TOBLER CHRISTA, *Beschränkungsverbot im Personenfreizügigkeitsabkommen? Systematischer Blick auf ein umstrittenes Konzept*, p. 1367 ss, in : PJA 2007.
- DIETRICH MARCEL, *Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der Europäischen Union*, thèse, Zurich 1995.
- DOLLAT PATRICK, *Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne : enjeux et perspectives*, Bruxelles 1998.
- *La citoyenneté européenne : théorie et statuts*, Bruxelles 2008.
- DONY MARIANNE, *Les discriminations fondées sur la nationalité dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, p. 45 ss, in : Bribosia Emmanuelle/Dardenne Emmanuelle/et al., *Union européenne et nationalités – Le principe de discrimination et ses limites*, Bruxelles 1999.

- DUNAND JEAN-PHILIPPE, *La réparation pour tort moral du travailleur par l'employeur*, p. 173 ss, in : Gauch Peter/Werro Franz/Pichonnaz Pascal (édit.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Genève/Zurich/Bâle 2008.
- EGLI PATRICIA, *Drittwirkung von Grundrechten – Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im Schweizer Recht*, thèse, Zurich/Bâle/Genève 2002.
- EHLERS DIRK, *Die Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaften – Allgemeine Lehren*, p. 177 ss, in : Ehlers Dirk (édit.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2^{ème} éd., Berlin 2005.
- EICHENHOFER EBERHARD, *Kommentar zu Art. 1-3 der Verordnung Nr. 1408/71*, p. 73 ss, in : Fuchs Maximilian (édit.), *Europäisches Sozialrecht*, 4^{ème} éd., Baden-Baden 2005.
- ENGEL PIERRE, *Traité des obligations en droit suisse*, 2^{ème} éd., Berne 1997.
- EPINEY ASTRID, *Umgekehrte Diskriminierungen*, thèse d'habilitation, Cologne/Berlin/etc. 1995.
- *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für die Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens*, p. 1 ss, in : RJB 2005 (cité : EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, 2005).
 - *Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit – Überblick und ausgewählte Aspekte*, p. 45 ss, in : Achermann Alberto/Epiney Astrid/et al. (édit.), *Annuaire du droit de la migration 2004/2005*, Berne 2005 (cité : EPINEY, *Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit*, 2005).
 - *Die schweizerische Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen – ein Überblick*, p. 141 ss, in : Achermann Alberto/Epiney Astrid/et al. (édit.), *Annuaire du droit de la migration 2004/2005*, Berne 2005 (cité : EPINEY, *Die schweizerische Rechtsprechung*, 2005).
 - *Kommentar zu Art. 12 EGV*, p. 476 ss, in : Calliess Christian/Ruffert Matthias (édit.), *EUV/EGV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, 3^{ème} éd., Munich 2007 (cité : EPINEY, *Art. 12 EGV*, 2007).

- *Zum « Anwendungsbereich des Vertrages » in Art. 12 EGV*, p. 661 ss, in : Epiney Astrid/Haag Marcel/Heinemann Andreas (édit.), *Le défi des frontières – Mélanges en l'honneur de Roland Bieber*, Baden-Baden 2007 (cité : EPINEY, *Anwendungsbereich des Vertrages*, 2007).
- *Zur Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens im Amateursport – Anmerkung zu einem Entscheid des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen vom 13. Juni 2008*, p. 1233 ss, in : PJA 2008 (cité : EPINEY, *Anmerkung*, 2008).
- *Ausländerklauseln im Amateursport – ausgewählte rechtliche Fragen unter besonderen Berücksichtigung des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU*, in : Cahiers fribourgeois de droit européen n° 5 2008 (cité : EPINEY, *Ausländerklauseln*, 2008).
- *Von Akrich über Jia bis Metock : zur Anwendbarkeit der gemeinschaftlichen Regeln über Familiennachzug*, p. 840 ss, in : EuR 2008 (cité : EPINEY, *Familiennachzug*, 2008).
- *Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Personenfreizügigkeit*, p. 25 ss, in : RSJ 2009.

EPINEY ASTRID/CIVITELLA TAMARA, *Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen*, p. 227 ss, in : Achermann Alberto/Epiney Astrid/et al. (édit.), *Annuaire du droit de la migration 2007/2008*, Berne 2008 (cité : EPINEY/CIVITELLA, *Rechtsprechung*, 2008).

- *Die rechtliche Stellung von Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen in der Schweiz – ein Vergleich ausgewählter Aspekte*, p. 3 ss, in : Achermann Alberto/Epiney Astrid/et al. (édit.), *Annuaire du droit de la migration 2007/2008*, Berne 2008 (cité : EPINEY/CIVITELLA, *Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen*, 2008).

EPINEY ASTRID/GAMMENTHALER NINA, *Marktzugang in der EU und in der Schweiz : Rechtsquellen, Tragweite der Grundfreiheiten und des Personenfreizügigkeitsabkommens*, p. 1 ss, in : Epiney Astrid/Gammenthaler Nina/Hochreutener Inge (édit.), *Marktzugang in der EU und in der Schweiz*, Zurich/Bâle/Genève 2008.

EPINEY ASTRID/MOSTERS ROBERT, *Un exemple d'interprétation des accords conclus entre la Suisse et l'Union européenne : l'accord sur la libre circulation des personnes*, p. 57 ss, in : Epiney Astrid/Rivière

- Florence (édit.), *Interprétation et application des « traités d'intégration »*, Zurich/Bâle/Genève 2006.
- *Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit*, p. 101 ss, in : Epiney Astrid/Wyssling Markus (édit.), *Annuaire suisse de droit européen 2006/2007*, Zurich/Bâle/etc. 2007.
 - *Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen*, p. 55 ss, in : Epiney Astrid/Civitella Tamara (édit.), *Annuaire suisse de droit européen 2007/2008*, Zurich/Bâle/etc. 2008.
 - *Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz - EG*, p. 53 ss, in : Epiney Astrid/Gammenthaller Nina (édit.), *Annuaire suisse de droit européen 2008/2009*, Zurich/Bâle/etc. 2009.
- EPINEY ASTRID/MOSTERS ROBERT/THEUERKAUF SARAH, *Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit*, p. 85 ss, in : Epiney Astrid/Theuerkauf Sarah/Rivière Florence (édit.), *Annuaire suisse de droit européen 2003*, Zurich/Bâle/etc. 2004.
- *Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit*, p. 41 ss, in : Epiney Astrid/Rivière Florence/et al. (édit.), *Annuaire suisse de droit européen 2004/2005*, Zurich/Bâle/etc. 2005.
 - *Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit*, p. 73 ss, in : Epiney Astrid/Egbuna-Joss Andrea/Wyssling Markus (édit.), *Annuaire suisse de droit européen 2005/2006*, Zurich/Bâle/etc. 2006.
- EPINEY ASTRID/ZBINDEN PATRIZIA, *Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EG*, in : Cahiers fribourgeois de droit européen n° 8 2009.
- EWEN CLAUDE, *Reprise de la jurisprudence actuelle de la Cour de justice des Communautés européennes ?*, p. 319 ss, in : Murer Erwin/Kahil-Wolff Bettina (édit.), *L'accord sur la libre circulation des personnes et ses effets à l'égard de la sécurité sociale en Suisse*, Berne 2001.
- FEHRENBACHER ANSGAR, *Personenfreizügigkeit zwischen den EG-Mitgliedstaaten und der Schweiz*, p. 278 ss, in : ZAR 2002.
- FELDER DANIEL, *Appréciation juridique et politique du cadre institutionnel et des dispositions générales des accords sectoriels*, p. 117 ss, in :

- Felder Daniel/Kaddous Christine (édit.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Bâle/Genève/etc. 2001.
- FELDER DANIEL/GRESCH LUKAS/ET AL., *Sektorielle Abkommen CH-EG von 1999 : Erste Erfahrungen*, p. 421 ss, in : Epiney Astrid/Theuerkauf Sarah/Rivière Florence (édit.), *Annuaire suisse de droit européen 2003*, Zurich/Bâle/etc. 2004.
- FILIPESCU CHALANÇON ILINCA, *Le statut des fonctionnaires internationaux et l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP)*, p. 471 ss, in : Epiney Astrid/Theuerkauf Sarah/Rivière Florence (édit.), *Annuaire suisse de droit européen 2003*, Zurich/Bâle/etc. 2004.
- FILLIEZ FABRICE, *Application des accords sectoriels par les juridictions suisses : quelques repères*, p. 183 ss, in : Felder Daniel/Kaddous Christine (édit.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Bâle/Genève/etc. 2001.
- FISCHER HANS GEORG, *Zur Durchsetzung des gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbots vor nationalen Gerichten*, p. 208 ss, in : EuZW 2009.
- FLEISCHHAUER JENS, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und notarielles Berufsrecht*, p. 325 ss, in : DNotZ 2002.
- FÖRSTER PHILIPP, *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten*, thèse, Francfort-sur-le-Main 2007.
- FUCHS MAXIMILIAN, *Kommentar zu Art. 4 der Verordnung Nr. 1408/71*, p. 108 ss, in : Fuchs Maximilian (édit.), *Europäisches Sozialrecht*, 4^{ème} éd., Baden-Baden 2005.
- FUCHS MAXIMILIAN/HÖLLER EDLYN, *Das Sozialrecht in den Assoziationsabkommen der EG mit Drittstaaten*, p. 684 ss, in : Fuchs Maximilian (édit.), *Europäisches Sozialrecht*, 4^{ème} éd., Baden-Baden 2005.
- FUCHS MAXIMILIAN/MARHOLD FRANZ, *Europäisches Arbeitsrecht*, 2^{ème} éd., Vienne 2006.
- GABATHULER THOMAS, *Bilaterale Verträge : Schutznormen nötig*, p. 30 ss, in : Plädoyer 1999/1.
- GALLI PETER/MOSER ANDRÉ/ET AL., *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts – Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des*

- Bundes, der Kantone und der Europäischen Union*, vol. I, 2^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2007.
- GANTEN TED OLIVER, *Die Drittwirkung der Grundfreiheiten – Die EG-Grundfreiheiten als Grenze der Handlungs- und Vertragsfreiheit im Verhältnis zwischen Privaten*, thèse, Berlin 2000.
- GARRONE PIERRE, *La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale*, p. 425 ss, in : *Revue trimestrielle de droit européen* 1994.
- GASSER PETER, *Grundsätzliche Charakteristik des Abkommens über die Freizügigkeit der Personen, inklusive Arbeitslosenversicherung*, p. 269 ss, in : Felder Daniel/Kaddous Christine (édit.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Bâle/Genève/etc. 2001.
- GASTALDI SILVIA, *L'élargissement de l'Union européenne et la libre circulation des personnes – Les périodes transitoires dans l'Union européenne et en Suisse*, p. 869 ss, in : Kaddous Christine/Jametti Greiner Monique (édit.), *Accords bilatéraux II Suisse – UE*, Bâle/Genève/etc. 2006.
- *L'égalité de traitement au service de la citoyenneté européenne : vers une harmonisation de l'accès à l'aide sociale ?*, p. 325 ss, in : *L'harmonisation internationale du droit*, Genève 2007.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./ET AL., *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, vol. I, 9^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2008.
- GÖKSU TARKAN, *Gedanken zur Kontrahierungspflicht anlässlich von BGE 129 III 35*, p. 35 ss, in : *RJB* 2004.
- *Rassendiskriminierung beim Vertragsabschluss als Persönlichkeitsverletzung*, thèse, Fribourg 2003.
- GRABER RASSO, *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten*, thèse, Munich 2002.
- GREMPER PHILIPP, *Ausländische Personen als selbständig Erwerbende*, p. 905 ss, in : Uebersax Peter/Rudin Beat/et al., *Ausländerrecht*, 2^{ème} éd., Bâle 2009.
- GRISEL DIANE, *La notion de services au sens de l'article 50 du Traité CE*, p. 161 ss, in : Cashin Ritaine Eleanor/Maître Arnaud Elodie (édit.),

Notions-cadre, concepts indéterminés et standards juridiques en droit interne, international et comparé, Genève/Zurich/Bâle 2008.

GRISEL ETIENNE, *La liberté économique – Libéralisme et droit économique en Suisse*, Berne 2006.

GRISEL ETIENNE, *Egalité – Les garanties de la Constitution fédérale du 18 avril 1999*, 2^{ème} éd., Berne 2009.

GROSSEN DIETER, *Appréciation politique de l'Accord sur la libre circulation des personnes*, p. 259 ss, in : Felder Daniel/Kaddous Christine (édit.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Bâle/Genève/etc. 2001.

GROSSEN DIETER W./DE COULON CLAIRE, *Bilaterale Abkommen über die Freizügigkeit zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedern*, p. 135 ss, in : Thürer Daniel/Weber Rolf H./et al. (édit.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz-EU : Ein Handbuch*, Zurich/Bâle/Genève 2007.

GROSSEN DIETER W./DE PALÉZIEUX CLAIRE, *Abkommen über die Freizügigkeit*, p. 87 ss, in : Thürer Daniel/Weber Rolf H./Zäch Roger, *Bilaterale Verträge Schweiz-EG : Ein Handbuch*, Zurich 2002.

GUILLOD OLIVIER/STEFFEN GABRIELLE, *Commentaire des art. 19/20 CO*, p. 120 ss, in : Thévenoz Luc/Werro Franz (édit.), *Commentaire romand du Code des obligations*, Bâle 2003.

GUNDEL JÖRG, *Die Rechtfertigung von faktisch diskriminierenden Eingriffen in die Grundfreiheiten des EGV*, p. 79 ss, in : Jura 2001.

– *Die Inländerdiskriminierung zwischen Verfassungs- und Europarecht : Neue Ansätze in der deutschen Rechtsprechung*, p. 269 ss, in : DVBl. 2007.

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2006.

HAILBRONNER KAY, *Öffentlicher Dienst und EG-Freizügigkeit*, p. 129 ss, in : VBIBW 2000.

– *Freizügigkeit nach EU-Recht und dem bilateralen Abkommen mit der Schweiz über die Freizügigkeit von Personen*, p. 48 ss, in : EuZ 2003.

- *Diskriminierungsverbot, Unionsbürgerschaft und gleicher Zugang zu Sozialleistungen*, p. 603 ss, in : ZaöRV 2004.
 - *Union Citizenship and Social Rights*, p. 65 ss, in : Carlier Jean-Yves/Guild Elspeth, *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'UE*, vol. II, Bruxelles 2006.
- HAKENBERG WALTRAUD, *Kommentar zu Art. 49-55 EGV*, p. 743 ss, in : Lenz Carl Otto/Borchardt Klaus-Dieter (édit.), *EU- und EG-Vertrag – Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 4^{ème} éd., Bâle/Genève/Munich 2006.
- HAMMERL CHRISTOPH, *Inländerdiskriminierung*, Berlin 1997.
- HÄNER ISABELLE, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag – Verfahrensfragen*, p. 39 ss, in : Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (édit.), *Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis*, Zurich/Bâle/Genève 2007.
- HANF DOMINIK, *Le développement de la citoyenneté de l'Union européenne*, p. 15 ss, in : *La libre circulation des personnes – Etats des lieux et perspectives*, Bruxelles 2007.
- HANGARTNER YVO, *Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit im Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft*, p. 257 ss, in : PJA 2003 (cité: HANGARTNER, *Freizügigkeitsabkommen*, 2003).
- *Diskriminierung : ein neuer verfassungsrechtlicher Begriff*, p. 97 ss, in: RDS 2003 (cité: HANGARTNER, *Diskriminierung*, 2003).
- HÄNNI PETER, *Personalrecht des Bundes*, in : Heinrich Koller/et al. (édit.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, Band I (Organisationsrecht), Teil 2, 2^{ème} éd., Bâle 2004.
- *Schweizerisches Europarecht*, Zurich 2007.
 - *Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz*, 2^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2008.
- HAUSHEER HEINZ/JAUN MANUEL, *Die Einleitungsartikel des ZGB*, Berne 2003.

- HEINE ALEXIA, *Die flankierenden Massnahmen im Spannungsverhältnis zwischen Vollzug des Entsendegesetzes und der Vertragsfreiheit im Arbeitsrecht*, p. 471 ss, in : PJA 2006.
- HEMPEL KARL, *Kommentar zu Art. 45 EGV*, in : Mayer Heinz (édit.), *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag*, Vienne 2003.
- HENSSLER MARTIN/KILIAN MATTHIAS, *Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG*, p. 192 ss, in : EuR 2005.
- HERZOG NICOLAS, *Kommentar zu Art. 20 OR*, p. 101 ss, in : Honsell Heinrich (édit.), *Obligationenrecht – Kurzkomentar*, Bâle 2008.
- HILPOLD PETER, *Unterhaltsstipendien für Unionsbürger – Die Rechtssache « Förster » und die Grenzen mitgliedstaatlicher Solidarität*, p. 40 ss, in : EuZW 2009.
- HINNY PASCAL, *Das Diskriminierungsverbot des Personenverkehrsabkommens im Schweizer Steuerrecht*, p. 165 ss, in : IFF Forum für Steuerrecht 2004.
- HINTERSTEINER MARGIT, *Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot*, thèse, Berlin 1999.
- HIRSBRUNNER MARTIN, *Freizügigkeitsabkommen (FZA) – erste Erfahrungen*, p. 39 ss, in : Ehrenzeller Bernhard (édit.), *Rechtsentwicklungen im schweizerischen Ausländerrecht*, Saint-Gall 2004.
- HIRSBRUNNER MARTIN/NYFFENEGGER MARTIN/ET AL., *Umsetzung des Freizügigkeitsabkommens – ausgewählte Fragen aus der Praxis*, p. 447 ss, in : Epiney Astrid/Theuerkauf Sarah/Rivière Florence (édit.), *Annuaire suisse de droit européen 2003*, Zurich/Bâle/etc. 2004.
- HIRSBRUNNER MARTIN/SCHÄFER CLAUDIUS, *Das Abkommen über die Ausdehnung des Freizügigkeitsabkommens in Folge der EU-Erweiterung – Hauptsächliche Merkmale des Abkommens*, p. 833 ss, in : Kaddous Christine/Jametti Greiner Monique (édit.), *Accords bilatéraux II Suisse – UE*, Bâle/Genève/etc. 2006.
- HIRSCH GÜNTER, *Die Europäisierung der freien Berufe*, p. 729 ss, in : DNotZ 2000.
- HOFMANN DAVID, *La liberté économique suisse face au droit européen*, thèse, Berne 2005.

- HOLOUBEK MICHAEL, *Kommentar zu Art. 12 EGV*, p. 340 ss, in : Schwarze Jürgen (édit.), *EU-Kommentar*, 2. éd., Baden-Baden 2009 (cité : HOLOUBEK, *12 EGV*, 2009).
- « *Inländerdiskriminierung* » im *Wirtschaftsrecht*, p. 159 ss, in : Aicher Josef/Holoubek Michael/Korinek Karl (édit.), *Gemeinschaftsrecht und Wirtschaftsrecht*, Vienne 2000 (cité : HOLOUBEK, *Inländerdiskriminierung*, 2000).
- HONEGGER EDITH, *Die Gemischten Ausschüsse in den Sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG*, in : Cahier de l'IDHEAP 216/2004, Chavannes-Lausanne 2004.
- HONEGGER ZOE, *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten*, p. 254 ss, in : *ius.full* 2005.
- HOTTELIER MICHEL/MOCK HANSPETER, *Le Tribunal fédéral suisse et la « discrimination à rebours » en matière de regroupement familial*, p. 1275 ss, in : *Revue trimestrielle de droit européen* 2003.
- HUBER-WILHELM CLAUS, *ÖstVerfGH : Inländerdiskriminierung von Handwerkern*, p. 219 ss, in : *EuZW* 2001.
- HUGUENIN CLAIRE, *Kommentar zu Art. 19/20 OR*, p. 19 ss, in : Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (édit.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, 4^{ème} éd., Bâle 2007.
- *Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, 3^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève.
- IKEN JAN-GERRIT, *Personenfreizügigkeit : Tendenzen und Entwicklungen in den Rechtskreisen der Schweiz und der EU*, thèse, Zurich 2003.
- ILIOPOULOU ANASTASIA, *Libre circulation et non-discrimination. Eléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, thèse, Bruxelles 2007.
- IMHOF EDGAR, *Das bilaterale Abkommen über den freien Personenverkehr und die Soziale Sicherheit*, p. 22 ss, in : *RSAS* 2000.
- *FZA/EFTA-Übereinkommen und soziale Sicherheit*, in : *Jusletter* du 23 octobre 2006 (cité : IMHOF, *FZA/EFTA*, 2006).
- *Schweizerische Leistungen bei Mutterschaft und FZA/Europarecht*, p. 87 ss, in : Gächter Thomas (édit.), *Das europäische Koordinations-*

- recht der sozialen Sicherheit und die Schweiz*, Zurich/Bâle/Genève 2006 (cité : IMHOF, *Mutterschaft*, 2006).
- *Das Freizügigkeitsabkommen EG-Schweiz und seine Auslegungsmethode – Teil 1*, p. 155 ss, in : ZESAR 2007 (cité : IMHOF, *Auslegungsmethode – Teil 1*, 2007).
 - *Das Freizügigkeitsabkommen EG-Schweiz und seine Auslegungsmethode – Teil 2*, p. 217 ss, in : ZESAR 2007 (cité : IMHOF, *Auslegungsmethode – Teil 2*, 2007).
 - *Über den sozialversicherungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff im Sinne des persönlichen Anwendungsbereichs der Verordnung Nr. 1408/71*, p. 22 ss, in : RSAS 2008 (cité : IMHOF, *Arbeitnehmerbegriff*, 2008).
 - *Das Freizügigkeitsabkommen EG-Schweiz und seine Auslegungsmethode : Ist das Beschränkungsverbot in seinem Rahmen anwendbar ?*, p. 425 ss, in : ZESAR 2008 (cité : IMHOF, *Beschränkungsverbot*, 2008).
- JAAG TOBIAS, *Die Beziehungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union – Eine Bestandesaufnahme nach der Zustimmung zu den sektoriellen Abkommen*, p. 223 ss, in : RDS 2000.
- *Institutionen und Verfahren*, p. 39 ss, in : Thürer Daniel/Weber Rolf H./Zäch Roger, *Bilaterale Verträge Schweiz-EG : Ein Handbuch*, Zurich 2002.
 - *Europarecht – Die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht*, Zurich/Bâle/Genève 2003.
- JAAG TOBIAS/ZIHLMANN MAGDA, *Institutionen und Verfahren*, p. 65 ss, in : Thürer Daniel/Weber Rolf H./et al. (édit.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz-EU : Ein Handbuch*, Zurich/Bâle/Genève 2007.
- JAENSCH MICHAEL, *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten*, Baden-Baden 1997.
- KADDOUS CHRISTINE, *Les accords sectoriels dans le système des relations extérieures de l'Union européenne*, p. 77 ss, in : Felder Daniel/Kaddous Christine (édit.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Bâle/Genève/etc. 2001.

- *La libre circulation des personnes, la directive 2004/38 et l'Accord bilatéral CH-UE*, p. 213 ss, in : RSDIE 2006 (cité : KADDOUS, *La directive 2004/38*, 2006).
- *L'influence du droit communautaire dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse*, p. 407 ss, in : *Mélanges en l'honneur de Philippe Léger – Le droit à la mesure de l'homme*, Paris 2006 (cité : KADDOUS, *L'influence du droit communautaire*, 2006).
- *A propos de la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne*, p. 528 ss, in : Epiney Astrid/Haag Marcel/Heinemann Andreas (édit.), *Le défi des frontières – Mélanges en l'honneur de Roland Bieber*, Baden-Baden 2007.
- *L'Accord CH-EU sur la libre circulation des personnes et l'ordre juridique suisse*, p. 153 ss, in : Breuss Fritz/Cottier Thomas/Müller-Graff Peter-Christian (édit.), *Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess*, Baden-Baden 2008.

KADDOUS CHRISTINE/TOBLER CHRISTA, *Droit européen : Suisse-Union européenne*, p. 611 ss, in : RSDIE 2005.

- *Droit européen : Suisse-Union européenne*, p. 467 ss, in : RSDIE 2006.
- *Droit européen : Suisse-Union européenne*, p. 638 ss, in : RSDIE 2007.
- *Droit européen : Suisse-Union européenne*, p. 351 ss, in : RSDIE 2008.

KAHIL-WOLFF BETTINA, *L'assurance-chômage et l'accord sur la libre circulation des personnes CH-CE*, p. 432 ss, in : RSAS 1999.

- *L'accord sur la libre circulation des personnes Suisse-CE et le droit des assurances sociales*, p. 81 ss, in : SJ 2001/II.
- *Quelques remarques sur les voies de droit en matière de sécurité sociale dans le cadre de l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP)*, p. 60 ss, in : JT 2002 III.
- *Récents développements de la coordination des régimes nationaux de sécurité sociale*, p. 119 ss, in : Epiney Astrid/Theuerkauf Sarah/Rivière

- Florence (édit.), *Annuaire suisse de droit européen 2003*, Zurich/Bâle/etc. 2003.
- *Heilkuren an südeuropäischen Stränden und andere Entwicklungen rund um die EG-Verordnung 1408/71*, p. 578 ss, in : RSAS 2004.
 - *L'Accord sur la libre circulation des personnes : la coordination des systèmes de sécurité sociale (quelques pistes pour le praticien)*, p. 63 ss, in : *Temi scelti di diritto delle assicurazioni sociali*, Bâle/Genève/Munich 2006.
 - *Das EuGH-Urteil in der Rechtssache Hosse und andere Entwicklungen rund um die Verordnung 1408/71*, p. 78 ss, in : RSAS 2007.
 - *Le Règlement CE 883/04 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et son Règlement d'application : quels avantages pour les assurés ?*, p. 43 ss, in : CGSS 2008/40.
- KAHIL-WOLFF BETTINA/GREBER PIERRE-YVES, *Sécurité sociale : aspects de droit national, international et européen*, Genève/Bâle/Munich 2006.
- KAHIL-WOLFF BETTINA/MOSTERS ROBERT, *Das Abkommen über die Freizügigkeit EG-Schweiz*, p. 5 ss, in : EuZW 2001.
- KAHIL-WOLFF BETTINA/PACIFICO CORINNE, *Récents développements dans le domaine de la coordination des régimes nationaux de sécurité sociale*, p. 71 ss, in : Epiney Astrid/Rivière Florence/et al. (édit.), *Annuaire suisse de droit européen 2004/2005*, Zurich/Bâle/etc. 2005.
- KAHIL-WOLFF BETTINA/SONNENBERG CAROLE/ROHRER CHRISTOPH, *Récents développements de la coordination des régimes nationaux de sécurité sociale*, p. 131 ss, in : Epiney Astrid/Wyssling Markus (édit.), *Annuaire suisse de droit européen 2006/2007*, Zurich/Bâle/etc. 2007.
- KÄLIN WALTER, *Die Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens für das Ausländerrecht*, p. 11 ss, in : Cottier Thomas/Oesch Matthias (édit.), *Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EG – Ausgewählte Fragen zur Rezeption und Umsetzung der Verträge vom 21. Juni 1999 im schweizerischen Recht*, Berne 2002.
- KÄLIN WALTER/EPINEY ASTRID/ET AL., *Völkerrecht : Ein Einführung*, 2^{ème} éd., Berne 2006.

- KARPENSTEIN ULRICH/LIEBACH INGO, *Das deutsche Notariat vor dem Europäischen Gerichtshof*, p. 161 ss, in: EuZW 2009.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, *Grundrechte*, Berne 2007.
- KIESER UELI, *Ausländische Personen und soziale Sicherheit*, p. 73 ss, in : Uebersax Peter/Rudin Beat/et al., *Ausländerrecht*, 2^{ème} éd., Bâle 2009.
- KIZILDAG ALI, *Les mesures restrictives justifiées par l'ordre public en droit communautaire et en droit suisse*, p. 469 ss, in : RDAF 2004.
- KLAUS FELIX, *Ausländische Personen als Arbeitnehmende*, p. 819 ss, in : Uebersax Peter/Rudin Beat/et al., *Ausländerrecht*, 2^{ème} éd., Bâle 2009.
- KLEIN FRANK, *Die Rechtsfolgen des fehlerhaften verwaltungsrechtlichen Vertrags*, thèse, Zurich/Bâle/Genève 2003.
- KLETT KATHRIN, *Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang*, p. 161 ss, in : BJM 2005.
- KLUTH WINFRIED, *Kommentar zu Art. 17 EGV*, p. 523 ss, in : Calliess Christian/Ruffert Matthias (édit.), *EUV/EGV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, 3^{ème} éd., Munich 2007 (cité : KLUTH, 17 EGV, 2007).
- *Kommentar zu Art. 18 EGV*, p. 537 ss, in : Calliess Christian/Ruffert Matthias (édit.), *Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 3^{ème} éd., Munich 2007 (cité : KLUTH, 18 EGV, 2007).
 - *Kommentar zu Art. 49-50 EGV*, p. 814 ss, in : Calliess Christian/Ruffert Matthias (édit.), *Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 3^{ème} éd., Munich 2007 (cité : KLUTH, 49-50 EGV, 2007).
- KOLLER ALFRED, *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, 3^{ème} éd., Berne 2009.
- KOLONOVITS DIETER, *Kommentar zu Art. 18 EGV*, in : Mayer Heinz (édit.), *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag*, Vienne 2005.
- KRAMER ERNST A., *Kommentar zu Art. 19-22 OR*, in : *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band VI : Das Obligationenrecht, Teilband 2, Berne 1990.

– *Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, Bâle 2009.

KUCSKO-STADLMAYER GABRIELE, *Kommentar zu Art. 12 EGV*, in : Mayer Heinz (édit.), *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag*, Vienne 2005.

LACH ANDREAS, *Umgekehrte Diskriminierungen im Gemeinschaftsrecht*, thèse, Francfort-sur-le-Main 2008.

LANGER ROSE, *Kommentar zu Art. 42 EGV*, p. 1409 ss, in : von der Groeben Hans/Schwarze Jürgen (édit.), *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 6^{ème} éd., Baden-Baden 2003.

LECLERC STEPHANE, *Les droits du citoyen européen*, p. 51 ss, in : Leclerc Stéphane/Akandji-Kombé Jean-François (édit.), *La citoyenneté européenne*, Bruxelles 2006.

LENZ CARL OTTO, *Kommentar zu Art. 12 EGV*, p. 264 ss, in : Lenz Carl Otto/Borchardt Klaus-Dieter (édit.), *EU- und EG-Vertrag – Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 4^{ème} éd., Bâle/Genève/Munich 2006.

LEUZINGER-NAEF SUSANNE, *Sozialversicherungsgerichtbarkeit und Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EG*, p. 193 ss, in : RSJ 2003.

LUSTENBERGER ALOIS, *Das Verfahren in zwischenstaatlichen Fällen gemäss Abkommen*, p. 73 ss, in : Murer Erwin/Kahil-Wolff Bettina (édit.), *L'accord sur la libre circulation des personnes et ses effets à l'égard de la sécurité sociale en Suisse*, Berne 2001.

MACH OLIVIER, *L'Accord sur la libre circulation des personnes dans l'optique des praticiens*, p. 311 ss, in : Felder Daniel/Kaddous Christine (édit.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Bâle/Genève/etc. 2001.

MÄCHLER AUGUST, *Die Auflösung des verwaltungsrechtlichen Vertrages*, p. 87 ss, in : Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (édit.), *Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis*, Zurich/Bâle/Genève 2007.

MAGIERA SIEGFRIED, *Kommentar zu Art. 45 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, p. 458 ss, in : Meyer Jürgen (édit.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2^{ème} éd., Baden-Baden 2006.

MAHON PASCAL, *La liberté d'établissement*, p. 203 ss, in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève 2003 (cité : MAHON, *La liberté d'établissement*, 2003).

– *Commentaire de l'article 35 Cst. féd.*, in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, p. 311 ss, Zurich/Bâle/Genève 2003 (cité : MAHON, *35 Cst. féd.*, 2003).

– *Commentaire de l'article 8 Cst. féd.*, in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, p. 311 ss, Zurich/Bâle/Genève 2003 (cité : MAHON, *8 Cst. féd.*, 2003).

MARITZ DANIEL, *Der Dienstleistungsverkehr im Abkommen über die Freizügigkeit der Personen*, p. 331 ss, in : Felder Daniel/Kaddous Christine (édit.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Bâle/Genève/etc. 2001.

MARTENET VINCENT, *Géométrie de l'égalité*, Zurich/Bâle/Genève 2003.

– *La protection contre les discriminations émanant des particuliers*, p. 419 ss, in : RDS 2006.

– *La responsabilité de l'Etat en matière immobilière*, p. 51 ss, in : Foëx Bénédic/Hottelier Michel (édit.), *La garantie de la propriété à l'aube du XXI^e siècle*, Genève/Zurich/Bâle 2009.

MARTENET VINCENT/BOHNET FRANÇOIS, *Droit de la profession d'avocat*, Berne 2009.

MARTENET VINCENT/BOILLET VÉRONIQUE, *L'égalité dans les relations entre particuliers et l'Accord sur la libre circulation des personnes*, p. 311 ss, in : Epiney Astrid/Civitella Tamara (édit.), *Annuaire suisse de droit européen 2007/2008*, Zurich/Bâle/etc. 2008.

MAYER HEINZ, *Kommentar zu Art. 43, 46 und 48 EGV*, in : Mayer Heinz (édit.), *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag*, Vienne 2003.

MÉTRAL JEAN, *L'accord sur la libre circulation des personnes : coordination des systèmes de sécurité sociale et jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances*, p. 185 ss, in : HAVE 2004.

- MÉTRAL JEAN/MOSER-SZELESS MARGIT, *L'accord sur la libre circulation des personnes : coordination des systèmes de sécurité sociale et jurisprudence du Tribunal fédéral (II)*, p. 162 ss, in : HAVE 2007.
- MEYER MICHAEL, *Das Diskriminierungsverbot des Gemeinschaftsrechts als Grundsatznorm und Gleichheitsrecht*, Francfort-sur-le-Main 2002.
- MICHEL NICOLAS, *L'imprégnation du droit étatique par l'ordre juridique international*, p. 63 ss, in : Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (édit.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zurich 2001.
- MOCK HANSPETER/FILLIEZ FABRICE, *Libre circulation et regroupement familial : à propos de la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg par le Tribunal fédéral*, p. 237 ss, in : RSDIE 2006.
- MOHN ASTRID SYBILLE, *Der Gleichheitssatz im Gemeinschaftsrecht – Differenzierungen im europäischen Gemeinschaftsrecht und ihre Vereinbarkeit mit dem Gleichheitssatz*, thèse, Kehl am Rhein/Strasbourg/Arlington 1990.
- MONTINI MICHEL, *Libre circulation des personnes et transcription des noms étrangers*, p. 465 ss, in : *L'atelier du droit – Mélanges en l'honneur de Heinrich Koller à l'occasion de son 65^{ème} anniversaire*, Bâle 2006.
- MOOR PIERRE, *Droit administratif – Les fondements généraux*, vol. I, 2^{ème} éd., Berne 1994.
- *Droit administratif – Les actes administratifs et leur contrôle*, vol. II, 2^{ème} éd., Berne 2002.
- *Droit administratif – L'organisation des activités administratives – Les Biens de l'Etat*, vol. III, Berne 1992.
- MOOSER MICHEL, *Le droit notarial en Suisse*, Berne 2005.
- MOSER JEAN-PIERRE, *Accords bilatéraux et mesures d'éloignement au titre de l'ordre public et de la sécurité publique*, p. 84 ss, in : RDAF I 2003.
- MÜHL AXEL, *Diskriminierung und Beschränkung : Grundansätze einer einheitlichen Dogmatik der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages*, thèse, Berlin 2004.

- MÜLLER GEORG, *Schutzwirkung der Grundrechte*, p. 59 ss, in : Merten Detlef/Papier Hans-Jürgen (édit.), *Handbuch der Grundrechte – Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein*, Heidelberg/Zurich/St-Gall 2007.
- NAGUIB TAREK, *Diskriminierende Verweigerung des Vertragsabschlusses über Dienstleistungen Privater: Diskriminierungsschutzrecht zwischen Normativität, Realität und Idealität*, p. 993 ss, in: AJP 2009.
- NASCIMBENE BRUNO, *Les droits de l’homme et la citoyenneté européenne*, p. 381 ss, in : RSDIE 2007.
- NERAUDAU-D’UNIENVILLE EMMANUELLE, *Ordre public et droit des étrangers en Europe – La notion d’ordre public en droit des étrangers à l’aune de la construction européenne*, Bruxelles 2006.
- NGUYEN MINH SON, *Le contrat de collaboration en droit administratif*, thèse, Berne 1998.
- *Droit public des étrangers – Présence, activité économique et statut politique*, Berne 2003.
- NÖTZLI HARRY, *Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht*, thèse, Berne 2005.
- NYFFENEGGER MARTIN, *Grundzüge des Freizügigkeitsabkommens*, p. 79 ss, in : Ehrenzeller Bernhard (édit.), *Aktuelle Fragen des schweizerischen Ausländerrechts*, Saint-Gall 2001.
- PACHE ECKHARD, *Grundfreiheiten*, p. 322 ss, in : Schulze Reiner/Zuleeg Manfred (édit.), *Europarecht*, Baden-Baden 2006.
- PÄRLI KURT, *Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung für die arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsansprüche nach dem Personenfreizügigkeitsabkommen*, Jusletter 14 août 2006.
- *Arbeitsrechtliches Diskriminierungsverbot europäischer Wanderarbeitnehmer nach Gemeinschaftsrecht und nach dem Personenfreizügigkeitsrecht mit der Schweiz*, p. 21 ss, in : ZESAR 2007.
- PETERS ANNE, *Diskriminierungsverbote*, p. 255 ss, in : Merten Detlef/Papier Hans-Jürgen (édit.), *Handbuch der Grundrechte – Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein*, Heidelberg/Zurich/St-Gall 2007.

- PIAGET EMMANUEL, *L'influence de la jurisprudence communautaire sur l'interprétation des lois suisses relatives à la propriété intellectuelle : argument contraignant ou simple aide à l'interprétation ?*, p. 727 ss, in : sic ! 2006.
- PIEBKALLA MICHAEL, *Unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten des EG-Vertrags bei Boykottaufrufen durch Gewerkschaften*, p. 1144 ss, in : NZA 2007.
- PLÖTSCHER STEFAN, *Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Berlin 2003.
- PREEDY KARA, *Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten – Zur sogenannten Drittwirkung im Europarecht*, Berlin 2005.
- PROBST THOMAS, *La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes : un nouveau défi pour la pratique juridique en droit privé suisse*, p. 13 ss, in : RJN 2004.
- PULVER BERNHARD, *L'interdiction de la discrimination : étude de l'article 8 alinéa 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999*, thèse, Bâle, 2003.
- REICH NORBERT, *Gemeinschaftliche Verkehrsfreiheiten versus Nationales Arbeitskämpfrecht*, p. 301 ss, in : EuZW 2007.
- RENUCCI JEAN-FRANÇOIS, *Droit européen des droits de l'homme*, Paris 2007.
- REPASI RENÉ, *Europäischer Arbeitnehmerbegriff – Doktorandenstipendium*, p. 529 ss, in : EuZW 2008.
- RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 2^{ème} éd., Bâle 2009.
- RIEGER FRANK, *Ist die Inländerdiskriminierung noch mit dem Grundgesetz vereinbar ? – Besprechung des Kammerbeschlusses zur Verfassungsmässigkeit des Meisterzwangs*, p. 685 ss, in : DöV 2006.
- RIESE CHRISTOPH/NOLL PAUL, *Europarechtliche und verfassungsrechtliche Aspekte der Inländerdiskriminierung*, p. 516 ss, in : NVwZ 2007.
- ROBIN-OLIVIER SOPHIE, *Le principe d'égalité en droit communautaire – Etudes à partir des libertés économiques*, thèse, Aix-Marseille 1999.

- ROSSI MATTHIAS, *Das Diskriminierungsverbot nach Art. 12 EGV*, p. 197 ss, in : EuR 2000.
- ROTH WULF-HENNING, *Drittwirkung der Grundfreiheiten ?*, p. 1231 ss, in : Due Ole/Lutter Marcus/Schwarze Jürgen (édit.), *Festschrift für Ulrich Everling*, vol. II, Baden-Baden 1995.
- *Diskriminierende Regelungen des Warenverkehrs und Rechtfertigung durch die « zwingenden Erfordernisse » des Allgemeininteresses*, p. 979 ss, in : WRP 2000.
- RÖTHEL ANNE, *Grundfreiheiten und private Normgebung*, p. 908 ss, in : EuR 2001.
- SCHÄFER CLAUDIUS, *Neuerungen in der Personenfreizügigkeit*, p. 331 ss, in : Epiney Astrid/Rivière Florence/et al. (édit.), *Annuaire suisse de droit européen 2004/2005*, Zurich/Bâle/etc. 2005.
- SCHEUER ALEXANDER, *Kommentar zu Art. 39-48 EGV*, p. 617 ss, in : Lenz Carl Otto/Borchardt Klaus-Dieter (édit.), *EU- und EG-Vertrag – Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 4^{ème} éd., Bâle/Genève/Munich 2006.
- SCHILL STEPHAN, *Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare und europäische Niederlassungsfreiheit – Der Anfang vom Ende eines Privilegs ?*, p. 2014 ss, in : NJW 2007.
- SCHILLER GERNOT, *Freier Personenverkehr im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, p. 27 ss, in : EuR 2004.
- SCHILLING THEODOR, *Gleichheitssatz und Inländerdiskriminierung*, p. 8 ss, in : JZ 1994.
- SCHNEIDER HARTMUT, *Die öffentliche Ordnung als Schranke der Grundfreiheiten im EG-Vertrag*, Baden-Baden 1998.
- SCHNYDER ANTON K., *Kommentar zu Art. 41 OR*, p. 332 ss, in : Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (édit.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, 4^{ème} éd., Bâle 2007.
- SCHÖNBERGER CHRISTOPH, *Unionsbürger*, thèse, Tübingen 2006.

SCHWANDER IVO/SPESCHA MARC, *Ausländische Personen in ausserrechtlichen Lebensgemeinschaften*, p. 723 ss, in : Uebersax Peter/Rudin Beat/et al., *Ausländerrecht*, 2^{ème} éd., Bâle 2009.

SCHWEIZER RAINER J., *Wie das europäische Recht die schweizerische Rechtsordnung fundamental beeinflusst und wie die Schweiz darauf keine systematische Antwort findet*, p. 23 ss, in : Epiney Astrid/Rivière Florence (édit.), *Interprétation et application des « traités d'intégration »*, Zurich/Bâle/Genève 2006.

– *Kommentar zu Art. 14 EMRK*, in : Golsong Heribert/Karl Wolfram/et al. (édit.), *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, 9^{ème} livraison, Cologne/Berlin/Munich 2007.

– *Kommentar zu Art. 8 Abs. 1 und 2 BV*, p. 179 ss, in : Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/et al. (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar*, 2^{ème} éd., Zurich/Bâle/etc. 2008 (cité : SCHWEIZER, *Art. 8 Abs. 1 und 2 BV*, 2008).

– *Kommentar zu Art. 10 BV*, p. 250 ss, in : Ehrenzeller Bernhard/ Mastronardi Philippe/et al. (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar*, 2^{ème} éd., Zurich/Bâle/etc. 2008 (cité : SCHWEIZER, *Art 10 BV*, 2008).

– *Kommentar zu Art. 35 BV*, p. 703 ss, in : Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/et al. (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar*, 2^{ème} éd., Zurich/Bâle/etc. 2008 (cité : SCHWEIZER, *Art. 35 BV*, 2008).

SCHWENZER INGEBORG, *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, 4^{ème} éd., Berne 2006.

SERVAIS JEAN-MICHEL, *Droit social de l'Union européenne*, Bruxelles 2008.

SEYR SIBYLLE/RÜMKE HANS-CHRISTIAN, *Das grenzüberschreitende Element in der Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft*, p. 667 ss, in : EuR 2005.

SPESCHA MARC, *Auswirkungen des Abkommens mit der EG über die Personenfreizügigkeit auf das allgemeine Ausländerrecht*, p. 109 ss, in : Ehrenzeller Bernhard (édit.), *Aktuelle Fragen des schweizerischen Ausländerrechts*, Saint-Gall 2001.

- *Inländerdiskriminierung im Ausländerrecht ? Das EuGH-Urteil vom 25. Juli 2008 in der Rechtssache Metock u.a. und seine Folgen für die Schweiz*, p. 1432 ss, in : AJP 2008 (cité : SPESCHA, *Metock*, 2008).
 - *Kommentar zum Freizügigkeitsabkommen*, p. 436 ss, in : Spescha Marc/Thür Hanspeter/et al. (édit.), *Migrationsrecht*, Zurich 2008 (cité : SPESCHA, *Freizügigkeitsabkommen*, 2008).
- SPINNER BRUNO, *Rechtliche Grundlagen und Grenzen für bilaterale Abkommen*, p. 13 ss, in : Felder Daniel/Kaddous Christine (édit.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Bâle/Genève/etc. 2001.
- SPIRA RAYMOND, *La procédure selon l'accord dans des cas interétatiques*, p. 87 ss, in : Murer Erwin/Kahil-Wolff Bettina (édit.), *L'accord sur la libre circulation des personnes et ses effets à l'égard de la sécurité sociale en Suisse*, Berne 2001.
- *L'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes par le juge des assurances sociales*, p. 369 ss, in : Felder Daniel/Kaddous Christine (édit.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Bâle/Genève/etc. 2001.
- STÄHELIN SUSANNA, *Anstellung und Kündigung im öffentlichen Dienst*, p. 127 ss, in : Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (édit.), *Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren*, Zurich/Bâle/Genève 2008.
- STAUDER BERND, *L'influence de la jurisprudence de la CJCE sur le droit des contrats de consommation en Suisse*, p. 75 ss, in : Werro Franz/Probst Thomas (édit.), *Le droit privé suisse face au droit communautaire*, Berne 2004.
- STEINAUER PAUL-HENRI, *Le Titre préliminaire du Code civil*, in : Von Büren Roland/et al. (édit.), *Traité de droit privé suisse*, vol. 2 : Tercier Pierre (édit.), *Le Titre préliminaire du Code civil et le droit des personnes*, Bâle 2009.
- STERN CLAUDIA, *Das Staatsangehörigkeitsprinzip in Europa – Die Vereinbarkeit der kollisionsrechtlichen Staatsangehörigkeitsanknüpfung mit dem gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbot*, thèse, Baden-Baden 2008.
- STREINZ RUDOLF/LEIBLE STEFAN, *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten*, p. 459 ss, in : EuZW 2000.

SUDRE FRÉDÉRIC, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9^{ème} éd., Paris 2008.

TERCIER PIERRE, *Le droit des obligations*, 3^{ème} éd., Zurich 2004.

THÜRER DANIEL, *Verfassungsrechtlicher und völkerrechtlicher Status der Grundrechte*, p. 31 ss, in : Merten Detlef/Papier Hans-Jürgen (édit.), *Handbuch der Grundrechte – Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein*, Heidelberg/Zurich/St-Gall 2007.

THÜRER DANIEL/HILLEMANN CAROLIN, *Allgemeine Prinzipien*, p. 17 ss, in : Thüerer Daniel/Weber Rolf H./Zäch Roger, *Bilaterale Verträge Schweiz-EG : Ein Handbuch*, Zurich 2002.

– *Allgemeine Prinzipien*, p. 39 ss, in : Thüerer Daniel/Weber Rolf H./et al. (édit.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz-EU : Ein Handbuch*, Zurich/Bâle/Genève 2007.

TIEDJE JÜRGEN/TROBERG PETER, *Kommentar zu Artikeln 43-49*, p. 1455 ss, in : von der Groeben Hans/Schwarze Jürgen (édit.), *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 6^{ème} éd., Baden-Baden 2003.

TIEFENTHAL JÜRIG MARCEL, *Flankierende Massnahmen zum Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU*, in : Jusletter du 28 avril 2008.

TOBLER CHRISTA, *Endlich : Keck im freien Dienstleistungsverkehr*, in : Jusletter du 31 octobre 2005 (cité : TOBLER, *Keck im freien Dienstleistungsverkehr*, 2005).

– *Indirect Discrimination – A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Antwerpen/Oxford 2005 (cité : TOBLER, *Indirect Discrimination*, 2005).

– *Der Kauf von Ferienwohnungen nach EG-Recht und bilateralem Recht*, in : Jusletter du 3 juillet 2006.

– *Der Acquis der rechtlichen Verbindung der Schweiz zur EG und EU – Eine unsichere Grösse ?*, p. 11 ss, in : Breuss Fritz/Cottier Thomas/Müller-Graff Peter-Christian (édit.), *Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess*, Baden-Baden 2008.

TOBLER CHRISTA/MARITZ DANIEL, *Zur bilateralen Dienstleistungsfreiheit*, p. 335 ss, in : Epiney Astrid/Gammenthaler Nina (édit.), *Annuaire suisse de droit européen 2008/2009*, Zurich/Bâle/etc. 2009.

TSCHANNEN PIERRE, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2^{ème} éd., Berne 2007.

TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2^{ème} éd., Berne 2005.

TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG, *Rechtsausübung*, p. 53 ss, in : Tuor Peter/Schnyder Bernhard/Schmid Jörg/Rumo-Jungo Alexandra (édit.), *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 13^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2009.

USINGER-EGGER PATRICIA, *Die soziale Sicherheit der Arbeitslosen in der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und in den bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und ihren Nachbarstaaten*, thèse, Zurich 2000.

– *Ausgewählte Rechtsfragen des Arbeitslosenversicherungsrechts im Verhältnis Schweiz-EU*, p. 33 ss, in : Gächter Thomas (édit.), *Das europäische Koordinationsrecht der sozialen Sicherheit und die Schweiz*, Zurich/Bâle/Genève 2006.

VALLENDER KLAUS A., *Kommentar zu Art. 27 BV*, p. 524 ss, in : Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/et al. (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar*, Zurich/Bâle/etc. 2008.

VAN RAEPENBUSCH SEAN, *Les soins de santé dans la sécurité sociale – Le régime de coordination mis en place par le règlement (CEE) n° 1408/71*, p. 69 ss, in : Nihoul Paul/Simon Anne-Claire, *L'Europe et les soins de santé*, Bruxelles 2005.

VEUVE DANIEL, *Mesures d'accompagnement de l'Accord sur la libre circulation des personnes*, p. 289 ss, in : Felder Daniel/Kaddous Christine (édit.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Bâle/Genève/etc. 2001.

WALDMANN BERNHARD, *Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 als besonderer Gleichheitssatz*, Berne 2003.

– *Der verwaltungsrechtliche Vertrag – eine Einführung*, p. 1 ss, Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (édit.), *Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis*, Zurich/Bâle/Genève 2007.

- WALTER CHRISTIAN, *Die europäische Grundrechtsidee – Geschichte und Entwicklung der europäischen Grundrechte und Grundfreiheiten*, p. 1 ss, in : Ehlers Dirk (édit.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2^{ème} éd., Berlin 2005.
- WEIGELL JÖRG, *Geltung der Niederlassungsfreiheit auch im Verhältnis zur Schweiz*, p. 190 ss, in : IStR 2006.
- WERRO FRANZ, *Commentaire de l'art. 41 CO*, p. 265 ss, in : Thévenoz Luc/Werro Franz (édit.), *Commentaire romand du Code des obligations*, Bâle 2003.
- WINDISCH-GRAETZ MICHAELA, *Kommentar zu Art. 39-41 EGV*, in : Mayer Heinz (édit.), *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag*, Vienne 2006.
- WÖLKER ULRICH/GRILL GERHARD, *Kommentar zu Art. 39-41 EGV*, p. 1275 ss, in : von der Groeben Hans/Schwarze Jürgen (édit.), *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 6^{ème} éd., Baden-Baden 2003.
- WYLER RÉMY, *Droit du travail*, 2^{ème} éd., Berne 2008.
- ZÄCH ROGER, *Gesamtüberblick*, p. 3 ss, in : Thüerer Daniel/Weber Rolf H./Zäch Roger, *Bilaterale Verträge Schweiz-EG : Ein Handbuch*, Zurich 2002.
- ZULEEG MANFRED, *Kommentar zu Art. 12 EGV*, p. 687 ss, in : von der Groeben Hans/Schwarze Jürgen (édit.), *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 6^{ème} éd., Baden-Baden 2003.
- ZÜND ANDREAS/ARQUINT HILL LADINA, *Beendigung der Anwesenheit, Entfernung und Fernhaltung*, p. 311 ss, in : Uebersax Peter/Rudin Beat/et al., *Ausländerrecht*, 2^{ème} éd., Bâle 2009.

Table des matières

Remerciements		V
Sommaire		VII
Liste des abréviations		XI
Introduction		1
Partie I Libre circulation des personnes en vertu de l'ALCP		5
Chapitre I Généralités		7
Section 1 Droits fondamentaux		7
Section 2 Libre circulation dans l'UE		8
Chapitre II Étapes et sources de la libre circulation des personnes en vertu de l'ALCP		13
Section 1 Étapes ayant conduit à la conclusion de l'Accord sur la libre circulation des personnes		13
Section 2 ALCP et autres sources de la libre circulation		17
§ 1 Accord sur la libre circulation des personnes		17
§ 2 Accord amendant la Convention instituant l'AELE et le Protocole concernant la libre circulation des personnes entre la Suisse et le Liechtenstein		20
§ 3 Actes auxquels l'ALCP se réfère		22
§ 4 Jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes		23
§ 5 Droit interne suisse		24
I. Ordonnance sur l'introduction de l'ALCP (OLCP) et directives OLCP		24
II. Loi sur les travailleurs détachés		25
§ 6 Rapport avec la loi fédérale sur les étrangers (LEtr)		26
Section 3 Mesures transitoires		27
§ 1 Phases prévues par l'ALCP à l'égard des ressortissants de l'UE-15		28
I. Première phase		28
II. Deuxième phase		29
III. Troisième phase		29

	IV. Quatrième phase	30
§ 2	Régime de libre circulation instauré entre la Suisse et le Liechtenstein	31
§ 3	Etapas prévues par le Protocole sur l'extension de l'Accord aux 10 Etats membres ayant rejoint l'UE en 2004 (Protocole I à l'ALCP)	32
§ 4	Etapas prévues par le Protocole sur l'extension de l'Accord à la Bulgarie et à la Roumanie (Protocole II à l'ALCP)	34
Chapitre III	Champ d'application de l'ALCP	37
Section 1	Champ d'application matériel	37
Section 2	Champ d'application personnel	38
Chapitre IV	Principes généraux régissant l'ALCP	43
Section 1	Accord mixte	43
Section 2	Principe du parallélisme approprié et clause guillotine	44
Section 3	Rang de l'ALCP dans l'ordre juridique suisse	44
Section 4	Principe de l'application directe	47
Section 5	Principe de l'équivalence des législations	50
Section 6	Cadre institutionnel de l'ALCP	51
Chapitre V	Rôle de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes dans le cadre de l'ALCP	53
Section 1	Jurisprudence antérieure à la date de signature	54
§ 1	Obligation de prise en compte	54
§ 2	Notions de droit communautaire	56
Section 2	Distinction entre jurisprudence antérieure et postérieure	59
Section 3	Jurisprudence postérieure à la date de signature	61
§ 1	Jurisprudence du Tribunal fédéral	61
§ 2	Obligation de prise en compte ?	65
	I. Arguments en faveur d'une obligation de prise en compte	65
	II. Relativisation de l'obligation à l'égard des arrêts participant à l'évolution du droit communautaire	69
§ 3	Comité mixte	71
Chapitre VI	Libre circulation en vertu de l'ALCP au terme de la période transitoire	75
Section 1	Libre circulation des travailleurs	75
Section 2	Libre circulation des indépendants	76
Section 3	Libre prestation de services	77
Section 4	Libre circulation des non-actifs	80

Chapitre VII	Portée des notions d'entrave à la libre circulation et de citoyenneté européenne dans le cadre de l'ALCP	81
Section 1	Entrave à la libre circulation	81
	§ 1 Notion d'entrave à la libre circulation en droit communautaire	82
	§ 2 Illustrations	84
	§ 3 Délimitation entre les notions d'entrave et de discrimination indirecte	87
	§ 4 Portée de l'interdiction des entraves à la libre circulation dans le cadre de l'Accord	89
	I. Libre circulation des travailleurs et des indépendants	90
	II. Libre prestation de services	90
	III. Libre circulation des non-actifs	93
Section 2	Citoyenneté européenne et libre circulation	94
	§ 1 Droit communautaire	94
	§ 2 ALCP	96
Partie II	Interdiction de discrimination en raison de la nationalité consacrée par l'ALCP	99
Chapitre I	Sources	101
Chapitre II	Notion de discrimination	105
Section 1	Jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal fédéral	105
Section 2	Étapes de l'examen permettant d'identifier la présence d'une discrimination	107
	§ 1 Comparabilité et comparaison des situations	107
	§ 2 Distinction désavantageuse en raison de la nationalité	110
	I. Différence de traitement	111
	II. Caractère désavantageux	111
	III. En raison de la nationalité	112
	§ 3 Nécessité d'une dépréciation de la personne se prévalant de l'interdiction de discrimination ?	113
	§ 4 Mesure imputable à un destinataire du principe de non-discrimination	113
	I. Destinataires des dispositions interdisant les discriminations	113
	II. Identité du destinataire et imputabilité	114
	III. Nécessité d'un élément intentionnel ?	114
Chapitre III	Formes de discrimination	117
Section 1	Discrimination directe	118
Section 2	Discrimination indirecte	120
	§ 1 Notion	120

	§ 2 Critère neutre et impact différencié	121
	§ 3 Illustrations	123
	I. Jurisprudence de la Cour de justice	123
	II. Jurisprudence du Tribunal fédéral	125
Section 3	Discrimination à rebours	128
	§ 1 Droit communautaire	128
	I. Principes	128
	II. Illustrations	130
	§ 2 ALCP	131
	§ 3 Cas purement internes	133
	I. Exemples	133
	A. Autorités étrangères	133
	B. Tribunal fédéral	135
	II. Analyse critique au regard des articles 8 al. 1 et 2 Cst. féd. et 14 CEDH	136
	III. Garantie de l'égalité entre concurrents économiques au sens de l'article 27 Cst. féd. et discriminations à rebours	138
Chapitre IV	Champ d'application matériel	141
Section 1	Domaine d'application du Traité CE	142
Section 2	Domaine d'application de l'ALCP	145
	§ 1 Principes	145
	§ 2 Limitations	147
	§ 3 Illustrations	148
	§ 4 Excursus : interdiction des discriminations en vertu de l'article 8 al. 2 Cst. féd.	151
Section 3	Délimitation prévue par l'article 12 al. 1 TCE en faveur des dispositions spéciales	153
Section 4	Délimitation prévue par l'article 2 ALCP en faveur des dispositions spéciales	156
	§ 1 Identification des autres dispositions interdisant les discriminations en raison de la nationalité	157
	§ 2 Rapport entre les différentes dispositions	158
	I. Doctrine et jurisprudence du Tribunal fédéral	158
	II. Synthèse et position personnelle	160
	§ 3 Champ d'application matériel des dispositions spéciales	162
	I. Portée de l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale	162
	II. Portée de l'égalité de traitement en matière de libre circulation des travailleurs et des indépendants ainsi que de libre prestation de services	165
	A. Portée de l'égalité de traitement dans le domaine de la libre circulation des travailleurs	165

	1. Généralités	165
	2. Conditions générales	166
	a. Activité salariée	167
	b. Caractère transfrontalier	170
	3. Conditions spéciales	171
	a. Accès à une activité économique	171
	b. Conditions d'emploi et de travail	173
	c. Avantages fiscaux et sociaux	174
	(i) Avantages fiscaux	174
	(ii) Avantages sociaux	175
	d. Autres dispositions	176
	B. Portée de l'égalité de traitement dans le domaine de la libre circulation des indépendants	178
	C. Portée de l'égalité de traitement dans le domaine de la libre prestation de services	180
	1. Élément transfrontalier	180
	2. Activité économique	181
	3. Caractère temporaire	182
	4. Portée de l'interdiction de discrimination en faveur des prestataires de services	183
	5. Illustration	184
Chapitre V	Champ d'application personnel	189
Section 1	Bénéficiaires	189
	§ 1 Conditions communes aux différentes dispositions	189
	I. Nationalité d'un Etat partie à l'Accord	189
	II. Personnes physiques	191
	§ 2 Conditions spécifiques	193
	I. Conditions prévues par l'article 2 ALCP	193
	II. Conditions prévues par l'article 2 du règlement n° 1408/71	195
	III. Conditions prévues par l'article 9 Annexe I-ALCP	198
	IV. Conditions prévues par l'article 15 Annexe I-ALCP	199
	V. Conditions prévues par l'article 19 Annexe I-ALCP	200
	§ 3 Régime applicable aux membres de la famille	201
	I. Regroupement familial	201
	II. Cercle familial visé	202
	III. Domaines visés	202
	A. En matière d'avantages fiscaux et sociaux	202
	B. En matière de sécurité sociale	203
	IV. Jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal fédéral relative à la portée de l'interdiction de discrimination en faveur des membres de la famille	203
	A. Jurisprudence de la Cour de justice	203
	B. Jurisprudence du Tribunal fédéral	204

	C. Synthèse et position personnelle	206
	§ 4 Régime applicable aux travailleurs détachés	208
Section 2	Destinataires	210
	§ 1 Etats parties à l'Accord	210
	§ 2 Personnes privées : destinataires de l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité ?	211
	I. Egalité dans les relations entre particuliers	212
	A. Obligations positives de l'Etat	212
	B. Effet horizontal indirect	213
	C. Effet horizontal direct	213
	D. Effet horizontal direct limité	214
	II. Effet horizontal des articles 12 al. 1, 39, 43 et 49 TCE	215
	A. Libre circulation des personnes et interdiction des discriminations	215
	B. Jurisprudence de la Cour de justice	216
	1. Réglementations collectives dans le domaine des activités sportives	216
	a. Arrêt <i>Walrave et Koch</i>	216
	b. Arrêt <i>Donà</i>	217
	c. Arrêt <i>Bosman</i>	217
	d. Arrêt <i>Deliège</i>	218
	e. Arrêt <i>Lehtonen</i>	219
	f. Arrêt <i>Meca-Medina</i>	219
	2. Réglementations collectives dans le domaine des assurances privées	220
	a. Arrêt <i>van Ameyde</i>	220
	b. Arrêt <i>Haug-Adrion</i>	221
	3. Contrats individuels de travail :	221
	a. Arrêt <i>Angonese</i>	221
	b. Arrêt <i>Raccanelli</i>	222
	4. Réglementations collectives visant une activité indépendante : l'arrêt <i>Wouters</i>	223
	5. Actions collectives d'organisations syndicales	224
	a. Arrêt <i>Viking</i>	224
	b. Arrêt <i>Laval</i>	225
	6. Accords conclus avec des Etats tiers	226
	a. Arrêt <i>Kolpak</i>	226
	b. Arrêt <i>Simutenkov</i>	227
	C. Synthèse	227
	III. Rôle de la jurisprudence de la Cour de justice en matière d'effet horizontal dans le cadre de l'ALCP	231
	IV. Effet horizontal des articles 2 ALCP, 9, 15 et 19 Annexe I-ALCP	232
	A. Socle commun	233

	1. Réalisation de la libre circulation des personnes	233
	2. Effet horizontal direct limité	234
	3. Effet horizontal indirect	235
	B. Portée additionnelle de certaines dispositions de l'ALCP	236
	1. Article 2 ALCP	236
	2. Article 9 Annexe I-ALCP	238
	3. Article 15 Annexe I-ALCP	239
	4. Article 19 Annexe I-ALCP	240
	C. Synthèse	241
Chapitre VI	Limites du droit à l'interdiction de discrimination et à la libre circulation	243
Section 1	Ordre public, sécurité publique et santé publique	243
	§ 1 Champ d'application de la directive 64/221	245
	§ 2 Notions d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique	245
	I. Ordre public et sécurité publique	245
	II. Santé publique	249
	§ 3 Exclusion des motifs économiques	250
	§ 4 Principe de proportionnalité	251
	§ 5 Motifs d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique susceptibles d'être invoqués par les particuliers ?	254
Section 2	Exercice de la puissance publique	255
	§ 1 Emploi salarié dans l'administration publique (art. 10 Annexe I-ALCP)	256
	I. Portée de l'article 10 Annexe I-ALCP	256
	II. Notion d'emploi dans l'administration publique	257
	A. Critère fonctionnel	257
	B. Conditions	258
	C. Exceptions prévues par la loi fédérale sur le personnel de la Confédération	260
	§ 2 Activités indépendantes et prestations de services participant à l'exercice de la puissance publique (art. 16 et 22 al. 1 Annexe I-ALCP)	262
	I. Notion d'activité	262
	II. Notion de puissance publique	263
	III. Notariat	265
	A. Droit communautaire	266
	B. ALCP	270
Section 3	Autres limitations prévues par l'Accord	273
Section 4	Justifications objectives non écrites	276

§ 1	Droit communautaire	277
I.	Jurisprudence de la Cour de justice	277
A.	Différences de traitement se fondant indirectement sur le critère de la nationalité	277
B.	Différences de traitement se fondant directement sur le critère de la nationalité	280
II.	Doctrines	281
§ 2	ALCP	283
I.	Jurisprudence du Tribunal fédéral	283
II.	Doctrines	286
III.	Synthèse et appréciation critique	287
Section 5	Droits fondamentaux : justification objective lors de l'application horizontale du principe de non-discrimination	289
§ 1	Droit communautaire	289
§ 2	ALCP	291
Chapitre VII	Conséquences d'une violation de l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité	293
Section 1	Principe de l'interprétation conforme	294
Section 2	Conséquences d'une violation de l'interdiction de discrimination dans une relation liant l'Etat à un particulier	295
§ 1	Norme instituant une discrimination en raison de la nationalité	295
§ 2	Décision instituant une discrimination en raison de la nationalité	296
§ 3	Contrat de droit administratif contraire au principe de non-discrimination	298
I.	Formation du contrat	299
II.	Contenu du contrat	300
III.	Résiliation du contrat	301
§ 4	Contrat de droit privé conclu par l'administration contraire au principe de non-discrimination	302
§ 5	Illustration : fonction publique	302
§ 6	Responsabilité patrimoniale	304
I.	Distinction entre droit public et droit privé	304
II.	Responsabilité pour actes illicites	305
Section 3	Conséquences d'une violation de l'interdiction de discrimination dans une relation liant deux particuliers entre eux	306
§ 1	Formation du contrat	307
I.	Obligation de contracter	307
A.	Jurisprudence du Tribunal fédéral	307
B.	Doctrines	308
1.	Atteinte aux bonnes mœurs	308

2. Atteinte à la personnalité	310
3. Autres principes	311
C. Synthèse	312
II. Paiement de dommages-intérêts	313
§ 2 Contenu du contrat	315
I. Disposition applicable	315
II. Notion de nullité	317
§ 3 Résiliation du contrat	318
§ 4 Indemnité pour tort moral	320
Conclusion	323
Bibliographie	331
Table des matières	365