

# Droit européen : Suisse – Union européenne Europarecht: Schweiz – Europäische Union

von **Christine Kaddous\*** / **Christa Tobler\*\***

## Inhaltsübersicht/Table des matières

- I. Législation – Gesetzgebung
- II. Neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung: Gerichtshof der Europäischen Union und Schweizerisches Bundesgericht – Développements récents de la jurisprudence: Cour de justice de l'Union européenne et Tribunal fédéral suisse
  - A. Rechtsprechung des EuGH zum bilateralen Recht – Jurisprudence de la CJUE relative au droit bilatéral
    - 1. Freier Personen- und Dienstleistungsverkehr – Libre circulation des personnes et des services
      - a. Grimme
      - b. Fokus Invest
      - c. Hengartner und Gasser
      - d. Das Ergebnis dieser Entscheidungen: inhaltliche Grenzen des bilateralen Rechts
    - 2. Luftverkehr – Transport aérien
  - B. Jurisprudence du Tribunal fédéral relative au droit bilatéral – Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichtes zum bilateralen Recht
    - 1. Regroupement familial et principe de non-discrimination – Familiennachzug und Diskriminierungsverbot
      - a. Abandon de l'arrêt Akrich
      - b. Droit au regroupement familial pour les beaux-enfants du ressortissant d'un Etat membre de l'UE/AELE
      - c. Discriminations à rebours
    - 2. Ordre public – Öffentliche Ordnung
      - a. Existence d'une menace grave et risque de récidive
      - b. Respect du principe de proportionnalité
    - 3. Droit fiscal – Steuerrecht
    - 4. Sécurité sociale – Soziale Sicherheit

\* Christine Kaddous, Professeur à l'Université de Genève. Chaire Jean Monnet. Directeur du Centre d'études juridiques européennes ([www.unige.ch/ceje](http://www.unige.ch/ceje)). La présente chronique a été rédigée en collaboration avec Mme Diane Grisel, L.L.M. (Bruges), titulaire du brevet d'avocat, assistante au Centre d'études juridiques européennes de l'Université de Genève, et, pour la partie consacrée à la sécurité sociale, avec Me Eric Maugué, avocat à Genève, spécialiste FSA en assurances et responsabilité civile.

\*\* Christa Tobler, Professorin für das Recht der europäischen Integration am Europainstitut der Universität Basel ([www.europa.unibas.ch](http://www.europa.unibas.ch)) sowie am Europainstitut der Universität Leiden ([www.law.leiden.edu/organisation/publiclaw/europainstitute/europa\\_institute.jsp](http://www.law.leiden.edu/organisation/publiclaw/europainstitute/europa_institute.jsp)).

- a. Coordination entre la LAA et l'assurance-maladie privée de l'état de résidence d'un frontalier qui a fait usage de son droit d'option – Koordination zwischen dem UVG und einer Privat-Krankenversicherung eines Grenzgängers, der sein Bezugsrecht ausübt
- b. Notion de membres de la famille et droit interne – Begriff der Familienangehörigen und innerstaatliches Recht

## I. Législation – Gesetzgebung

Am 1. Dezember 2009 trat der Vertrag von Lissabon in Kraft, mit welchem die bestehenden EU- und Gemeinschaftsverträge revidiert wurden. Die wohl grundlegendste Änderung besteht in der Eingliederung der Europäischen Gemeinschaft (EG; ursprünglich: Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, EWG) in die Europäische Union sowie der parallel dazu erfolgten Umbenennung des EG-Vertrages in «Vertrag über die Funktionsweise der Europäischen Union» (kurz: AEUV). Für die bilateralen Verträge bedeutet dies, dass dort, wo bisher die Europäische Gemeinschaft Vertragspartnerin war, nun die EU an ihre Stelle tritt, auch wenn die formellen Titel der Verträge hierdurch nicht geändert werden. Entsprechend müssen Bezugnahmen auf das Gemeinschaftsrecht heute als Bezugnahmen auf das EU-Recht gelesen werden. Durch die Revision von Lissabon hat sich weiter das Verfahren zum Abschluss von Abkommen der EU mit Drittstaaten geändert. Neu ist dafür nach Art. 218 AEUV in der Regel die Zustimmung des Europäischen Parlamentes erforderlich. Das Parlament wird hierdurch zu einem wichtigen Akteur in diesem Bereich. Dass es durchaus vorhat, auch mit Bezug auf die Schweiz aktiv zu sein, zeigt sich in seiner Entschliessung über die Hindernisse für die vollständige Verwirklichung des Binnenmarktes im Verhältnis EWR/Schweiz–EU vom September 2010.<sup>1</sup> Den Hintergrund dazu bilden ein Arbeitspapier<sup>2</sup> sowie ein gestützt darauf verfasster Bericht des Parlamentsausschusses Binnenmarkt und Verbraucherschutz (Committee on Internal Market and Consumer Protection, IMCO).<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 7. September 2010 zu dem Thema EWR-Schweiz: Hindernisse für die vollständige Verwirklichung des Binnenmarktes, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0300+0+DOC+XML+V0//EN&language=EN>. Vgl. dazu auch «Auch das Europaparlament drängt auf Reformen des Bilateralismus. Bericht über die Beteiligung am Binnenmarkt verabschiedet», Neue Zürcher Zeitung vom 8. September 2010, wo von einem «Stimmungsbarometer» die Rede ist.

<sup>2</sup> CHRISTA TOBLER/JEROEN HARDENBOL/BALÁSZ MELLÁR (für das Europäische Parlament), Internal Market Beyond the EU: EEA and Switzerland, Strassburg/Brüssel: Europäisches Parlament 2010; Text erhältlich via <http://www.europart.eu/activities/committees/studies.do?language=EN>.

<sup>3</sup> RAFAŁ TRZASKOWSKI, Report on EEA-Switzerland: Obstacles with regard to the full implementation of the internal market, Bericht vom 29. Juni 2010, siehe <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2010-0216&language=EN>.

Das bereits bestehende bilaterale Recht hat sich auch im letzten Jahr inhaltlich weiterentwickelt. Änderungen von Abkommen, welche sich aufgrund von Beschlüssen von Gemischten Ausschüssen ergeben, können der Website des Integrationsbüros entnommen werden.<sup>4</sup> So beschloss der Gemischte Ausschuss zum Luftverkehrsabkommen,<sup>5</sup> den Anhang des Abkommens durch eine neue Fassung zu ersetzen.<sup>6</sup>

Als neues Abkommen wurde im Februar 2010 das Bildungsabkommen abgeschlossen.<sup>7</sup> Zu verschiedenen weiteren Themen laufen Verhandlungen,<sup>8</sup> welche jedoch wegen unterschiedlicher Auffassungen über den statischen oder dynamischen Charakter künftiger Abkommen zurzeit blockiert zu sein scheinen. Generell mehren sich seitens der EU kritische Verlautbarungen über den weitgehend statischen Charakter des bilateralen Rechts. So äusserten sich im Sommer 2010 der Präsident des Europäischen Rates, Herman Van Rompuy, sowie der Präsident der Europäischen Kommission, José Manuel Barroso, anlässlich eines Besuchs von Bundespräsidentin Doris Leuthard dahingehend, dass das statische bilaterale System mit seiner Vielzahl von Gemischten Ausschüssen auf lange Sicht keine Zukunft habe.<sup>9</sup> Im August 2010 beschloss der Bundesrat indes, das Verhältnis der Schweiz zur EU weiterhin auf der Grundlage von bilateralen und sektoriellen Abkommen zu gestalten. Dies wird im «Europabericht 2010» vom September 2010 bestätigt.<sup>10</sup> Allerdings weist der Bundesrat darauf hin, dass sich der bilaterale Weg nur unter der Bedingung der ausserpolitischen Machbarkeit weiterverfolgen lässt, d.h. wenn die EU bereit ist, zu bilateralen sektoriellen Lösungsansätzen Hand zu bieten. Der Bundesrat hatte in seinem ausserpolitischen Bericht von 2009<sup>11</sup> geschrieben, die Beziehungen zur EU

<sup>4</sup> Siehe <http://www.europa.admin.ch/dokumentation/00438/00465/index.html?lang=de>.

<sup>5</sup> Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Luftverkehr, für die Schweiz SR 0.748.127.192.68, für die EG ABl. 2002, L 114/73.

<sup>6</sup> Siehe <http://www.admin.ch/ch/d/eur/ga005.000.000.000.000.000.html>.

<sup>7</sup> Abkommen vom 15. Februar 2010 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft zur Festlegung der Voraussetzungen und Bedingungen für die Beteiligung der Schweizerischen Eidgenossenschaft am Programm «Jugend in Aktion» und am Aktionsprogramm im Bereich des lebenslangen Lernens (2007–2013), vgl. dazu <http://www.europa.admin.ch/dokumentation/00438/00464/00646/index.html?lang=de>.

<sup>8</sup> Für eine Übersicht der Bereiche, in welchen Verhandlungen entweder bereits laufen oder erwogen werden, siehe die Informationen des schweizerischen Integrationsbüros: <http://www.europa.admin.ch/themen/00499/00503/index.html?lang=de>.

<sup>9</sup> «EU looking to reset relations with Switzerland», euobserver vom 19. Juli 2010; siehe <http://euobserver.com/18/30504>.

<sup>10</sup> Bericht zur Evaluation der Europapolitik 2010 (Bericht in Beantwortung des Postulats Markwalder [09.3560]) vom 17. September 2010, <http://www.europa.admin.ch/dokumentation/00437/00460/01549/index.html?lang=de>.

<sup>11</sup> Aussenpolitischer Bericht 2009, BBl. 2009, 6291.

müssten vertieft und das dabei angewendete Instrumentarium laufend überprüft werden.

## **II. Neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung: EuGH und Schweizerisches Bundesgericht – Développements récents de la jurisprudence: CJCE et Tribunal fédéral suisse**

### **A. Rechtsprechung des EuGH zum bilateralen Recht – Jurisprudence de la CJCE relative au droit bilatéral**

In der Berichtsperiode sind erstmals mehrere Entscheide des EuGH zum bilateralen Recht ergangen. Im Rahmen der EuGH-Rechtsprechung konzentriert sich die diesjährige Chronik deshalb auf diese Fälle.<sup>12</sup>

#### **1. Freier Personen- und Dienstleistungsverkehr – Libre circulation des personnes et des services**

Nach der ersten Entscheidung des EuGH zum Freizügigkeitsabkommen von 1999<sup>13</sup> in der Rechtssache *Stamm und Hauser*<sup>14</sup> sind in rascher Folge drei weitere Entscheidungen zur Auslegung dieses Abkommens ergangen.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Für die Besprechung weiterer Entscheide siehe jeweils den Beitrag über die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit im *Schweizerischen Jahrbuch für Europarecht*, das jedes Jahr neu erscheint, sowie zum Wettbewerbsrecht.

<sup>13</sup> Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, für die Schweiz SR 0.142.112.681, für die EG und ihre Mitgliedstaaten ABl. 2002, L 114/6. Das Abkommen wird durch zwei Erweiterungsprotokolle ergänzt: 1) Protokoll zum Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit im Hinblick auf die Aufnahme der Tschechischen Republik, der Republik Estland, der Republik Zypern, der Republik Lettland, der Republik Litauen, der Republik Ungarn, der Republik Malta, der Republik Polen, der Republik Slowenien und der Slowakischen Republik als Vertragsparteien infolge ihres Beitritts, für die Schweiz SR 0.142.112.681, für die EG ABl. 2006 L 89/30, sowie 2) Protokoll zum Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit im Hinblick auf die Aufnahme der Republik Bulgarien und Rumäniens als Vertragsparteien infolge ihres Beitritts zur Europäischen Union, für die Schweiz SR 0.142.112.681.1, für die EG ABl. 2009 L 124/53.

<sup>14</sup> Rs. C-13/08 *Erich Stamm und Anneliese Hauser*, Entscheidung vom 22. Dezember 2008, Slg. 2008, I-111087.

<sup>15</sup> Siehe auch KADDOUS CHRISTINE, *Stamm et Hauser, Grimme, Fokus Invest AG, Hengartner et Gasser ou les accords bilatéraux ne créent pas un marché intérieur*, RSDIE 2/2010, p. 129–136.

**a. Grimme**

Besonders wichtig ist die Rechtssache *Grimme*,<sup>16</sup> weil die Entscheidung des EuGH vom 12. November 2009 grundlegende Aussagen zum bilateralen Recht enthält. Herr Grimme ist Mitglied des Verwaltungsrates der schweizerischen Aktiengesellschaft Bertil Grimme AG Insurance Brokers sowie Leiter und Prokurist einer Zweigniederlassung dieses Unternehmens in Hamburg. Als ihm die Deutsche Angestellten-Krankenkasse mitteilte, er unterstehe der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht, erhob Herr Grimme Widerspruch. Er argumentierte, er sei als Mitglied des Verwaltungsrats einer AG schweizerischen Rechts wie ein Mitglied des Vorstands einer AG deutschen Rechts zu behandeln und folglich von der Versicherungspflicht zu befreien. Der Fall gelangte schliesslich an das Bundessozialgericht. Dieses war der Auffassung, dass nach deutschem Recht ein Mitglied eines Verwaltungsrats einer schweizerischen AG nicht einem Mitglied eines Vorstands einer deutschen AG gleichgestellt ist. Allerdings fragte es sich, ob diese Auslegung mit dem bilateralen Recht vereinbar sei. Es erachtete es nämlich als möglich, dass die im FZA verankerte Niederlassungsfreiheit entgegen dem Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen nicht nur für natürliche Personen gilt, sondern im Wege der Auslegung auch auf Gesellschaften erstreckt werden kann bzw. muss. Laut dem Bundessozialgericht könnte sich dies aus der Präambel, der Schlussakte sowie der Bezugnahme auf den Besitzstand des Gemeinschaftsrechts in Art. 16 Abs. 1 FZA ergeben. Weiter fragte sich das Gericht, ob von einer längerfristigen Dienstleistungserbringung ausgegangen werden müsse und ob die Dienstleistungsfreiheit im FZA jener des EU-Rechts entspreche. Das Bundessozialgericht legte deshalb dem EuGH die Frage vor, ob die Vorschriften des FZA dahin auszulegen sind, dass sie die erwähnte Ungleichbehandlung zulassen.

Der EuGH beschloss, ohne Schlussanträge des für die Rechtssache zuständigen Generalanwaltes Mazák zu entscheiden. Dies ist nach Art. 20 Abs. 5 der Satzung des Gerichtshofes dann möglich, wenn der Gerichtshof der Auffassung ist, dass die Rechtssache keine neue Rechtsfrage aufwirft. Zur Niederlassungsfreiheit entschied der Gerichtshof im Wesentlichen, dass sie nach Art. 12 ff. des Anhangs I des FZA ausschliesslich natürlichen Personen gewährt wird (*Grimme*, Erw. 31 ff.). Daran vermag die Bezugnahme auf das EU-Recht (im Wortlaut des Abkommens: das Gemeinschaftsrecht) in Art. 16 Abs. 1 FZA nichts zu ändern, da der EU-rechtliche Besitzstand nur im Rahmen der Ziele des Abkommens gilt. Gemäss Art. 1 Buchst. a des Abkommens gehört zu dessen Zielen, natürlichen Personen das Recht auf Niederlassung als Selbständige

<sup>16</sup> Rs. C-351/08 *Christian Grimme gegen Deutsche Angestellten-Krankenkasse*, Entscheidung vom 12. November 2009, Slg. 2009, I-10777.

zuzuerkennen, nicht aber juristischen Personen. Der Gerichtshof fügt bei, dass die Geltung des gemeinschaftsrechtlichen (bzw. heute: des EU-rechtlichen) Besitzstandes in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien an gleichwertige Rechte und Pflichten geknüpft ist. Genau das liegt aber hier nicht vor. Zur Dienstleistungsfreiheit bemerkt der EuGH, dass nach Art. 5 Abs. 1 FZA sowie Art. 17 Buchst. A des Anhangs I des FZA sowohl natürlichen Personen wie auch Gesellschaften Rechte eingeräumt werden, dass aber der Begriff der Dienstleistung als solcher im FZA enger gefasst ist als im EU-Recht (*Grimme*, Erw. 40 ff.). Insbesondere darf die Erbringung der Dienstleistung 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr nicht übersteigen. Das ist in einem Fall wie demjenigen von Herrn Grimme, der dauerhaft in Deutschland tätig ist, nicht erfüllt, sodass keine Dienstleistung im Sinne des FZA vorliegt. Zum Grundsatz der Gleichbehandlung der Arbeitnehmenden nach Art. 9 des Anhangs I des FZA schliesslich bemerkt der EuGH, dass er nur den Fall einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit gegenüber einem Angehörigen einer Vertragspartei «im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei» erfasst. Das ist bei Herrn Grimme nicht der Fall, befindet er sich doch als Deutscher in Deutschland und somit nicht auf dem Gebiet der anderen Vertragspartei.

Als Folge davon musste der Versuch von Herrn Grimme, sich zur Abwehr der Versicherungspflicht auf bilaterales Recht zu berufen, scheitern. Der Grund dafür liegt in der Tatsache, dass das FZA entgegen den Mutmassungen des Bundessozialgerichts nicht die gleichen Rechte gewährt wie das EU-Recht bzw. nicht in diesem Sinne ausweitend ausgelegt werden kann. Vor der Beantwortung der konkreten Auslegungsfragen hatte sich der Gerichtshof denn auch wie folgt in grundsätzlicher Art und Weise über das bilaterale Rechts ausgesprochen (*Grimme*, Erw. 26–29):

«Vorab ist darauf hinzuweisen, dass das Abkommen eines von sieben sektorspezifischen Abkommen ist, die die Vertragsparteien am 21. Juni 1999 unterzeichnet haben. Diese Abkommen wurden unterzeichnet, nachdem die Schweizerische Eidgenossenschaft am 6. Dezember 1992 das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum zurückgewiesen hatte. Die Schweizerische Eidgenossenschaft hat damit das Vorhaben eines integrierten wirtschaftlichen Ganzen mit einem einheitlichen Markt, gestützt auf gemeinsame Regeln für seine Mitglieder, abgelehnt und es vorgezogen, in bestimmten Bereichen bilaterale Vereinbarungen mit der Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten abzuschliessen. Daher ist die Schweizerische Eidgenossenschaft nicht dem Binnenmarkt der Gemeinschaft beigetreten, mit dem alle Hindernisse beseitigt werden sollen, um einen Raum vollständiger Freizügigkeit entsprechend einem nationalen Markt zu schaffen, der u.a. die Dienstleistungs- und die Niederlassungsfreiheit umfasst. Zur Stärkung der Bindungen zwischen den Vertragsparteien wurde daher das Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit geschlossen. [...] In diesem Zusammenhang kann die den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen über den Binnenmarkt gegebene Auslegung nicht automatisch auf die Auslegung des Abkommens

übertragen werden, sofern dies nicht im Abkommen selbst ausdrücklich vorgesehen ist (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 9. Februar 1982, Polydor und RSO Records, 270/80, Slg. 1982, 329, Randnrn. 15 bis 19).»

## b. Fokus Invest

Einige Wochen nach *Grimme*, nämlich am 11. Februar 2010, erging die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Fokus Invest*.<sup>17</sup> Der Fall betraf eine Gesellschaft österreichischen Rechts, FIAG, deren Anteile zur fraglichen Zeit ganz von schweizerischen Gesellschaften gehalten wurden (heute ist dies nur noch mehrheitlich der Fall). Zu den beteiligten schweizerischen Gesellschaften gehörte auch Fokus Invest. Nach dem Kauf von Anteilen an einer Liegenschaft in Wien beantragte FIAG den Eintrag ins Grundbuch und machte dabei geltend, der Kaufvertrag bedürfe nach Art. 25 des Anhangs I des FZA nicht der an sich vom österreichischen Recht verlangten Ausländergrundverkehrsgenehmigung. Die Eintragung wurde bewilligt, anschliessend aber von Fokus Invest angefochten, weil dieses Unternehmen die damit zusammenhängende Löschung einer zu seinen Gunsten bestehenden Anmerkung im Grundbuch nicht hinnehmen wollte. Als dies keinen Erfolg hatte, zog Fokus Invest die Sache weiter an den Obersten Gerichtshof. Dabei ging es um die Frage, ob eine Gesellschaft wie FIAG, an welcher ausschliesslich schweizerische Gesellschaften beteiligt waren, aufgrund des FZA hinsichtlich des Grunderwerbs einer inländischen Gesellschaft gleichzustellen war. Der Oberste Gerichtshof ersuchte den EuGH um eine Vorabentscheidung über zwei Fragen, nämlich: 1) ob Art. 25 des Anhangs I des FZA die für den Erwerb von Immobilien angeordnete Gleichstellung nur für natürliche Personen gilt, nicht aber für Gesellschaften, sowie bejahendenfalls 2) ob in einem Fall wie dem vorliegenden eine nach Art. 57 Abs. 1 EG (heute: Art. 63 Abs. 1 AEUV) gegenüber der Schweiz als EU-Drittland zulässige Beschränkung des freien Kapitalverkehrs darstellt. Wie schon in *Grimme* beschloss der EuGH auch hier, ohne Schlussanträge von Generalanwalt Bot zu entscheiden (Art. 20 Abs. 5 der Satzung des Gerichtshofes).

Der Gerichtshof beginnt seine inhaltlichen Ausführungen mit Hinweisen auf die Entscheidung *Grimme*, einschliesslich der Feststellung, dass das FZA mit Bezug auf den freien Personenverkehr nur natürlichen Personen Rechte verleiht (*Fokus Invest*, Erw. 26 ff.). Der EuGH betont dabei, dass eine Berufung auf Art. 48 EG (heute Art. 54 AEUV) über die Gleichbehandlung von Gesellschaften mit natürlichen Personen nicht helfen kann, weil die Auslegung der Bestimmungen des EU-Rechts über den Binnenmarkt nicht automatisch auf die Ausle-

<sup>17</sup> Rs. C-541/08 *Fokus Invest AG gegen Finanzierungsberatung-Immobilientreuhand und Anlageberatung GmbH (FIAG)*, Entscheidung vom 11. Februar 2010, noch in der Sammlung veröffentlicht.

gung des FZA übertragen werden kann und weil juristischen Personen nach dem Abkommen jedenfalls kein Niederlassungsrecht zukommt. Art. 25 des Anhangs I des FZA über den Erwerb von Immobilien nennt als Inhaber der Rechte in diesem Bereich den «Staatsangehörigen einer Vertragspartei, der ein Aufenthaltsrecht hat», und den «Grenzgänger». Aus diesem Wortlaut ergibt sich eindeutig, dass die dort genannten Kategorien von Personen, denen das fragliche Recht zukommt, ihrem Wesen nach voraussetzen, dass es sich um natürliche Personen handelt, die dieses Recht im Rahmen der Freizügigkeit ausüben.

Zur Frage der Kapitalverkehrsfreiheit nach dem EU-Recht ruft der EuGH in Erinnerung, dass nach Art. 64 Abs. 1 AEUV das Verbot von Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs im Sinne des Art. 63 AEUV nicht die Anwendung derjenigen Beschränkungen auf dritte Länder beschränkt, die am 31. Dezember 1993 aufgrund einzelstaatlicher Rechtsvorschriften oder aufgrund von Rechtsvorschriften der Union für den Kapitalverkehr mit dritten Ländern im Zusammenhang mit Direktinvestitionen einschliesslich u.a. Anlagen in Immobilien bereits bestanden. Im vorliegenden Fall hatte sich die österreichische Regelung seit dem erwähnten Datum zwar geändert, doch mussten ausländische Personen bereits damals eine Bewilligung für den Erwerb einer in Österreich gelegenen Immobilie einholen, und galt dies schon damals auch für juristische Personen mit überwiegender ausländischer Beteiligung. Angesichts dieser Umstände ist die einer ausländischen Gesellschaft wie FIAG auferlegte Verpflichtung zur Einholung einer Bewilligung nach Art. 64 Abs. 1 AEUV zulässig (*Fokus Invest*, Erw. 38 ff.).

Damit ergibt sich bezüglich der Kapitalverkehrsfreiheit dasselbe, wie schon in der früheren Rechtssache *Holböck*,<sup>18</sup> welche ebenfalls ein schweizerisches Unternehmen betraf: wegen der speziellen Ausnahmebestimmung für Drittländer liegt keine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit vor. Hätte der vorliegende Fall zwei EU-Mitgliedstaaten betroffen, so ist wohl davon auszugehen, dass Art. 63 Abs. 1 AEUV verletzt wäre (vgl. *Burtscher*).<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Rs. C-157/05 *Winfried L. Holböck gegen Finanzamt Salzburg-Land*, Entscheidung vom 24. Mai 2007 Slg. 2007, I-4051.

<sup>19</sup> Rs. C-213/04 *Ewald Burtscher gegen Josef Stauderer*, Entscheidung vom 1. Dezember 2005 Slg. 2005, I-10309. Siehe hierzu CHRISTA TOBLER, «Der Kauf von Ferienwohnungen nach EG-Recht und bilateralem Recht. Zur Entscheidung des EuGH in der Rs. C-213/04 Ewald Burtscher – Josef Stauderer, Entscheidung vom 1. Dezember 2005, noch nicht in der Sammlung der Rechtsprechung veröffentlicht», *Jusletter* vom 3. Juli 2006.

**c. Hengartner und Gasser**

Am 15. Juli 2010 erliess der EuGH seine Entscheidung zur Rechtssache *Hengartner und Gasser*.<sup>20</sup> Der Fall betrifft die Höhe der Jagdabgabe, welche die in der Schweiz wohnhaften Schweizer Hengartner und Gasser im Zusammenhang mit der Jagd in dem von ihnen gepachteten Jagdgebiet in Vorarlberg (Österreich) zu bezahlen hatten. Nach den Bestimmungen des einschlägigen Gesetzes beträgt die Jagdabgabe «für Personen mit Hauptwohnsitz im Inland und Unionsbürger sowie für natürliche und juristische Personen, die diesen nach dem Recht der Europäischen Union gleichgestellt sind, 15% der Bemessungsgrundlage». Für alle anderen Personen beträgt sie 35%. Im vorliegenden Fall beruhte die Abgabe auf diesem letzteren Satz. Die Herren Hengartner und Gasser erhoben dagegen Berufung und machten geltend, die Anwendung des höheren Satzes verletze ihr Recht auf Niederlassungsfreiheit nach dem FZA. Das dafür zuständige Landesabgabenamt vertrat jedoch die Auffassung, dass das FZA auf die Ausübung der Jagd und damit verbundene Abgaben nicht anwendbar sei. Die Jagd sei als Sport zu bewerten, der nicht der nachhaltigen Erzielung von Einnahmen diene. Der daraufhin angerufene Verwaltungsgerichtshof wandte sich an den EuGH mit der Frage, ob die Ausübung der Jagd, wenn der Jagdausübungsberechtigte das geschossene Wild im Inland verkauft, eine selbständige Erwerbstätigkeit sei, auch wenn aus dieser Tätigkeit insgesamt kein Gewinn erzielt werden sollte.

Der EuGH beginnt seine Ausführungen über die Auslegung des FZA mit der Feststellung, dass das Abkommen verschiedene Vorschriften über die Erbringung von Dienstleistungen und über die Niederlassung enthält (*Hengartner und Gasser*; Erw. 29 ff.). Es galt daher vorab zu bestimmen, welche Art von Tätigkeit die Beschwerdeführer des Ausgangsverfahrens in Österreich im Hinblick auf die streitige Abgabenregelung ausüben. Im Vorarlberg ist bei der Pacht eines Jagdrechts der Pächter zur Entrichtung der Abgabe verpflichtet und ist die Abgabe unabhängig davon geschuldet, in welchem Umfang der Pächter der Jagdtätigkeit nachgeht. Der EuGH schliesst daraus, dass die Pacht der Entstehungstatbestand der Abgabe ist. Die vertragliche Verpflichtung, um die es vor dem vorlegenden Gericht geht, besteht darin, dass den Herren Hengartner und Gasser gegen Entgelt und unter bestimmten Voraussetzungen ein Bezirk zur Ausübung der Jagd zur Verfügung gestellt wird. Der Pachtvertrag betrifft demnach eine Dienstleistung, die vorliegend grenzüberschreitenden Charakter aufweist, weil sich die Herren Hengartner und Gasser aus der Schweiz nach Vorarlberg begeben müssen, um dort von ihrem Recht Gebrauch zu machen. Sie sind

<sup>20</sup> Rs. C-70/09 *Alexander Hengartner und Rudolf Gasser gegen Landesregierung Vorarlberg*, Entscheidung vom 15. Juli 2010, noch in der Sammlung veröffentlicht.

demnach als Empfänger einer Dienstleistung anzusehen. Daraus folgt, dass die Regelungen des FZA über Dienstleistungen anwendbar sind (und nicht jene über die Niederlassung).

Im Zusammenhang mit der Auslegung dieser Bestimmungen erinnert der EuGH daran, dass ein völkerrechtlicher Vertrag nach ständiger Rechtsprechung nicht nur nach seinem Wortlaut, sondern auch im Licht seiner Ziele auszulegen ist, was auch von Art. 31 des Wiener Vertragsrechtsübereinkommens bestätigt wird. Das FZA gewährt Dienstleistungsempfängern ein Einreise- und Aufenthaltsrecht in Bezug auf das Hoheitsgebiet der Vertragsparteien, enthält jedoch keine Regelung über den Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Zusammenhang mit dem Dienstleistungsempfang. Die allgemeine Bestimmung über Nichtdiskriminierung im FZA, nämlich Art. 2, verbietet die Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit nur, insoweit eine Situation in den sachlichen Anwendungsbereich der Bestimmungen der Anhänge 1 bis 3 zum ZFA fällt. Zum Abschluss erinnert der EuGH auch in dieser Entscheidung daran, dass die Schweiz nicht dem EU-Binnenmarkt beigetreten ist, mit dem alle Hindernisse beseitigt werden sollen, um einen Raum vollständiger Freizügigkeit entsprechend einem nationalen Markt zu schaffen, sowie dass deswegen die Auslegung des EU-Rechts nicht automatisch auf das FZA übertragen werden kann. Darauf hatte auch Generalanwalt Jääskinen in seinen Schlussanträgen hingewiesen.

**d. Das Ergebnis dieser Entscheidungen: inhaltliche Grenzen des bilateralen Rechts**

Sowohl *Fokus Invest* sowie auch *Hengartner und Gasser* bestätigen *Grimme*. In allen diesen Fällen verweist der EuGH auf die inhaltlichen Grenzen des bilateralen Rechts, welche letztlich darin begründet sind, dass die Schweiz – anders als die EWR-EFTA-Länder Island, Liechtenstein und Norwegen – nur selektiv am EU-Binnenmarkt teilnimmt. In der Leitentscheidung *Grimme* belebt der EuGH das sog. *Polydor*-Prinzip, vom welchem in der wissenschaftlichen Literatur vor wenigen Jahren noch angenommen wurde, es sei nicht mehr relevant.<sup>21</sup> In der *Polydor*-Entscheidung aus dem Jahr 1982<sup>22</sup> ging es um die Frage, ob die Bestimmungen im damals geltenden Freihandelsabkommen zwischen der EWG und Portugal gleich oder anders ausgelegt werden mussten als die entsprechenden Bestimmungen im damaligen Gemeinschaftsrecht. Der EuGH verwies auf den u.U. unterschiedlichen Kontext von Gemeinschaftsrecht und Verträgen mit

<sup>21</sup> Siehe dazu CHRISTA TOBLER, Die EuGH-Entscheidung *Grimme*: Die Wiederkehr von *Polydor* und die Grenzen des bilateralen Rechts mit der Schweiz, in: ASTRID EPINEY/NINA GAMMENTHALER (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, Bern: Stämpfli/Zurich: Schulthess 2010, 369–384, mit weiteren Literaturhinweisen.

<sup>22</sup> Rs. 270/80 *Polydor und RSO Records*, Entscheidung vom 9. Februar 1982 Slg. 1982, 329.

Drittstaaten und formulierte den Grundsatz der nicht automatisch parallelen Auslegung, der nun auch in oben erwähnten Fällen zum FZA erscheint. Vom Ergebnis her stellen die Entscheide in den drei Fällen klar, dass:

- das FZA anders als das EU-Recht die Niederlassungsfreiheit nur natürlichen Personen gewährt, nicht aber Gesellschaften,
- der Begriff der Dienstleistung im FZA enger gefasst ist als im EU-Recht,
- das FZA im Zusammenhang der passiven Dienstleistungsfreiheit (Empfang von Dienstleistungen) anders als im EU-Recht (und anders als in der schweizerischen Literatur für das bilaterale Recht zumeist vertreten)<sup>23</sup> – lediglich Reise- und Aufenthaltsrechte gewährt, nicht aber Marktzugangsrechte; letztere bestehen nur im Rahmen der aktiven Dienstleistungsfreiheit (Erbringung einer Dienstleistung).

Mit dem letzten Punkt bestätigt der EuGH indirekt die bundesgerichtliche Rechtsprechung über die Vergütung von im Ausland bezogenen medizinischen Dienstleistungen.<sup>24</sup> Dies bedeutet auch, dass unterschiedliche Bedingungen beim Zugang zu touristischen Dienstleistungen nach dem FZA nicht verboten sind.

## 2. Luftverkehr – Transport aérien

Am 9. September 2010 erging nach jahrelangem Warten endlich die Entscheidung des Gerichts (untere Ebene des Gerichtshofs der Europäischen Union) im schon lange hängigen Luftlärmstreit zwischen der Schweiz und Deutschland.<sup>25</sup> Der Streit ging darauf zurück, dass Deutschland nach dem Ablauf eines Staatsvertrages und dem Scheitern von Bemühungen zum Abschluss eines neuen Vertrages einseitig Lärmschutzbestimmungen erliess, welche zu Randzeiten den Überflug von süddeutschem Gebiet beschränken (nämlich indem sie den Überflug deutschen Hoheitsgebiets nahe der schweizerischen Grenze in geringer Höhe verhindern). Die Schweiz vertrat die Auffassung, dass dies gegen die Bestimmungen des bilateralen Luftverkehrsabkommens<sup>26</sup> verstösst. Da dieses Abkommen für die Rechtsdurchsetzung bis zu einem gewissen Grad die Mecha-

<sup>23</sup> Siehe hierzu DANIEL MARITZ/CHRISTA TOBLER, «Zur bilateralen Dienstleistungsfreiheit», in: Astrid Epiney/Nina Gammethaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2008/2009, Bern: Stämpfli/Zurich: Schulthess 2009, 335–363, mit weiteren Hinweisen.

<sup>24</sup> Siehe hierzu wiederum MARITZ/TOBLER.

<sup>25</sup> Rs. T-391/04 *Schweizerische Eidgenossenschaft gegen Kommission*, Entscheidung vom 9. September 2010, noch nicht in der Sammlung veröffentlicht.

<sup>26</sup> Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Luftverkehr, für die Schweiz SR 0.748.127.192.68, für die EG ABI. 2002, L 114/73.

nismen des EU-Rechts übernimmt, reichte die Schweiz bei der Europäischen Kommission eine Beschwerde ein. Die Kommission entschied am 5. Dezember 2003, es liege keine Verletzung des Abkommens vor.<sup>27</sup> Dagegen legte die Schweiz eine Nichtigkeitsbeschwerde beim EuGH ein, von wo der Fall aus verfahrensrechtlichen Gründen an das Gericht überwiesen wurde. Das Gericht bestätigt im Ergebnis – wenn auch nicht in allen Punkten in der Begründung – die Entscheidung der Kommission.

Mit Bezug auf das anwendbare Recht unterlag die Schweiz mit dem Argument, dass die deutschen Regelungen ein Flugverbot im Sinne von Art. 9 der zum bilateralen Acquis gehörenden Verordnung 2408/92/EWG über den Zugang von Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft zu Strecken des innergemeinschaftlichen Flugverkehrs (ABl. 1992 L 240/8) darstelle. Laut dem Gericht liegt kein Flugverbot vor, sondern geht es vielmehr um Art. 8 der genannten Verordnung. Danach unterliegt die Ausübung von Verkehrsrechten den veröffentlichten gemeinschaftlichen, einzelstaatlichen, regionalen oder örtlichen Vorschriften in den Bereichen Sicherheit, Umweltschutz und Zuweisung von Start- und Landezeiten.

Weiter unterlag die Schweiz mit dem Argument, die Kommission habe bei der Prüfung der streitigen deutschen Massnahmen zu Unrecht die Rechte des Betreibers des Flughafens Zürich und die Rechte der dem Fluglärm ausgesetzten Anwohner des Flughafens nicht geprüft. Das Gericht weist hierzu darauf hin, dass es im Rahmen von Art. 8 der Verordnung einzig um die Ausübung von Verkehrsrechten geht.

Mit Bezug auf den Grundsatz der Gleichbehandlung nach Art. 3 des Abkommens folgt das Gericht zwar dem Argument der Schweiz, dass die deutsche Regelung dem Anschein nach (*prima facie*) indirekt zu einer Diskriminierung der (aus rechtlicher Sicht) schweizerischen<sup>28</sup> Fluggesellschaft Swiss International Airlines führt. Damit entschied es anders als die Kommission, welche wegen der besonderen Funktion des Flughafens Zürich als sog. Hub (Drehkreuz) für die schweizerische Fluggesellschaft Swiss International Airlines in ihrer Entscheidung eine Anscheinsdiskriminierung verneint hatte. Allerdings genügt die Feststellung einer Anscheinsdiskriminierung nicht, um auf eine Verletzung von Art. 3 des Abkommens zu schliessen. Eine solche liegt nur dann vor, wenn die streitige Massnahme nicht durch objektive Umstände gerechtfertigt wird oder wenn sie nicht in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit ihr verfolg-

<sup>27</sup> Entscheidung 2004/12/EG zu einem Verfahren bezüglich der Anwendung von Art. 18 Abs. 2 Satz 1 des Abkommens und der Verordnung Nr. 2408/92 (Sache TREN/AMA/11/03 – Deutsche Massnahmen bezüglich An-/Abflügen zum/vom Flughafen Zürich), ABl. 2004, L 4/13.

<sup>28</sup> Wirtschaftlich handelt es sich um eine deutsch (nämlich von der Lufthansa) beherrschte Gesellschaft.

ten Ziel steht. Vorliegend geht es laut dem Gericht um den Schutz eines bedeutenden Fremdenverkehrsziels, das als solches besonders lärmempfindlich ist. Lärmgrenzwerte sind als akzeptable Höchstwerte und nicht als ohne Weiteres zu ertragende Werte anzusehen, sodass die Mitgliedstaaten Massnahmen zur Senkung der Lärmbelastung unter diese Grenzwerte ergreifen dürfen, besonders wenn es sich wie hier um eine Fremdenverkehrsregion handelt. Was die Verhältnismässigkeit der deutschen Massnahmen anbelangt, so folgt das Gericht den Vorbringen der Schweiz, dass der Festlegung eines Lärmkontingents für bestimmte Stunden oder Tage nichts entgegenstehe, u.a. aus praktischen Gründen (Wirksamkeit und Überprüfbarkeit) nicht. Das Gericht befindet, dass Deutschland keine anderen als die getroffenen Möglichkeiten zur Verfügung standen, um die gewünschte Lärmverringerung zu erzielen.

Die Entscheidung des Gerichts kann an den EuGH weitergezogen werden, wo eine Berufung aber wenig Chancen haben dürfte.

## **B. Jurisprudence du Tribunal fédéral relative au droit bilatéral – Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichtes zum bilateralen Recht**

L'analyse portera sur la jurisprudence relative à l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP) de 1999.<sup>29</sup> Elle sera articulée autour de cinq thèmes: le regroupement familial et le principe de non-discrimination (1), l'ordre public (2), le droit fiscal (3) et la sécurité sociale (4).

### **1. Regroupement familial et principe de non-discrimination – Familiennachzug und Diskriminierungsverbot**

Trois développements extrêmement intéressants en matière de regroupement familial ponctuent la période sous examen: l'abandon de l'arrêt *Akrich* (a), le droit au regroupement familial pour les beaux-enfants du ressortissant d'un Etat membre de l'UE/AELE (b) et la condamnation ferme des situations de discrimination à rebours (c).

#### **a. Abandon de l'arrêt *Akrich***

Le premier développement notable concerne un arrêt de principe rendu le 29 septembre 2009 par le Tribunal fédéral, lequel renverse la jurisprudence précédente en matière de regroupement familial de ressortissants d'Etats tiers membres de la famille d'un ressortissant d'un Etat membre de l'UE/AELE.

<sup>29</sup> La recherche couvre la jurisprudence rendue entre le 1<sup>er</sup> juin 2009 et le 31 juillet 2010.

Dans cette affaire, un Palestinien né en 1969 dont la demande d'asile avait été refusée en 1998, a écopé de plus de deux ans d'emprisonnement et d'une peine d'expulsion pénale de sept ans pour infractions à la loi sur les stupéfiants (LStup) et faux témoignage, ainsi que de peines pécuniaires pour infractions à la loi sur les armes. En 2007, il épouse une ressortissante espagnole titulaire d'une autorisation d'établissement. Sa demande d'autorisation de séjour pour demeurer auprès d'elle est refusée par l'office des migrations du canton de Zurich, puis, sur recours, par le Conseil d'Etat et le Tribunal administratif cantonal.

Saisi d'un recours en matière de droit public, le Tribunal fédéral développe deux arguments (abandon de l'arrêt *Akrich*/reprise de l'arrêt *Metock* et absence de motifs d'ordre public) pour admettre le recours et enjoindre l'autorité administrative cantonale de délivrer une autorisation de séjour CE/AELE au recourant.

Après un raisonnement qui s'articule en 4 points, le Tribunal fédéral conclut à la reprise de l'arrêt *Metock* dans le cadre de l'application de l'ALCP. Il en découle un droit pour le recourant d'obtenir une autorisation de séjour fondé sur l'article 3 de l'annexe 1 ALCP, lequel concrétise l'article 7, lettre d, ALCP et prévoit que les membres de la famille d'un ressortissant d'un Etat membre de l'UE/AELE, titulaire d'une autorisation de séjour, ont le droit de s'installer avec lui.

Premièrement, le Tribunal fédéral rappelle que sa jurisprudence actuelle, qui subordonne le droit de séjour des membres de la famille, ressortissants d'Etats tiers, à un séjour légal préalable sur le territoire d'un Etat membre de l'UE/AELE, reprend l'arrêt *Akrich*<sup>30</sup> de la Cour de justice. Certes, dans l'arrêt subséquent *Jia*<sup>31</sup>, la Cour de justice a relativisé la portée de l'arrêt de 2003, mais le Tribunal fédéral s'est déjà prononcé sur la non-pertinence de l'arrêt *Jia* pour les relations bilatérales en précisant que la Cour de justice a uniquement jugé que la condition supplémentaire d'un séjour légal préalable n'était pas obligatoire, sans pour autant considérer qu'une telle condition était contraire au droit de l'Union européenne. En revanche, dans l'arrêt *Metock*<sup>32</sup> du 25 juillet 2008, la Cour de justice conclut expressément que la soumission du droit de séjour des membres de la famille à la condition d'un séjour légal préalable dans un autre Etat membre viole le droit de l'Union européenne en matière de regroupement familial.

Deuxièmement, le Tribunal fédéral évoque l'article 16, alinéa 1, ALCP, qui impose la prise en compte, par la Suisse, de la jurisprudence de la Cour de justice antérieure à la date de signature de l'ALCP (21 juin 1999) lorsque l'appli-

<sup>30</sup> CJCE arrêt *Akrich* du 23 septembre 2003, aff. C-109/01, Rec. 2003, p. I-9607.

<sup>31</sup> CJCE, arrêt *Jia* du 9 janvier 2007, aff. C-1/05, Rec. 2007, p. I-1.

<sup>32</sup> CJCE, arrêt *Metock* du 25 juillet 2008, aff. C-127/08, Rec. 2008, p. I-6241.

cation de l'accord implique des notions de droit de l'Union européenne. Aucune disposition n'oblige la Suisse à reprendre la jurisprudence rendue après cette date, mais le préambule de l'accord<sup>33</sup> et l'article 16, alinéa 1<sup>er</sup>, ALCP<sup>34</sup> plaident pour une situation juridique parallèle dans l'UE/AELE et en Suisse dans les matières couvertes par l'accord. Or un tel parallélisme suppose la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice postérieure à la date de signature de l'accord.

Troisièmement, le Tribunal fédéral revient sur les raisons qui l'ont déterminé à reprendre l'arrêt *Akrich*, soit notamment le fait que l'article 3 de l'annexe I ALCP se fonde sur l'article 10 du règlement n° 1612/68<sup>35</sup> afin de réaliser une libre circulation semblable à celle qui existe dans l'Union européenne. Aucune raison ne justifie donc une interprétation plus généreuse de l'accord que la jurisprudence de la Cour de justice.

Quatrièmement, le Tribunal fédéral examine en détail l'arrêt *Metock* dans le contexte de l'ALCP pour conclure à la nécessité de sa reprise. Ne se contentant pas de relever que l'arrêt *Metock* se base sur la directive 2004/38<sup>36</sup>, qui se réfère à la notion de citoyenneté, laquelle est absente de l'accord, le Tribunal fédéral trace une distinction fondamentale entre les changements de situations juridiques postérieurs à la signature de l'accord qui ne sont pas déterminants pour la Suisse, et les développements de jurisprudence qui doivent être pris en considération afin d'assurer l'évolution parallèle des situations juridiques. En l'espèce, le Tribunal fédéral relève que la mise en œuvre, au niveau national, du droit à la libre circulation n'est pas déterminant pour l'interprétation de l'accord. Ainsi, le droit au regroupement familial selon l'ALCP ne peut pas être restreint par le fait que le législateur fédéral a aligné le droit interne sur l'arrêt *Akrich* et inscrit à l'article 42, alinéa 2, de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr),<sup>37</sup> l'exigence d'une autorisation de séjour durable dans un Etat avec lequel la Suisse a conclu un accord de libre circulation comme condition au regroupement familial pour des membres de la famille étrangers de ressortissants suisses. Le Tribunal fédé-

<sup>33</sup> Les parties à l'accord se disent décidées à «réaliser la libre circulation des personnes entre elles en s'appuyant sur les dispositions en application dans la Communauté européenne».

<sup>34</sup> Cette disposition prévoit que les parties prennent «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».

<sup>35</sup> Règlement n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, JO L 257, du 19.10.1968, p. 2.

<sup>36</sup> Directive 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, modifiant le règlement n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221, 68/360, 72/194, 73/148, 75/34, 75/35, 90/364, 90/365 et 93/96 (JO L 158, du 30.4.2004, p. 77).

<sup>37</sup> RS 142.20.

ral reconnaît que cette insertion dans la LEtr avait pour but d'éviter les situations de discrimination à rebours et que la reprise de l'arrêt *Metock* engendre le risque de discriminer à nouveau les ressortissants suisses. La question de savoir s'il appartient au juge ou au législateur de remédier à cette situation peut demeurer ouverte. Mentionnant par exemple les différences dans le cercle des bénéficiaires du droit en vertu de l'article 42, alinéa 1 et 42, alinéa 2, LEtr, le Tribunal fédéral relève que le droit au regroupement familial est au demeurant peu cohérent. Le Tribunal fédéral souligne également que le jugement de la Cour de justice dans l'affaire *Metock* est postérieur au 21 juin 1999 et n'est donc pas obligatoire pour la Suisse. Toutefois, des raisons similaires à celles qui ont présidé à la reprise de l'arrêt *Akrich*, également postérieur à la date de signature de l'accord, militent pour une reprise de l'arrêt *Metock*. Il n'existe en conséquence aucun motif raisonnable pour avoir, dans l'Union européenne et dans les relations CH/UE, des règles différentes en matière de libre circulation. Au contraire, l'intérêt à avoir une situation juridique parallèle et un espace de libre circulation homogène prévaut. Le Tribunal fédéral souligne en outre que l'affaire *Akrich* présente un aspect relatif à l'«abus de droit» qu'il convient de ne pas généraliser. De plus, il relève que la directive 2004/38, en particulier s'agissant du regroupement familial, n'a pas apporté de modifications significatives par rapport à la situation juridique prévalant sous l'empire de l'article 10 du règlement n° 1612/68. Il évoque enfin la doctrine unanime qui soutient une reprise de l'arrêt *Metock*. En conclusion, le droit au regroupement familial s'agissant de membres de la famille, ressortissants d'Etats tiers, ne doit plus dépendre d'un séjour légal préalable du membre de la famille pour lequel le regroupement est demandé dans un Etat partie à l'accord de libre circulation avec la Suisse. En l'espèce, le recourant peut donc se fonder sur l'article 3 de l'annexe I ALCP pour en déduire un droit à séjourner en Suisse.

Le Tribunal fédéral conteste que le recourant présente une menace pour l'ordre public, au sens de l'article 5 de l'annexe I ALCP, permettant de lui refuser une autorisation de séjour. Il met en exergue le risque faible de récidive que présente le recourant, au vu notamment de son comportement correct depuis 8 ans et de l'ancienneté de ses condamnations. Son mariage ne paraît pas être de complaisance et son intégration professionnelle et sociale est en outre réussie, comme en témoignent les nombreuses lettres de référence produites en justice.

L'arrêt du Tribunal fédéral convainc et a été salué par la doctrine.<sup>38</sup> Sa structure est claire, ses développements détaillés et son raisonnement logique. Il met

<sup>38</sup> AMARELLE CESLA/NGUYEN MINH SON/KURT STEFANIE TAMARA, *Chronique de jurisprudence relative au droit des migrations*, AJP/PJA 2010, p. 635-643, p. 639 s.; SPESCHA MARC, *Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 29. September 2009, 2C\_196/2009*, A. und A. gegen

fin à une situation vivement critiquée où le Tribunal fédéral s'efforçait de justifier le maintien d'une jurisprudence contestable découlant de l'arrêt *Akrich*.<sup>39</sup>

**b. Droit au regroupement familial pour les beaux-enfants du ressortissant d'un Etat membre de l'UE/AELE**

Le deuxième développement jurisprudentiel d'importance en matière de regroupement familial porte sur l'élargissement du cercle des bénéficiaires du droit au regroupement familial aux beaux-enfants des ressortissants d'un Etat membre de l'UE/AELE. Dans un arrêt du 5 janvier 2010, le Tribunal fédéral a reconnu aux deux beaux-enfants ressortissants du Kosovo d'une citoyenne française, bénéficiaire d'une autorisation de séjour en Suisse, un droit au regroupement familial, sur la base des articles 7, lettre d, ALCP, 3 et 5 de l'annexe 1 ALCP.<sup>40</sup> Le Tribunal fédéral a admis le recours en matière de droit public interjeté par l'époux kosovar de la ressortissante française ainsi que de ses deux enfants en écartant les deux arguments retenus par les autorités inférieures.

L'argument fondé sur l'absence d'un séjour légal préalable sur le territoire d'un Etat membre de l'UE ou de l'AELE est balayé rapidement par le Tribunal fédéral sur la base de sa nouvelle jurisprudence abandonnant la ligne de l'arrêt *Akrich*.

En revanche, l'argument des autorités inférieures en vue de refuser le regroupement familial aux deux enfants selon lequel les beaux-enfants ne figurent pas parmi les bénéficiaires du droit au regroupement familial, mentionnés à l'article 3 de l'annexe 1 ALCP, requiert une analyse plus approfondie et le Tribunal fédéral le rejette au terme d'un raisonnement en trois points.

Le Tribunal fédéral procède d'abord à une interprétation littérale de l'article 3, alinéa 2, lettre a, de l'annexe 1 ALCP («sont considérés comme membres de la famille, quelle que soit leur nationalité: (a) son conjoint et leurs descendants de moins de 21 ans ou à charge»). Alors que la version allemande de cette disposition ne permet pas de déterminer si elle vise également les enfants non communs, les versions françaises et italiennes plaident davantage pour une inclusion des seuls enfants communs. L'interprétation systématique dans le cadre de l'ALCP n'apporte pas de précision à ce sujet. Le Tribunal fédéral souligne que la doctrine et la pratique partent du principe que tant les enfants communs que les enfants non communs sont visés par cette disposition.

Sicherheitsdirektion und Regierungsrat des Kantons Zürich betr. Aufenthaltsbewilligung (*Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten; zur Publikation vorgesehen*), AJP/PJA 2010, p. 102–105, p. 3 ss.

<sup>39</sup> Voir notamment nos critiques à ce sujet dans les chroniques précédents, notamment RSDIE 4/2009, p. 1–37, p. 15 ss et RSDIE 4/2005, p. 611–640, p. 633.

<sup>40</sup> ATF 136 II 65.

Le Tribunal fédéral examine ensuite la situation prévalant dans l'Union européenne. Il se réfère en particulier à l'arrêt *Baumbast* de 2002, dans lequel la Cour de justice a affirmé qu'interpréter la notion de « descendants » bénéficiant du regroupement familial dans le sens des seuls enfants communs irait « à l'encontre de l'objectif du règlement n° 1612/68 »<sup>41</sup>. En outre, la directive 2004/38, qui a modifié le règlement n° 1612/68, mentionne à présent expressément que les « descendants directs » du conjoint sont inclus parmi les membres de la famille<sup>42</sup>.

Enfin, s'agissant de la reprise, dans le cadre de l'application de l'ALCP, de l'interprétation de la notion de « membres de la famille » valable au sein de l'Union européenne, le Tribunal fédéral relève, en premier lieu, que l'arrêt *Baumbast*, s'il a été rendu postérieurement à la date de signature de l'accord, se réfère à une jurisprudence datant de 1989 (arrêt *Echternach et Moritz* du 15 mars 1989, aff. C-389/87). L'arrêt *Baumbast* se fonde de plus sur le règlement n° 1612/68 qui a servi de modèle pour l'ALCP. La directive 2004/38 ne fait donc en l'espèce qu'ancrer clairement dans la loi une interprétation large des dispositions du règlement n° 1612/68 en matière de regroupement familial. En second lieu, une interprétation téléologique de l'accord milite en faveur de l'octroi du droit au regroupement familial pour les descendants du seul conjoint, dès lors qu'il le prévoit déjà expressément pour les ascendants. En dernier lieu, le Tribunal fédéral se réfère à la doctrine unanime qui soutient que l'article 3, alinéa 2, lettre a, de l'annexe 1 ALCP comprend également les beaux-enfants.

En conclusion, le Tribunal fédéral estime que les mêmes raisons qui ont plaidé pour une reprise de l'arrêt *Metock* imposent d'adapter la pratique suisse en matière de libre circulation à la jurisprudence de la Cour de justice. Dans le cas d'espèce, comme les deux enfants du recourant n'ont pas encore atteint l'âge de 21 ans, ils sont couverts par l'article 3, alinéa 1, lettre a, ALCP. Toutes les conditions pour admettre le regroupement familial sont en outre réunies, à savoir: l'existence d'un lien familial effectif avec les enfants, la disposition d'un logement adéquat, le respect de la clause d'ordre public ainsi que la satisfaction des conditions inscrites dans la Convention de New York relative aux droits de l'enfant<sup>43</sup>.

Un autre arrêt, rendu le 2 février 2010, précise les conditions du regroupement familial des beaux-enfants<sup>44</sup>. Il concerne une demande de regroupement déposée par un ressortissant turc marié à une ressortissante allemande titulaire d'une autorisation d'établissement, en faveur de ses deux enfants turcs issus

<sup>41</sup> CJCE, arrêt *Baumbast et R* du 17 septembre 2002, aff. C-413/99, Rec. 2002, p. I-7091, § 57.

<sup>42</sup> Art. 2, al. 2, let. c, directive 2004/38.

<sup>43</sup> Convention relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 20 novembre 1989, RS 0.107.

<sup>44</sup> ATF 136 II 477, en particulier consid. 3.2.2 et 3.2.3.

d'une première union. Le Tribunal fédéral souligne que le droit au regroupement familial reconnu aux beaux-enfants des ressortissants d'un Etat membre de l'UE/AELE en application de l'ALCP est subordonné au respect des conditions posées par l'acquis communautaire repris par la Suisse; que l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique doivent être préservés; que le regroupement familial doit servir l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de la Convention de New York; que l'abus de droit est réservé; et qu'un minimum de vie familiale (sociale) effective est exigée. Cela suppose, sur le plan civil, que le conjoint étranger d'un ressortissant d'un Etat membre de l'UE/AELE dispose de l'autorité parentale sur les enfants dont il requiert le regroupement ou, à tout le moins, en cas d'autorité parentale conjointe, qu'il obtienne le consentement de l'autre parent au sujet du regroupement.

Ce dernier arrêt permet d'aborder la question du réexamen des demandes de regroupement familial refusées en application de l'ancienne jurisprudence. En l'espèce, le Tribunal fédéral enjoint le département cantonal d'admettre la recevabilité de la demande de réexamen d'une décision fondée sur la seule LSEE et la jurisprudence y relative en raison du changement de la situation juridique dans ce domaine<sup>45</sup>. En théorie, le Tribunal fédéral admet que des décisions entrées en force se rapportant à une situation de fait durable puissent être modifiées en raison d'un changement dans la situation juridique<sup>46</sup>. Dans un arrêt du 17 avril 2010, le Tribunal fédéral pose deux conditions au réexamen requis à la suite d'un changement de pratique: d'une part, «il faut que les autorités compétentes aient dû ou à tout le moins eu la possibilité d'en tenir compte». D'autre part, il ne suffit pas d'invoquer la nouvelle pratique, mais il faut encore démontrer en quoi elle change fondamentalement la situation juridique dans la situation d'espèce<sup>47</sup>.

Il convient de souligner que le Tribunal fédéral, dans l'arrêt du 2 février 2010, aurait pu se contenter d'admettre le recours et de renvoyer l'affaire sans autre précision que l'obligation d'entrer en matière sur la demande de réexamen, étant donné que le recourant avait exposé en détail que le nouveau droit (la LEtr) lui serait plus favorable que la LSEE. Le Tribunal fédéral a cependant tenu à se prononcer sur l'application de l'ALCP, alors que l'accord n'avait pas été invoqué par les parties. Il a ainsi pu préciser les conditions posées au droit

<sup>45</sup> Voir également l'arrêt du Tribunal fédéral, du 23 mars 2010, réf. 2C\_718/2010, dans lequel le Tribunal fédéral rend un jugement en la forme sommaire où il admet le recours interjeté contre une décision refusant le regroupement familial sur la seule base de la LSEE alors que l'ALCP, et la nouvelle jurisprudence relative au regroupement familial, est applicable.

<sup>46</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 30 septembre 2009, réf. 2C\_168/2009, consid. 4.2. Cet arrêt concerne le changement de situation juridique induit par l'entrée en vigueur de la LEtr.

<sup>47</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 17 avril 2010, réf. 2C\_760/2009, consid. 2.3.

au regroupement familial des beaux-enfants, récemment affirmé dans sa jurisprudence.

S'agissant de la reprise de la notion des membres de la famille bénéficiant du regroupement familial telle que définie dans l'arrêt *Baumbast* et dans la directive 2004/38, l'arrêt du 2 février 2010 évoque judicieusement une « consolidation de l'acquis communautaire », acquis communautaire que la Suisse s'est engagée à respecter en signant l'ALCP. En d'autres termes, la jurisprudence postérieure à la date de signature de l'ALCP devrait être reprise si « elle s'insère dans les objectifs de l'Accord et si elle est rendue sur des normes similaires à celles qui valent selon l'Accord »<sup>48</sup>.

### c. Discriminations à rebours

Après l'abandon de l'arrêt *Akrich* et l'inclusion des enfants non communs parmi les bénéficiaires du droit au regroupement familial en vertu de l'ALCP, le troisième développement que nous aimerions commenter apparaît comme une conséquence des deux précédents : il concerne la discrimination à rebours provoquée par un traitement juridique plus favorable des ressortissants des Etats membres de l'UE/AELE par rapport aux ressortissants suisses.

Ce problème s'est notamment présenté dans un arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 22 janvier 2010<sup>49</sup>. L'affaire traite de la demande de regroupement familial déposée par un ressortissant suisse, originaire du Kosovo et ayant été naturalisé à la suite de son mariage avec une ressortissante suisse, en faveur de ses deux enfants issus d'une première union au Kosovo.

L'article 17, alinéa 2, 3<sup>ème</sup> phrase, LSEE (encore applicable en l'espèce) octroie un droit au regroupement familial aux enfants étrangers de moins de 18 ans d'un ressortissant suisse ou d'un étranger titulaire d'une autorisation d'établissement. Ce droit n'est toutefois pas inconditionnel et le Tribunal fédéral soumet le regroupement partiel (par un seul parent) à des conditions plus restrictives que le regroupement demandé par des parents qui font ménage commun. Dans le cas d'un regroupement partiel, il faut soit que le parent qui demande le regroupement ait maintenu des relations familiales prépondérantes avec l'enfant malgré la distance, soit que des changements importants rendent nécessaire la venue de l'enfant en Suisse, telle une modification de l'encadrement éducatif à l'étranger<sup>50</sup>. Or dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral confirme la conclusion des instances inférieures, selon laquelle aucun motif particulier n'impose le regroupement des deux enfants du Kosovo vers leur père en Suisse.

<sup>48</sup> MERZ LAURENT, *Le droit de séjour selon l'ALCP et la jurisprudence du Tribunal fédéral*, RDAF 2009 I p. 248–306, ch. 4.

<sup>49</sup> ATF 136 II 120.

<sup>50</sup> Voir notamment ATF 133 II 6, consid. 3 et ATF 129 II 11, consid. 3.

Le recourant invoque une discrimination à rebours par rapport aux ressortissants des Etats membres de l'UE/AELE. Le Tribunal fédéral commence par rappeler les raisons pour lesquelles il a jusqu'à présent nié une adaptation des droits reconnus dans la LSEE aux droits plus étendus octroyés en application de l'ALCP, à savoir notamment que cette inégalité de traitement était connue des autorités au moment de la signature de l'accord, que ce dernier ne comprend aucune disposition s'agissant du regroupement familial pour des ressortissants suisses qui n'ont pas fait usage de leur liberté de circulation et qu'il appartiendrait au législateur, dans le cadre de la révision totale de la LSEE, de garantir les mêmes droits aux ressortissants suisses qu'aux ressortissants des Etats membres de l'UE/AELE. Le Tribunal fédéral mentionne ensuite les deux développements récents de la jurisprudence qui favorisent le regroupement familial sous l'angle de l'ALCP, soit la reprise de l'arrêt *Metock* alors que la LEtr, qui a remplacé la LSEE, a inscrit l'arrêt *Akrich* à l'article 42, alinéa 2, et l'élargissement du cercle des bénéficiaires du droit au regroupement familial aux beaux-enfants. Le Tribunal fédéral admet qu'il paraît douteux que l'inégalité de traitement entre les ressortissants suisses et les ressortissants des Etats membres de l'UE/AELE en matière de regroupement des membres de la famille étrangers soit justifiée. Toutefois, il est tenu par l'article 190 de la Constitution fédérale d'appliquer les lois fédérales. Il est vrai que le législateur fédéral a entendu éliminer les différences de traitement entre les ressortissants suisses et les ressortissants des Etats membres de l'UE/AELE dans le cadre de l'élaboration de la LEtr, notamment en y insérant l'article 42, alinéa 2, qui élargit le cercle des bénéficiaires du regroupement familial en reprenant la condition du séjour légal préalable issue de l'arrêt *Akrich*. Toutefois selon le Tribunal fédéral, le législateur fédéral demeure seul compétent pour déterminer la mesure dans laquelle il veut assurer un traitement égal entre les ressortissants suisses et les ressortissants des Etats membres de l'UE/AELE, d'autant que l'adoption de la LEtr n'a pas supprimé toutes les discriminations à rebours.

Soulignant que la question d'une interprétation téléologique de l'article 42, alinéa 2, LEtr, *contra legem* mais dans le sens de l'ALCP, peut dans ces conditions demeurer ouverte, le Tribunal fédéral adresse un message clair au législateur fédéral : si ce dernier ne devait pas s'emparer du problème de la discrimination à rebours, il pourrait devoir lui-même redresser, sur la base de l'article 14 CEDH en relation avec l'article 8 CEDH et de la primauté du droit international, une violation de la CEDH dans un cas concret<sup>51</sup>.

<sup>51</sup> ATF 136 II 120, consid. 3.5.3. Voir dans le même sens HOTTELLIER MICHEL/MOCK HANSPETER, *Le Tribunal fédéral suisse et la « discrimination à rebours » en matière de regroupement familial*, Rev. trim. dr. h. 2003, vol. 56, p. 1275–1304, p. 1299 ss et BOILLET VÉRONIQUE, *L'interdiction de*

Dans l'affaire du 22 janvier 2010, les faits de la cause appelaient l'application de la LSEE, mais les développements du Tribunal fédéral concernant la discrimination à rebours ont une portée générale. Le grief d'une discrimination à rebours a été invoqué dans plusieurs affaires par la suite, et le Tribunal fédéral, se référant à sa « décision incitative » du 22 janvier 2010, répète son obligation constitutionnelle d'appliquer les lois fédérales et sa détermination à ne pas les appliquer de manière contraire à leur lettre, qu'il s'agisse de la LSEE<sup>52</sup> ou de la LEtr<sup>53</sup>.

Ainsi, dans un arrêt du 31 mars 2010, le Tribunal fédéral constate que la différence entre l'application de la LEtr et de l'ALCP est constitutive d'une discrimination à rebours, compte tenu du fait que l'ALCP est moins restrictif que l'article 42 LEtr et donne un droit aux ressortissants des Etats membres de l'UE/AELE, contrairement aux ressortissants suisses, de faire venir non seulement leurs propres enfants, mais aussi ceux de leur conjoint, à certaines conditions<sup>54</sup>.

Concrètement, aux termes de la LEtr, le conjoint et les enfants de moins de 18 ans d'un ressortissant suisse ou du titulaire d'une autorisation d'établissement ont un droit à l'octroi d'une autorisation de séjour (art. 42, al. 1, et 43 LEtr). Un seul des parents peut se prévaloir de l'article 42, alinéa 1, ou de l'article 43 LEtr, pour obtenir un titre de séjour pour ses enfants (regroupement partiel)<sup>55</sup>. Si le parent qui demande le regroupement familial pour son enfant de moins de 18 ans ne dispose que d'une autorisation de séjour en Suisse, le regroupement doit être envisagé sous l'angle de l'article 44 LEtr, qui, par sa formule potestative, ne confère pas un droit à une autorisation de séjour<sup>56</sup>. Exception faite du système des délais auquel la LEtr soumet le regroupement familial (art. 47 LEtr), les conditions de fond pour faire droit à une demande de regroupement rappellent celles dégagées ci-dessus sous l'angle de l'ALCP : interdiction de l'abus de droit, autorité parentale accordée au parent requérant, ou à tout

*discrimination en raison de la nationalité au sens de l'accord sur la libre circulation des personnes*, Thèse, Bâle (Helbing Lichtenhahn), 2010, p. 138 ss.

<sup>52</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 5 février 2010, réf. 2C\_624/2009, consid. 3.3 ; arrêt du 5 juillet 2010, réf. 2C\_214/2010, consid. 3.1.

<sup>53</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 26 mars 2010, réf. 2C\_635/2009, consid. 3.2 ; arrêt du 31 mars 2010, réf. 2C\_537/2009, consid. 2.2.2.

<sup>54</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 31 mars 2010, réf. 2C\_764/2009, consid. 2.1.1.

<sup>55</sup> ATF 136 II 78, consid. 4.7. Il s'agit d'un changement par rapport à la situation prévalant sous l'empire de la LSEE, dont l'article 17, alinéa 2, 3<sup>e</sup> phrase, imposait que les enfants vivent avec leurs deux parents.

<sup>56</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 31 mars 2010, réf. 2C\_764/2009, consid. 2.1.1. La recevabilité du recours en matière de droit public a été admise en l'espèce par l'invocation de l'article 8 CEDH.

le moins accord de l'autre parent en cas d'autorité parentale conjointe, prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>57</sup>.

Le cercle des bénéficiaires du droit au regroupement familial est donc plus restreint dans la LEtr que dans l'ALCP, qui s'étend aux enfants du ressortissant d'un Etat membre de l'UE/AELE jusqu'à l'âge de 21 ans ou qui sont à charge (art. 3, let. a, de l'annexe 1 ALCP) ainsi qu'aux ascendants et ceux du conjoint qui sont à sa charge (let. b). De même, la condition du « ménage commun » de l'article 42, alinéa 1, LEtr pour la prolongation de l'autorisation de séjour des membres de la famille ne se retrouve pas dans l'ALCP. Pour mettre fin à la discrimination à rebours relative au cercle des bénéficiaires du regroupement familial, le législateur fédéral a inséré l'article 42, alinéa 2, LEtr, qui tend à calquer le droit de séjour des ressortissants étrangers, membres de la famille de ressortissants suisses à celui des membres de la famille de ressortissants des Etats membres de l'UE/AELE<sup>58</sup>. Toutefois, l'adaptation n'était à l'origine que partielle, car l'article 42, alinéa 2, LEtr ne reprend pas le paragraphe 2 de l'article 3 de l'annexe 1 de l'ALCP (qui exhorte les Etats parties à favoriser le droit de séjour d'autres membres de la famille qui sont à la charge du ressortissant d'un Etat membre de l'UE/AELE ou vivent sous son toit dans l'Etat membre d'origine)<sup>59</sup>. En outre, l'article 42, alinéa 2, LEtr subordonne le droit au regroupement familial du cercle élargi des bénéficiaires calqué sur l'ALCP à la condition qu'ils disposent d'une autorisation de séjour durable dans un Etat membre avec lequel la Suisse a conclu un accord sur la libre circulation des personnes, condition reprise de l'arrêt *Akrich* qui a désormais été abandonnée dans le cadre de l'ALCP<sup>60</sup>. Enfin, le Tribunal fédéral a étendu le droit au regroupement familial sous l'angle de l'ALCP aux beaux-enfants du ressortissant d'un Etat membre de l'UE/AELE, alors que sous l'angle de l'article 42 LEtr, le statut du parent qui entend faire venir ses enfants en Suisse est déterminant, et non pas celui de son conjoint.

En conclusion, compte tenu de la marge de manœuvre limitée du Tribunal fédéral pour interpréter *contra legem* les lois fédérales<sup>61</sup> et de l'impossibilité

<sup>57</sup> ATF 136 II 78, consid. 4.8 et arrêt du Tribunal fédéral du 31 mars 2010, réf. 2C 764/2009, consid. 4.

<sup>58</sup> Voir notamment le début des discussions à ce sujet au Conseil national, BO 2004 N 739 ss.

<sup>59</sup> Voir SPESCHA MARC, *Inländerdiskriminierung im Ausländerrecht ? Das EuGH-Urteil vom 25. Juli 2008 in der Rechtssache Metock u.a. und seine Folgen für die Schweiz*, AJP/PJA 2008, p. 1432–1440, p. 1436.

<sup>60</sup> Voir MERZ LAURENT, *Le droit de séjour selon l'ALCP et la jurisprudence du Tribunal fédéral*, RDAF 2009 I p. 248–306, p. 265 et la note 68.

<sup>61</sup> Sur cette possibilité, voir notamment MOOR PIERRE, *Principes de l'activité étatique et responsabilité de l'Etat*, in: « Verfassungsrecht der Schweiz = Droit constitutionnel suisse », THÜRER DANIEL/AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MÜLLER JÖRG PAUL (Hrsg), Zürich (Schulthess), 2001, p. 265–283, p. 267 s.

d'adapter la législation interne suisse au dynamisme de la jurisprudence européenne, il a été suggéré qu'une clause générale d'interdiction des discriminations à rebours était la seule méthode efficace pour éviter que les ressortissants suisses soient traités défavorablement par rapport aux ressortissants des Etats membres de l'UE/AELE : le conseiller national Andy Tschümperlin a ainsi déposé, le 3 octobre 2008, une initiative parlementaire visant à garantir automatiquement le parallélisme entre la situation juridique des ressortissants des Etats membres de l'UE/AELE et celle des ressortissants suisses. Le Conseil national a toutefois décidé de ne pas donner suite à cette initiative<sup>62</sup>. A la suite de l'arrêt du 22 janvier 2010 mentionné ci-dessus, le conseiller national Tschümperlin a déposé une nouvelle initiative parlementaire, moins ambitieuse, visant uniquement à adapter la LEtr à la position du Tribunal fédéral développée dans son arrêt du 29 septembre 2009, dans lequel il reprend l'arrêt *Metock*<sup>63</sup>.

S'agissant de « l'incitation » que le Tribunal fédéral a adressée à l'Assemblée fédérale en vue de résoudre la situation de discrimination à rebours provoquée par sa nouvelle jurisprudence, elle est politiquement compréhensible. Juridiquement toutefois, l'argument du Tribunal fédéral pour ne pas prononcer une décision d'incompatibilité avec la CEDH dont il brandit la menace ne convainc pas, à savoir le fait que pour l'instant, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas encore rendu de jugement sur la violation de l'article 14 CEDH dans un cas de discrimination à rebours.

## 2. Ordre public – Öffentliche Ordnung

Seuls des motifs liés à l'ordre public au sens de l'article 5 de l'annexe 1 ALCP peuvent restreindre les droits conférés par l'accord. Conformément aux articles 5, alinéa 2, de l'annexe 1 ALCP et 16, alinéa 2, ALCP, le Tribunal fédéral doit interpréter la notion d'ordre public en se référant à la directive 64/221<sup>64</sup>

Selon Spescha, des motifs pertinents justifieraient une interprétation *contra legem* de l'article 42, alinéa 2, LEtr (SPESCHA MARC, *Inländerdiskriminierung im Ausländerrecht ? Das EuGH-Urteil vom 25. Juli 2008 in der Rechtssache Metock u.a. und seine Folgen für die Schweiz*, AJP/PJA 2008, p. 1432–1440, p. 1436 s).

<sup>62</sup> Initiative parlementaire déposée le 3 octobre 2008, « Loi sur les étrangers. Halte à la discrimination des ressortissants suisses », réf. 08.494 ; décision du Conseil national de ne pas y donner suite du 23 septembre 2009, BO 2009 N 1746.

<sup>63</sup> Initiative parlementaire déposée le 19 mars 2010, « Supprimer toute discrimination subie en raison du droit interne », réf. 10.427. Le Conseil national ne s'est pas encore prononcé sur le sort de cette initiative.

<sup>64</sup> Directive 64/221 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 public, de sécurité publique et de santé publique, JO 56 du 4 avril 1964, p. 850. Dans le droit de l'Union européenne, cette directive a été abrogée par la directive 2004/38 relative au droit des citoyens de l'Union et des

ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour de justice antérieure à la date de signature de l'accord (21 juin 1999). Les conditions du recours à l'ordre public telles que définies par la Cour de justice peuvent être résumées comme suit<sup>65</sup> : la notion d'ordre public, qui est d'application restrictive, suppose l'existence d'une menace réelle et d'une certaine gravité, laquelle doit affecter un intérêt fondamental de la société. Les mesures d'ordre public ne peuvent être fondées que sur le comportement personnel de l'intéressé. Le danger doit être actuel et présent ; ainsi, la seule existence de condamnations pénales antérieures ne suffit pas<sup>66</sup> ; de telles condamnations ne pourront être prises en considération que si les circonstances les entourant laissent apparaître une menace actuelle pour l'ordre public. Cette condition revient à apprécier le risque de récidive, qui joue un rôle déterminant. L'évaluation du risque de récidive sera d'autant plus rigoureuse que le bien juridique menacé est important. Enfin, les mesures d'ordre public doivent respecter le principe de proportionnalité. Cet examen se chevauche d'ailleurs en partie avec celui du risque de récidive<sup>67</sup>.

**a. Existence d'une menace grave et risque de récidive**

Le Tribunal fédéral adopte une politique sévère en matière de délits liés à la drogue et considère des violations de la LStup comme « suffisamment graves » pour troubler l'ordre public. Toutefois, la rigueur de l'attitude du Tribunal fédéral dans ce domaine ne le dispense pas d'évaluer dans chaque cas le risque de récidive d'un condamné pour infraction à la LStup. Deux affaires illustrent ces deux points, à savoir la ligne dure en matière de délits liés à la drogue, et l'appréciation du risque de récidive dans ce cadre.

membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, JO L 158 du 30.4.2004, p. 77.

<sup>65</sup> Pour la références des arrêts-clés de la Cour de justice, voir notamment la chronique de 2008, RSDIE 4/2008 p. 351–386, p. 367 s. Dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, les arrêts correspondants en la matière sont publiés aux ATF 129 II 215 et ATF 130 II 176.

<sup>66</sup> Dans la période sous examen, le Tribunal fédéral, se référant à un arrêt de la Cour de justice (arrêt *Orfanopoulos et Oliveri* du 29 avril 2004, aff. jointes C-482/01 et C-493/01, Rec. 2004, p. I-5257, § 68 et 92) a clairement affirmé que « tout automatisme qui reviendrait à prononcer une mesure d'éloignement du pays à la suite d'une condamnation pénale, sans véritablement tenir compte du comportement personnel de l'auteur de l'infraction ni du danger qu'il représente pour l'ordre public, est proscrit » (arrêt du 10 juin 2010, réf. 2C\_791/2009, consid. 2.3 ; arrêt du 25 février 2010, réf. 2C\_664/2009, consid. 4.1 ; arrêt du 17 juin 2009, réf. 2C\_15/2009, consid. 4.1). Comme le soutient également le Conseil fédéral dans son message, l'initiative populaire « pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi) », laquelle prévoit précisément une expulsion automatique dans certains cas, n'est donc pas compatible avec l'ALCP (FF 2009 4571, ch. 4.1.3, p. 4584 ss). La directive 64/221, que la Suisse s'est engagée à respecter à l'art. 5, al. 2, de l'annexe I ALCP prévoit d'ailleurs expressément que « la seule existence de condamnations pénales ne peut automatiquement motiver ces mesures [d'ordre public ou de sécurité publique] » (art. 3, ch. 2).

<sup>67</sup> Voir, entre autres, arrêt du 10 juin 2010, réf. 2C\_791/2009, consid. 3.2.1.

Le premier arrêt concerne un ressortissant autrichien condamné à une peine privative de liberté de 20 mois avec sursis pendant 4 ans pour infraction qualifiée à la LStup<sup>68</sup>. Le Tribunal fédéral confirme la décision de l'office des migrations du canton de Thurgovie qui refuse de renouveler, respectivement d'octroyer, une autorisation de séjour au recourant. Le Tribunal fédéral commence son analyse par indiquer que l'autorité administrative en matière de droit des étrangers n'est pas liée par le pronostic du juge pénal quand il décide d'octroyer le sursis. Il souligne ensuite que la condamnation à une peine privative de liberté de trois semaines avec sursis pour infraction à la LCR n'a pas empêché le recourant de persister dans son activité contraire à la LStup. Le recourant n'a pas cessé spontanément de poursuivre son activité délictuelle mais en a été contraint du fait de son arrestation. De plus, s'il avance avoir mis fin à sa propre consommation de drogue du jour au lendemain et sans aide extérieure, cela ne garantit pas qu'il ne récidivera pas; l'activité délictueuse du recourant a duré plusieurs années et le Tribunal fédéral souligne sa faiblesse de caractère. Le fait que le recourant dispose à présent de revenus suffisants n'est pas déterminant: il travaillait et gagnait suffisamment en effet déjà à l'époque où il a commis ces délits. En outre, le Tribunal fédéral relève que le recourant a conservé un emploi dans le même milieu que celui dans lequel il vendait auparavant de la drogue. Dans ces circonstances, et nonobstant l'appréciation du juge pénal, qui a fondé son pronostic sur le repentir et la prise de conscience du recourant, le Tribunal fédéral considère qu'il peut être retenu à l'encontre de ce dernier un risque vraisemblable de récidive. Le Tribunal fédéral précise que le risque de récidive est apprécié rigoureusement en matière de délits liés à la drogue en raison de l'atteinte à la santé de nombreuses personnes que ces infractions peuvent engendrer.

Rappelant «l'intérêt public prépondérant justifiant l'éloignement de Suisse d'un étranger mêlé au commerce de stupéfiants», le Tribunal fédéral a toutefois admis le recours déposé par une ressortissante belge condamnée à 18 mois d'emprisonnement par un tribunal français pour trafic de stupéfiants contre la décision de refus de renouvellement de son titre de séjour<sup>69</sup>. Il a en effet jugé que le risque de récidive n'était pas réalisé en l'espèce compte tenu des éléments suivants: la vie rangée que mène la recourante en Suisse, pays qu'elle a rejoint une fois sa peine purgée en France et où résident sa sœur et son frère; sa bonne intégration professionnelle; l'absence de récidive depuis sa condamnation, qui semble pouvoir être qualifiée d'erreur de jeunesse puisque la recourante avait agi sur instigation de son petit ami. Le fait qu'elle partage actuelle-

<sup>68</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 11 janvier 2010, réf. 2C\_394/2009.

<sup>69</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 17 juin 2009, réf. 2C\_15/2009. La citation se réfère au consid. 4.2.

ment sa vie avec une personne ayant également été condamnée à une peine privative de liberté pour infractions à la LStup ne « saurait concrétiser la menace réelle et actuelle pour l'ordre public »<sup>70</sup>. L'emploi d'un faux certificat de travail et le fait que la recourante n'a pas mentionné sa condamnation pénale lors de ses demandes de permis plaident certes en défaveur de la recourante mais ne sont pas suffisamment importants pour que le risque de récidive apparaisse comme réalisé.

Outre les délits liés à la drogue, le Tribunal fédéral adopte également une politique sévère en matière d'actes de violence<sup>71</sup>. Ainsi, dans un arrêt 25 février 2010<sup>72</sup>, il a rejeté le recours déposé par un ressortissant français contre l'interdiction d'entrée en Suisse pendant 10 ans prononcée en 2005 à son encontre à la suite d'une condamnation, par un tribunal français, à cinq ans d'emprisonnement pour un brigandage commis en 2000. Le Tribunal fédéral commence par examiner la compatibilité de la décision d'interdiction d'entrée avec l'ALCP et souligne la lourde peine à laquelle a été condamné le recourant, laquelle correspond à une gravité « exceptionnelle » des faits. Il conclut à une tendance indéniable à la récidive en citant les juges français qui évoquent « les risques évidents de voir les prévenus poursuivre dans la voie d'une délinquance toujours plus chevronnée et plus violente », alors que le jugement ne mentionne précisément aucune condamnation antérieure. Le risque de récidive est renforcé par l'absence d'effet dissuasif qu'ont eu une condamnation antérieure en Suisse à 14 jours d'emprisonnement pour tentative d'escroquerie et une première interdiction d'entrée en Suisse à la suite de cette condamnation. Bien que les faits ayant donné lieu à la condamnation pour brigandage remontent à près de dix ans, le Tribunal fédéral conclut que le recourant représente encore actuellement une menace pour l'ordre public. Il relève encore le manque d'effort d'insertion manifesté par le recourant.

Le Tribunal fédéral examine ensuite la compatibilité de l'interdiction d'entrée avec la LSEE, afin de vérifier si le droit interne est plus favorable au recourant que l'ALCP. Tel n'est pas le cas, puisqu'en vertu de l'article 13, alinéa 1, LSEE, les conditions d'une interdiction d'entrée sont réunies.

Enfin, la compatibilité de la décision litigieuse est examinée à la lumière du droit à la vie privée et familiale garanti par l'article 8 CEDH. Le Tribunal fédéral souligne que la peine excède la durée de deux ans qui justifie, en règle géné-

<sup>70</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 17 juin 2009, réf. 2C\_15/2009, consid. 4.2.

<sup>71</sup> Voir également, en plus de l'arrêt du 25 février 2010 évoqué ci-dessous, l'arrêt du Tribunal fédéral du 21 juin 2010, réf. 2C\_799/2009. Il concerne la révocation de l'autorisation de séjour d'un ressortissant de la République dominicaine, après avoir été condamné à 60 jours d'emprisonnement avec sursis pour infractions à la LStup et à 3 ans d'emprisonnement pour lésions corporelles graves.

<sup>72</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 25 février 2010, réf. 2C\_664/2009.

rale, le refus d'une autorisation de séjour quelles que soient les difficultés d'un regroupement familial<sup>73</sup>. L'autorité inférieure n'a pas constaté qu'il serait difficile à l'épouse et à la fille du recourant de le rejoindre en France. De plus, ce dernier habitant à proximité de Genève, les contacts familiaux peuvent subsister même si l'épouse continue de résider en Valais. Relevant une fois encore la gravité des faits et la lourde peine à laquelle le recourant a été condamné, le Tribunal fédéral conclut à la compatibilité de la mesure d'interdiction avec l'article 8 CEDH et au respect du principe de proportionnalité.

L'ancienneté des faits dans l'affaire présentée ci-dessus (dix ans) n'a pas été suffisante, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, pour contester l'actualité de la menace représentée par l'intéressé. L'ancienneté des condamnations (les plus lourdes datant de plus de 30 ans) semble en revanche avoir été le critère décisif, dans une autre affaire jugée en 2010, pour admettre le recours d'un ressortissant allemand contre la révocation de son autorisation de séjour<sup>74</sup>. Cette révocation est intervenue après que les autorités administratives aient découvert l'existence de 17 condamnations pénales prononcées contre le recourant en Allemagne entre 1972 et 2007, lesquelles avaient été tenues cachées par le recourant au moment de son arrivée en Suisse pour exercer une activité indépendante. Outre l'ancienneté des condamnations, le Tribunal fédéral a retenu que les faits délictueux n'étaient pas particulièrement graves et que le comportement du recourant depuis son arrivée en Suisse était correct. Dans ces conditions, le risque de récidive ne peut pas apparaître comme important.

Il est intéressant de souligner que le Tribunal fédéral, examinant l'argument des autorités inférieures selon lequel il est douteux que le recourant dispose d'un revenu régulier, précise que la situation du recourant au regard de la validité de son séjour en Suisse pourra être revue s'il commet de nouvelles infractions ou s'il vient à dépendre de l'aide sociale<sup>75</sup>. Il est de jurisprudence constante que le fait de tomber à la charge de l'assistance publique ne constitue pas un motif d'ordre public au sens de l'article 5 de l'annexe I ALCP<sup>76</sup>. Pour que cette circonstance puisse justifier le refus du renouvellement de l'autorisation de séjour du recourant, il faudrait par exemple qu'il doive être considéré comme une personne sans activité lucrative ne disposant pas de revenus suffisants au sens de l'article 24, alinéa 1, lettre a, de l'annexe I ALCP.

Dans la chronique 2009, nous mentionnions que le Tribunal fédéral avait admis qu'un comportement qui n'est pas constitutif d'une infraction peut

<sup>73</sup> ATF 134 II 10, consid. 4.2 et 4.3.

<sup>74</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 11 juin 2010, réf. 2C\_713/2009.

<sup>75</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 11 juin 2010, réf. 2C\_713/2009, consid. 4.2.

<sup>76</sup> ATF 131 II 339, consid. 4.4 et les références citées.

constituer une menace grave pour la société<sup>77</sup>. Le Tribunal fédéral a confirmé la compatibilité avec l'article 5 de l'annexe 1 ALCP du refus de la prolongation d'une autorisation de séjour pour exercice d'une activité indépendante en se fondant non seulement sur les condamnations pénales du recourant pour infractions à la loi sur les armes, tentative d'extorsion et lésions corporelles intentionnelles à plus de deux ans de prison, lesquelles correspondent à une lourde culpabilité et dénotent une énergie criminelle considérable, mais également sur l'activité exercée par le recourant elle-même<sup>78</sup>. Il relève que les services de recouvrement de créances qu'offre le recourant, avec une spécialité pour les «créances russes», présentent le danger de tomber dans le domaine de la contrainte; le site internet du recourant fait d'ailleurs clairement allusion à des méthodes particulièrement agressives. Au vu de la condamnation du recourant pour des actes de violence commis à l'occasion du recouvrement de créances, les pratiques commerciales décrites sur son site internet témoignent d'un comportement personnel qui rend vraisemblable une sérieuse délinquance future et représente ainsi une menace grave et actuelle à l'ordre et à la sécurité publics. Dans le cadre de l'examen de la proportionnalité de la mesure, le Tribunal fédéral souligne que le recourant, qui au demeurant possède également une entreprise similaire en Allemagne, ne s'est pas intégré ni professionnellement ni personnellement en Suisse.

#### **b. Respect du principe de proportionnalité**

Nous avons évoqué dans la chronique 2008 le «déalage»<sup>79</sup> entre le régime de l'ALCP et les prescriptions en matière d'ordre public valables dans l'UE en vertu de la directive 2004/38<sup>80</sup>. Conformément à l'article 28 de la directive en effet, les citoyens de l'UE et les membres de leur famille qui ont acquis un droit de séjour permanent (octroyé après un séjour légal d'une période ininterrompue de cinq ans<sup>81</sup>) ne peuvent faire l'objet d'une mesure d'éloignement que pour des motifs *graves* d'ordre public ou de sécurité publique (al. 2); les citoyens de l'Union ayant séjourné dans l'Etat membre d'accueil pendant les dix années

<sup>77</sup> RSDIE 4/2009 p. 1–37, p. 28 s., qui commente l'arrêt du Tribunal fédéral du 15 septembre 2008, réf. 2C\_396/2008.

<sup>78</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 23 avril 2010, réf. 2C\_596/2010.

<sup>79</sup> BORGHI ALVARO, *La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE. Commentaire article par article de l'accord du 21 juin 1999*, Genève/Lugano/Bruxelles (Edis), 2010, p. 116, pt 250, qui relève également, au nombre des décalages, le droit, prévu dans la directive, pour la personne contre laquelle une mesure d'interdiction du territoire a été prise d'introduire une demande de levée de l'interdiction après un délai raisonnable, en tout cas après trois ans à compter de l'exécution de la décision définitive (art. 32 de la directive).

<sup>80</sup> RSDIE 4/2008 p. 351–386, p. 375.

<sup>81</sup> Art. 16, al. 1, directive 2004/38.

précédentes ne peuvent être expulsés que pour des *raisons impérieuses de sécurité publique* (al. 3, let. a). Le préambule de la directive 2004/38 indique que seules des « circonstances exceptionnelles » peuvent justifier une décision d'éloignement à l'encontre des citoyens de l'Union ayant séjourné pendant de longues années sur le territoire de l'Etat membre d'accueil<sup>82</sup>. Selon l'Avocat général Bot, la notion de « raisons impérieuses de sécurité publique » vise à souligner « le caractère nécessaire et proportionnel des raisons qui fondent la mesure nationale en cause »<sup>83</sup>; la Cour de justice a précisé que l'expression « raisons impérieuses » est une notion « considérablement plus stricte que celle de « motifs graves » au sens du paragraphe 2 » et qu'elle exprime le « degré de gravité particulièrement élevé » que doit présenter l'atteinte à la sécurité publique<sup>84</sup>.

On peut se demander si ces conditions restrictives seraient remplies dans une affaire jugée le 15 juin 2009 par le Tribunal fédéral : un ressortissant espagnol ayant vécu 14 ans en Suisse (plus cinq années en tant que saisonnier), titulaire d'un permis d'établissement, a été expulsé après avoir reçu deux condamnations pour différentes infractions à la LCR et écopé d'une peine privative de liberté de trois ans pour infractions à la LStup, blanchiment d'argent et infractions à la loi sur les armes<sup>85</sup>.

En premier lieu, le Tribunal fédéral confirme la conformité de l'expulsion prononcée par l'Office des migrations du canton de Berne aux articles 10 et 11 LSEE. S'agissant plus précisément de l'analyse de la proportionnalité de la mesure sous l'angle de l'article 11, alinéa 3, LSEE, il souligne la ligne sévère qu'il adopte en matière de lutte contre la drogue, d'autant plus qu'en l'espèce les infractions qualifiées à la LStup portent sur la participation à la vente d'une grande quantité de cocaïne (environ 2 kg). Relevant notamment la tentative de dissimuler l'origine du produit du commerce de la drogue par l'utilisation d'un compte à l'étranger, le Tribunal fédéral a retenu que les mobiles du recourant étaient purement financiers et égoïstes et indiqué que sa consommation propre, sans aucun autre indice, ne permettait pas de conclure à une forte dépendance. Les infractions à la loi sur les armes et à la LCR constituent également des violations sérieuses à l'ordre public. Selon le Tribunal fédéral, les éléments plaçant en faveur du maintien du séjour en Suisse du recourant ne pèsent pas lourd : ses 14 années de présence en Suisse doivent être relativisées par ses deux années passées en détention ; il est célibataire et sans enfant ; ses plus proches

<sup>82</sup> Consid. 24 du préambule de la directive 2004/38.

<sup>83</sup> Conclusions de l'avocat général Bot, présentées le 8 juin 2010, dans l'affaire *Tsakouridis*, aff. C-145/09, encore non publiées au Recueil, § 84.

<sup>84</sup> CJUE, arrêt *Tsakouridis* du 23 novembre 2010, aff. C-145/09, non encore publié au Recueil, § 41.

<sup>85</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 15 juin 2009, réf. 2C\_624/2008.

parents vivent en Espagne ; sa relation avec une petite amie en Suisse a débuté alors que son séjour en Suisse était déjà menacé et le couple ne fait pas ménage commun ; il maintient principalement en Suisse des contacts avec les communautés espagnole et italienne. Le fait que le comportement du recourant n'a pas donné lieu à des reproches depuis sa libération et qu'il a trouvé un emploi stable lui permettant de subvenir à ses besoins et d'atténuer ses dettes n'est pas décisif.

En second lieu, le Tribunal fédéral examine la compatibilité de l'expulsion avec l'ALCP, dans le cadre duquel le risque de récidive est l'élément déterminant. Il souligne que le recourant a été impliqué dans le commerce de cocaïne de manière répétée et sur une longue période et qu'il a de plus été condamné pour d'autres infractions. Les instances inférieures ont établi que l'activité délictueuse aurait perduré si la police n'était pas intervenue. Etant donné que le recourant a été condamné précédemment sans que cela le détourne de commettre d'autres infractions, et qu'il a consommé de la drogue avec une certaine régularité pendant vingt ans, il ne saurait être conclu à un écart de conduite unique ni à une réputation irréprochable. Son comportement correct depuis sa libération conditionnelle doit être relativisé dans la mesure où il était sous le coup d'un délai d'épreuve ; son intégration professionnelle encourageante également doit être relativisée par le fait qu'il exerçait pareillement une activité rémunératrice au moment où il était impliqué dans le commerce de drogue. La mesure d'expulsion est donc jugée compatible avec l'article 5 de l'annexe 1 ALCP.

Outre l'illustration du décalage potentiel entre l'ALCP et le régime de la directive 2004/38 concernant l'appréciation de la proportionnalité des mesures d'éloignement, cet arrêt confirme, une fois de plus, l'approche sévère développée par les autorités administratives et judiciaires en matière de délits liés à la drogue évoquée au chapitre précédent.

Dans un arrêt ultérieur concernant un ressortissant portugais condamné au total à plus de 9 ans d'emprisonnement pour des délits divers, dont certains fort graves (crime manqué de meurtre, brigandage, mise en danger de la vie d'autrui), le Tribunal fédéral a commencé son analyse par l'examen de la compatibilité de la mesure d'éloignement avec l'ALCP<sup>86</sup>. Soulignant que l'activité délictuelle du recourant s'est étendue sur plus de 10 ans, le Tribunal fédéral relève la gravité des infractions commises et le fait que le recourant s'est montré incapable de se conformer à l'ordre juridique suisse. Dans ces circonstances, le fait qu'il respecte les conditions encadrant sa libération conditionnelle et qu'il soit bien intégré professionnellement n'empêche pas la réalisation du

<sup>86</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 10 juin 2010, réf. 2C\_791/2009.

risque de récidive. Le Tribunal fédéral vérifie ensuite si la mesure d'éloignement respecte le principe de proportionnalité (dans le cadre de son examen de la compatibilité de la mesure litigieuse à la LSEE). Le fait que le recourant a passé plus de 25 ans en Suisse est relativisé par les quelques années passées en prison. Le Tribunal fédéral ajoute (lapidement) que les liens du recourant, qui est divorcé, avec la Suisse sont lâches et qu'il n'est pas établi qu'il n'ait plus de famille au Portugal. En conséquence, le Tribunal fédéral considère que la mesure d'éloignement respecte le principe de proportionnalité.

### 3. Droit fiscal – Steuerrecht

Un développement jurisprudentiel intéressant en matière fiscale mérite d'être présenté dans la présente chronique<sup>87</sup>.

L'affaire concerne un comptable de nationalité suisse, qui a continué à travailler principalement à Genève malgré son déménagement en Haute Savoie en 2001. Depuis cette date, il est en litige avec l'administration fiscale genevoise et a interjeté deux recours en matière de droit public au Tribunal fédéral portant sur ses taxations 2001 à 2007. Parmi les 27 conclusions formulées, il se plaint d'une violation de l'ALCP en raison de l'impossibilité de faire valoir certaines déductions.

Dans un premier temps, après avoir établi que la Suisse est compétente pour imposer les revenus du recourant conformément à la Convention de double imposition conclue avec la France<sup>88</sup>, le Tribunal fédéral explique la distinction entre imposition ordinaire et imposition à la source à laquelle il est procédé en Suisse sur la base de la LIFD et de la LHID<sup>89</sup>. En l'espèce, en vertu de l'article 91 de la LIFD, le recourant est soumis à l'impôt à la source sur son activité exercée en Suisse. Contrairement au contribuable soumis à une imposition ordinaire, le recourant ne peut pas dans le canton de Genève obtenir la déduction de ses dépenses effectives en matière de frais professionnels ni celle de ses primes et cotisations d'assurances effectives, qui sont établies forfaitairement<sup>90</sup>.

<sup>87</sup> ATF 136 II 241. Voir également l'arrêt du Tribunal fédéral du 23 novembre 2010, réf. 2C\_21/2010.

<sup>88</sup> RS 0.672.934.91.

<sup>89</sup> Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD), RS 642.11 ; loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID), RS 642.14.

<sup>90</sup> Art. 86 LIFD ainsi que le règlement cantonal d'application de la loi sur l'imposition à la source des personnes physiques et morales (RISP), RS GE D 3 20.01. Ce règlement permet la prise en compte de certaines déductions supplémentaires, à savoir certains versements à des institutions de prévoyance professionnelle, certaines pensions alimentaires et contributions d'entretien et certains frais de garde. Ces postes ne recouvrent pas toutes les déductions que peuvent faire valoir les contribuables sujets à une imposition ordinaire.

Dans un second temps, le Tribunal fédéral examine le grief du recourant selon lequel le système d'imposition à la source pratiqué dans le canton de Genève est contraire à l'ALCP. Premièrement, il rappelle qu'un ressortissant suisse peut invoquer l'ALCP à l'encontre de son propre Etat national, pour autant qu'il ait fait usage de la liberté de circulation, ce qui est le cas en l'espèce. Deuxièmement, pour déterminer la mesure dans laquelle la fiscalité directe est soumise à l'ALCP, le Tribunal fédéral commence par souligner les diverses expressions du principe d'égalité de traitement contenues dans l'accord (et notamment l'art. 2 ALCP, qui établit le principe général, et l'art. 9, al. 2 de l'annexe 1 qui l'affirme en faveur des travailleurs salariés), qui correspondent à des dispositions du droit de l'Union européenne, ainsi que l'obligation de prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice antérieure à la date de signature de l'accord ancrée à l'article 16 ALCP. Le Tribunal fédéral se réfère ensuite à la jurisprudence de la Cour de justice, qui confirme que «si la fiscalité directe relève de la compétence des Etats membres, il n'en demeure pas moins que ces derniers doivent l'exercer dans le respect du droit communautaire»<sup>91</sup>. Concrètement, la Cour de justice a reconnu que, en principe, la situation des résidents et celle des non-résidents n'est pas comparable et, qu'en conséquence, accorder des avantages fiscaux aux seuls résidents n'est pas discriminatoire. Toutefois, s'il est établi, nonobstant sa résidence dans un autre Etat membre, qu'un non-résident se trouve dans une situation comparable à celle d'un résident, alors il doit être traité de la même manière. C'est notamment le cas lorsqu'il reçoit la totalité ou la quasi-totalité de ses revenus dans l'Etat où il travaille<sup>92</sup>. Relevant que l'exception d'ordre public ne joue pas de rôle en matière de fiscalité et que la justification tirée de la cohérence du système fiscal n'a été admise qu'une seule et unique fois<sup>93</sup>, le Tribunal fédéral conclut qu'«il n'y a par conséquent guère de motifs qui permettent à une législation nationale de discriminer les travailleurs salariés communautaires en matière de fiscalité directe»<sup>94</sup>. Enfin, le Tribunal fédéral indique que la doctrine suisse considère que les non-résidents réalisant plus de 90% de leur revenu en Suisse doivent être qualifiés de «quasi-résidents» et être traités de la même manière que des résidents afin que leur situation personnelle et familiale soit prise en considération.

<sup>91</sup> Le Tribunal fédéral cite les arrêts de la Cour de justice *Schumacker* du 14 février 1995, aff. C-279/93, Rec. 1995, p. I-225; *Wielockx* du 11 août 1995, aff. C-80/94, Rec. 1995, p. I-2493; *Asscher* du 27 juin 1996, aff. C-107/94, Rec. 1996, p. 3089 et *Zurstrassen* du 16 mai 2000, aff. C-87/99, Rec. I-3337.

<sup>92</sup> CJCE, arrêt *Wielockx* du 11 août 1995, aff. C-80/94, Rec. 1995, p. I-2493, § 22.

<sup>93</sup> CJCE, arrêt *Bachman* du 28 janvier 1992, aff. C-204/90, Rec. 1992, p. I-249.

<sup>94</sup> ATF 136 II 241, consid. 13.4.

Troisièmement, le Tribunal fédéral examine la portée de l'article 21 ALCP, et en particulier de son alinéa 2, qui prévoit qu'« aucune disposition du présent accord ne peut être interprétée de manière à empêcher les parties contractantes d'établir une distinction, 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 résidence ». Il indique que cette disposition constitue un renvoi à la jurisprudence de la Cour de justice, et notamment à l'arrêt *Schumacker* qui est cité par le Conseil fédéral dans son Message sur l'ALCP<sup>95</sup>. En l'espèce, étant donné que le recourant retire plus de 90% de ses revenus en Suisse, il se trouve dans la même situation, par rapport à l'impôt sur le revenu, qu'un travailleur résident en Suisse. L'impossibilité pour lui de faire valoir les mêmes déductions que celles accordées aux contribuables résidents, en particulier les dépenses effectives pour les frais de transport entre son lieu de résidence et son lieu de travail, constitue donc une discrimination contraire aux articles 2 ALCP et 9, alinéa 2, de l'annexe 1 ALCP. Le droit international public l'emporte sur le droit interne, à savoir en l'occurrence la LHID, la LFID et le droit cantonal contraire. En conséquence, les articles 2 ALCP et 9, alinéa 2, de l'annexe 1 ALCP étant d'effet direct, le recourant doit se voir appliquer, dans le cadre de son imposition à la source, les mêmes déductions fiscales que les contribuables résidents.

Dans son analyse sur la compatibilité du système suisse avec l'ALCP, le Tribunal fédéral relève que le raisonnement du Conseil fédéral, exprimé en 1999 dans son Message sur l'ALCP, est erroné quand il fonde la compatibilité avec le principe d'égalité de traitement du système d'imposition à la source prévu dans la législation suisse sur le fait que ce système est également valable pour les citoyens suisses. Le principe de non-discrimination ne prohibe en effet pas seulement les discriminations fondées sur la nationalité, mais également les

<sup>95</sup> Message du Conseil fédéral, du 23 juin 1999, relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999 5440, 5658. L'affaire *Schumacker* (arrêt du 14 février 1995, aff. C-279/93, Rec. 1995, p. I-225) concerne le cas de M. Schumacker, ressortissant belge résidant en Belgique, qui perçoit l'intégralité de ses revenus en Allemagne. Aux termes de la convention bilatérale germano-belge, l'Allemagne est dans ce cas compétente pour l'imposition sur les revenus; la législation allemande distingue les contribuables intégralement assujettis des contribuables partiellement assujettis en fonction de leur lieu de résidence. En tant qu'assujetti partiel, M. Schumacker est imposé à la source et ne peut bénéficier de certains avantages accordés aux contribuables assujettis intégralement. Il ne bénéficie en particulier pas du *splitting* permettant aux contribuables mariés d'atténuer la progressivité du barème de l'impôt. La Cour de justice a jugé que la non-prise en compte de sa situation personnelle et familiale, ni en Belgique, ni en Allemagne, alors que l'essentiel des revenus familiaux sont perçus en Allemagne, ainsi que le refus d'un décompte annuel exact permettant de faire valoir certaines dépenses, tels les frais professionnels, susceptible d'entraîner un remboursement partiel de l'impôt, constituent des discriminations injustifiées prohibées par le droit de l'Union européenne.

formes dissimulées de discriminations fondées sur d'autres critères mais qui aboutissent au même résultat. On pourra ajouter que le Conseil fédéral, dans son appréciation des effets de l'ALCP sur la fiscalité directe suisse, se fourvoyait quand, évoquant la clause de non-discrimination prévue dans l'accord, il prétendait que « sa portée ne devrait pas être très grande »<sup>96</sup>. De plus, il a pêché par manque de précision quand il a imaginé, s'agissant précisément de la compatibilité du système d'imposition à la source avec l'ALCP, que la possibilité de déductions forfaitaires suffisait à satisfaire l'exigence d'égalité de traitement avec des situations comparables ouvrant le droit à des déductions effectives. Son argument était que le système suisse correspond « en gros » aux exigences de la Cour de justice<sup>97</sup>.

Cet arrêt du Tribunal fédéral, qui doit être salué<sup>98</sup>, laisse plusieurs questions ouvertes, notamment celle de la compatibilité du système d'imposition à la source pour les ressortissants des Etats membres de l'UE/AELE, résidents en Suisse mais non titulaires d'un permis d'établissement<sup>99</sup>. Le Tribunal fédéral indique en effet que l'article 21, alinéa 3, ALCP, qui réserve l'application de mesures destinées à assurer l'imposition, le paiement et le recouvrement effectif des impôts ou à éviter l'évasion fiscale, justifie en principe le système d'imposition à la source<sup>100</sup>. Cette disposition ne saurait toutefois justifier une discrimination fondée sur la seule nationalité des contribuables<sup>101</sup>. L'arrêt du Tribunal fédéral, rendu le 26 janvier 2010, est appelé à avoir d'importantes répercussions, étant précisé toutefois qu'il ne concerne pas tous les frontaliers français travaillant en Suisse. En vertu d'un accord de 1983, les frontaliers français travaillant dans les cantons de Berne, Soleure, Bâle-Ville, Bâle-Campagne, Vaud, Valais, Neuchâtel et Jura ne sont pas soumis au système d'imposition à la source: l'accord prévoit que la France est seule compétente pour imposer ces

<sup>96</sup> Message du Conseil fédéral, du 23 juin 1999, relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999 5440, 5657.

<sup>97</sup> Message du Conseil fédéral, du 23 juin 1999, relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999 5440, 5658.

<sup>98</sup> Des décisions antérieures des autorités administratives genevoises, dans des affaires semblables, avaient suscité des critiques véhémentes, voir notamment LAMENSCH MARIE/VAN THIEL SERVAAS (éd.), *Swiss Court denies European Frontier Workers their « Schumacker » Rights (Comment on the 31 August 2009 Decision of the Geneva-Based « Commission cantonale de recours en matière administrative » in the « Boitelle » Case)*, Intertax 2010, vol. 38, n° 2, p. 93–104.

<sup>99</sup> Ces contribuables sont imposés à la source conformément aux art. 83 ss LIFD et 32 ss LHID. Voir HEUBERGER RETO/OESTERHELT STEFAN, *Swiss Salary Withholding Tax violates Free Movement of Persons Agreement with the European Union*, European Taxation 2010, p. 285–294, p. 292 ss.

<sup>100</sup> ATF 136 II 241, consid. 14.3 et 16.2.

<sup>101</sup> Voir également le Message du Conseil fédéral, du 23 juin 1999, relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999 5440, 5658, qui évoque cette incompatibilité dans le cadre de l'examen de l'art. 21, al. 2, ALCP.

contribuables, moyennant une compensation financière pour la Suisse de 4,5% de la masse totale des rémunérations brutes annuelles des travailleurs frontaliers<sup>102</sup>.

Avant cet arrêt de principe du Tribunal fédéral, l'incompatibilité avec l'ALCP d'un système d'imposition à la source ne permettant que des déductions limitées par rapport aux déductions accordées dans le cadre de l'imposition ordinaire avait déjà été évoquée par de nombreux auteurs<sup>103</sup>. Outre la mise en place d'une procédure permettant l'octroi des mêmes déductions dans les deux systèmes d'imposition, une autre solution a été suggérée pour mettre fin à la discrimination constatée par le Tribunal fédéral dans son arrêt du 26 janvier 2010, à savoir l'introduction d'un système d'imposition à la source généralisé sur tous les revenus provenant d'une activité lucrative dépendante exercée en Suisse<sup>104</sup>. Il est à noter qu'avant le prononcé de l'arrêt du Tribunal fédéral, le Tribunal administratif du canton de Genève a admis, dans un arrêt du 1<sup>er</sup> décembre 2009, que le système suisse d'imposition à la source était susceptible de provoquer un résultat contraire au principe de l'interdiction de l'arbitraire garanti par l'article 9 de la Constitution fédérale. Dans le cas soumis au Tribunal administratif, le simple changement de résidence, et le changement de système d'imposition qui lui est associé, avait provoqué un triplement de l'impôt sur le revenu<sup>105</sup>.

#### 4. Sécurité sociale – Soziale Sicherheit

Les arrêts rendus en matière de sécurité sociale durant l'année écoulée confirment, pour la plupart, les principes posés par la jurisprudence antérieure.

<sup>102</sup> Art. 1 et 2 de l'accord entre le Conseil fédéral Suisse et le Gouvernement de la République française relatif à l'imposition des rémunérations des travailleurs frontaliers, FF 1983 II 559.

<sup>103</sup> Voir notamment les références citées par HEUBERGER RETO/OESTERHELT STEFAN, *Swiss Salary Withholding Tax violates Free Movement of Persons Agreement with the European Union*, European Taxation 2010, p. 285–294, p. 285, note 1.

<sup>104</sup> RIVIER JEAN-MARC, *L'égalité devant l'impôt des travailleurs suisses et étrangers*, Archives de droit fiscal suisse 2002/2003, vol. 71, n° 3, p. 97–123, p. 123; OBERSON XAVIER, *Droit fiscal suisse*, Bâle (Helbing Lichtenhahn), 2007, 3<sup>e</sup> éd. entièrement revue et augmentée, § 13, n° 8, p. 245; voir également le postulat déposé par le Conseiller national Hugues Hiltbold le 15 juin 2010, « Application de l'impôt à la source à l'ensemble des salariés et rentiers en Suisse », réf. 10.3445. Dans sa réponse du 18 août 2010, le Conseil fédéral propose de rejeter le postulat, en invoquant les lourdes conséquences pour l'économie qu'aurait l'introduction d'un impôt à la source général. Il indique également que la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats a demandé en janvier 2010 à l'Administration de procéder à un sondage auprès des cantons pour déterminer l'opportunité et la faisabilité d'introduire un tel impôt.

<sup>105</sup> Arrêt du Tribunal administratif du 1<sup>er</sup> décembre 2009, réf. ATA/633/2009.

En matière d'assurance-invalidité et dans le cadre de l'analyse des cinq conditions permettant de se prévaloir du principe de la bonne foi, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de relever que sa jurisprudence relative à la prise en charge d'une formation scolaire spéciale<sup>106</sup> n'était pas un revirement de jurisprudence, assimilable à une modification de la loi, mais résultait de la simple application du droit communautaire repris dans le contexte de l'ALCP<sup>107</sup>.

S'agissant de l'assurance-chômage, le Tribunal fédéral a posé des limites quant à l'application de la jurisprudence *Miethe* de la Cour de justice<sup>108</sup> qui prévoit la faculté pour les « faux frontaliers » de réclamer des prestations de l'Etat du dernier emploi. Un assuré dont le dernier emploi avait été exercé au Maroc ne pouvait pas s'en prévaloir car il n'entrait manifestement pas dans la définition du travailleur frontalier au sens de l'article 1<sup>er</sup>, lettre b, du règlement n° 1408/71<sup>109</sup>.

Concernant l'assujettissement en matière AVS, le Tribunal fédéral a rappelé que le régime communautaire met en place un système de coordination, selon lequel la personne qui exerce une activité non salariée sur le territoire de deux ou plusieurs Etats membres est soumise à la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel elle réside, si elle exerce une partie de son activité sur le territoire de cet Etat membre (article 14<sup>bis</sup>, paragraphe 2, règlement n° 1408/71). Il n'y a pas d'inégalité de traitement même si l'intéressé doit supporter des charges plus lourdes que s'il était assujéti dans l'Etat dans lequel il exerce l'autre partie de son activité mais sans y résider<sup>110</sup>.

Du point de vue procédural, les règles reprises dans l'ALCP ne font pas obstacle à ce qu'une décision d'un tribunal suisse soit notifiée par la poste au domicile allemand de l'assuré conformément à l'article 32 de la Convention de sécurité sociale du 25 février 1964 conclue avec l'Allemagne<sup>111</sup>.

Deux décisions méritent une attention particulière. L'une porte sur l'absence de coordination entre l'assurance-accident de l'employeur et l'assurance privée maladie d'un frontalier qui a exercé son droit d'option. L'autre a trait à la notion de membres de la famille dans le contexte de prestations de l'assurance-invalidité.

<sup>106</sup> ATF 132 V 184.

<sup>107</sup> Arrêt 9C\_695/2008 du 4 février 2009.

<sup>108</sup> CJCE, arrêt *Miethe*, aff. 1/85, Rec. 1986, p. 1837.

<sup>109</sup> Arrêt 8C\_938/2008 du 22 septembre 2009.

<sup>110</sup> Arrêt 9C\_33/2009 du 2 septembre 2009.

<sup>111</sup> Arrêt 8C\_511/2008 du 6 juillet 2009.

**a. Coordination entre la LAA et l'assurance-maladie privée de l'état de résidence d'un frontalier qui a fait usage de son droit d'option<sup>112</sup> – *Koordination zwischen dem UVG und einer Privat-Krankenversicherung eines Grenzgängers, der sein Bezugsrecht ausgeübt hat***

Un frontalier français, domicilié en France mais travaillant en Suisse, était assuré en matière d'assurance-accidents professionnels et non professionnels par son employeur auprès de la CNA, d'une part, et avait exercé son droit d'option pour être assuré en matière de soins pour maladie par un assureur privé français<sup>113</sup>, d'autre part.

Au cours d'un match de rugby, il avait ressenti des douleurs rachidiennes qui s'étaient par la suite aggravées. Une intervention chirurgicale avait été pratiquée dans un hôpital suisse que la CNA a refusé de prendre en charge au motif que l'événement annoncé ne présentait pas les caractéristiques d'un accident. Pour sa part, l'assureur maladie privé français a également refusé de prester au motif qu'une intervention en Suisse était « hors contrat » et que la hernie discale dont il souffrait était considérée par les experts français comme un accident si elle intervenait dans les trois premiers mois.

L'assuré fait valoir un conflit négatif de compétence. Le droit d'option pour les frontaliers instauré par l'ALCP conduit à une lacune en ce qui concerne l'entraide. Il appartiendrait à la CNA, qui est l'organisme pour l'assurance-accidents, de prendre en charge le traitement et d'entreprendre au besoin les démarches nécessaires en vue de se faire rembourser par l'assureur privé français.

Le Tribunal fédéral relève tout d'abord que les règles d'entraide entre Etat de résidence et Etat compétent pour les prestations en nature<sup>114</sup> ne s'appliquent pas lorsque le frontalier a opté pour l'assurance-maladie de son Etat de résidence. Dans ce cas, l'Etat compétent et l'Etat de résidence coïncident. Incidemment, il observe qu'en tout état de cause, l'organe de liaison pour les accidents non professionnels ou pour la maladie serait l'Institution commune de la LA-Mal et non pas la CNA.

<sup>112</sup> Arrêt 8C\_66/2009 du 7 septembre 2009.

<sup>113</sup> Conformément à l'article 89 du règlement 1408/71, l'annexe VI dudit règlement régit les modalités particulières d'application des législations de certains Etats membres. Cette annexe a été complétée par la Section A de l'annexe II de l'ALCP. Il en ressort notamment que les personnes soumises aux dispositions légales suisses peuvent être exemptées de la LAMal en tant qu'elle réside notamment en France et qu'elles peuvent prouver qu'elles y bénéficient d'une couverture en cas de maladie. Cette faculté existe pour les frontaliers français.

<sup>114</sup> Article 19 ss du règlement 1408/71.

Il examine ensuite si la législation applicable comporte une lacune en ce qui concerne l'entraide. Après avoir relevé qu'il ne dispose pas de la faculté de poser une question préjudicielle à la CJCE, le Tribunal fédéral examine la question au regard des dispositions de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, singulièrement son article 31.

Le Tribunal fédéral aboutit à la conclusion que tel n'est pas le cas. L'exercice du droit d'option exclut, par principe, une coordination des prestations de l'assurance-maladie. Bien que cette faculté puisse conduire à des lacunes d'assurance, il n'appartient pas à l'institution de l'Etat, dont la personne est précisément exemptée de l'assurance, obligatoire d'assumer les conséquences de ce risque. Cela reviendrait à créer à la charge de l'Etat une assurance subsidiaire destinée à combler des lacunes de couverture. Une telle subsidiarité ne relève pas de la coordination des prestations selon le droit communautaire tel qu'il est aménagé dans les relations franco-suisse.

Notre Cour suprême examine encore la question sous l'angle de l'article 114 du règlement n° 574/72, qui règle la question du versement provisoire de prestations en cas de contestation de la législation applicable ou de l'institution appelée à servir les prestations, pour parvenir à la conclusion que l'intéressé bénéficie, dans ce cas, des prestations prévues par la législation par appliquée l'institution de son lieu de résidence. Dès lors et dans l'hypothèse où le cas nécessiterait une coordination sous l'angle du droit communautaire, une prise en charge provisoire incomberait à l'institution française.

**b. Notion de membres de la famille et droit interne –**  
*Begriff der Familienangehörigen und innerstaatliches Recht*<sup>115</sup>

Une ressortissante portugaise, née le 3 octobre 1986 et atteinte d'une encéphalopathie sévère et d'une infirmité motrice cérébrale, est arrivée en Suisse, accompagnée de sa mère, le 23 juillet 1994. Le 11 mars 2004, elle a présenté une demande de prestations de l'assurance invalidité, à savoir des moyens auxiliaires. Elle sollicitait à ce titre la prise en charge d'une cigogne, d'un lit électrique et d'une coque de positionnement.

Le Tribunal fédéral rappelle dans un premier temps la règle cardinale selon laquelle une prestation de sécurité sociale au sens de l'article 4 paragraphe 1 du règlement 1408/71 ne dépend pas de la qualification qui lui est donnée par le droit interne mais se détermine sur la base des dispositions communautaires qui définissent les éléments constitutifs desdites prestations<sup>116</sup>. La notion de prestations de maladie au sens de l'art. 4, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71 en-

<sup>115</sup> Arrêt 9C\_415/2008 du 3 avril 2009.

<sup>116</sup> CJCE, arrêt *Jordens-Vorsters*, aff. 69/79, Rec. 1980, 75.

globe les moyens auxiliaires destinés à la réadaptation des invalides<sup>117</sup>. Il s'agit de prestations en nature au sens du titre III, chapitre 1, du règlement n° 1408/71, plus précisément de prestations de grande importance au sens de l'article 24 dudit règlement telles que précisées par la décision n° 115 de la Commission administrative des Communautés européennes pour la sécurité sociale des travailleurs migrants du 15 décembre 1982.

L'arrêt présente surtout un intérêt du point de vue du champ d'application personnel du règlement n° 1408/71. Il convenait de déterminer si l'assurée pouvait être considérée comme un enfant de moins de 18 ans. Les premiers juges avaient retenu que tel n'était pas le cas dès lors qu'elle avait dépassé cet âge lors du prononcé de la décision litigieuse du 21 août 2007 lui refusant les prestations sollicitées.

Le Tribunal fédéral relève que pour déterminer le droit aux prestations en nature visé par le titre III, chapitre 1, du règlement n° 1408/71, l'annexe I, section II dudit règlement est complété, pour la Suisse, par le texte suivant: *« le terme < membre de la famille > désigne le conjoint ainsi que les enfants de moins de 18 ans révolus et ceux de moins de 25 ans qui fréquentent une école ou poursuivent des études ou un apprentissage »*. Il juge que c'est à la lumière du droit suisse, que laisse subsister les règles de coordination des systèmes de sécurité sociale, qu'il y a lieu d'examiner si l'assurée doit être considérée comme un enfant de moins de 18 ans révolus.

Se fondant sur la jurisprudence relative à l'article 10 LAI, il constate qu'il suffit que la demande soit déposée jusqu'à la fin du mois dans lequel l'âge donnant droit à la perception d'une rente vieillesse est atteint. Il y avait lieu de transposer au cas d'espèce cette jurisprudence est de considérer que lors du dépôt de la demande, l'assurée était âgée de moins de 18 ans.

Cette jurisprudence est conforme au droit communautaire dans la mesure où celui-ci renvoie, en principe, aux législations nationales pour la définition de la notion de membre de la famille. A noter toutefois que ce renvoi ne doit pas aboutir à la reproduction mécanique des dispositions nationales relatives à la notion de membre de la famille. Selon la Cour de justice, un enfant handicapé qui ne peut acquérir lui-même le statut de travailleur, conserve le statut de membre de la famille d'un travailleur même au-delà de la minorité, pour l'application du règlement n° 1408/71<sup>118</sup>.

<sup>117</sup> ATF 132 V 46.

<sup>118</sup> CJCE, arrêt *Inzirillo*, aff. 63/76, Rec. 1976, 2057.



