

---

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

von **Christine Kaddous**<sup>1</sup> & **Christa Tobler**<sup>2</sup>

## Inhaltsverzeichnis – Table des matières

- I. Législation – Gesetzgebung
- II. Neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung: EuGH, EFTA-GH und Schweizerisches Bundesgericht – Développements récents de la jurisprudence : CJUE, Cour AELE et Tribunal fédéral suisse
  - A. Rechtsprechung des EuGH – Jurisprudence de la CJUE
    - 1. Rechtsprechung betr. das bilaterale Recht – Jurisprudence relative au droit bilatéral
    - 2. Rechtsprechung zum EU-Recht – Jurisprudence relative au droit de l'Union
    - 3. Rechtsprechung zum EWR-Recht – Jurisprudence relative au droit de l'EEE
  - B. Jurisprudence du Tribunal fédéral relative au droit bilatéral – Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichtes zum bilateralen Recht
    - 1. L'accord sur la libre circulation des personnes de 1999
    - 2. L'accord d'association de la Suisse à Dublin de 2004
    - 3. L'accord d'association de la Suisse à Schengen de 2004

## I. Législation – Gesetzgebung

Für die neue Berichtsperiode liegt das Schwergewicht auf den gesetzgeberischen und politischen Entwicklungen zum bilateralen Recht. Dies ist in erster Linie die Folge der Volksabstimmung über die sog. Masseneinwanderung vom 9. Februar 2014, welche über das Dossier der Personenfreizügigkeit hinaus Fragen zum rechtlichen Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU aufgeworfen hat. Mit dieser Volksabstimmung wurde der Grundsatz der «eigenständigen Steuerung der Zuwanderung» mit Inländervorrang und Kontingenten für die Anstellung von ausländischem Personal in der Bundesverfassung verankert. Hierzu laufen zur Zeit (Ende September 2015) lediglich informelle Konsultati-

<sup>1</sup> Christine Kaddous, professeur à l'Université de Genève. Chaire Jean Monnet *ad personam*. Directeur du Centre d'études juridiques européennes (<[www.ceje.ch](http://www.ceje.ch)>). La présente chronique a été rédigée en collaboration avec Stefanie Schacherer, LL.M., doctorante en droit à l'Université de Genève.

<sup>2</sup> 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)>).

onen, da sich die EU zu Verhandlungen über eine Änderung des Freizügigkeitsabkommens (FZA)<sup>3</sup> i.S. der neuen Verfassungsbestimmungen nicht bereit erklärt hat. Am 9. September 2015 bekräftigte nun auch das Europäische Parlament diese Haltung.<sup>4</sup> In einer Entschliessung würdigt das Parlament die engen, dauerhaft florierenden und seit Langem bestehenden Beziehungen zwischen der EU und der Schweiz, die in den zurückliegenden Jahrzehnten zu Frieden, Wohlstand und Wachstum in Europa beigetragen haben. Das Parlament nimmt das Ergebnis der Volksabstimmung vom 9. Februar 2014 sowie die am 11. Februar 2015 vom Schweizer Bundesrat gefassten Beschlüsse in Bezug auf einen Gesetzesentwurf zur Umsetzung der Volksabstimmung und neue flankierende Massnahmen zur Kenntnis. Das Parlament «unterstreicht, dass dies gegen die Verpflichtungen verstösst, die sich aus dem Abkommen über die Freizügigkeit ergeben, und erwartet, dass die Schweiz ihren Verpflichtungen nachkommt». Es weist erneut darauf hin, dass «der freie Personenverkehr zu den Grundfreiheiten gehört und einen Pfeiler des Binnenmarkts darstellt und dass er immer ein untrennbarer Bestandteil des und eine Voraussetzung für den bilateralen Ansatz zwischen der EU und der Schweiz war». Das Parlament erwähnt auch, dass ein Erweiterungsprotokoll bezüglich Kroatien die Fortsetzung und Ausweitung der Schweizer Beteiligung am Forschungsprogramm «Horizont 2020» ermöglichen würde.

In der Schweiz werden seit der Volksabstimmung vom 9. Februar 2014 diverse Lösungsansätze diskutiert, welche innenpolitisch akzeptabel sein könnten. Hierbei fand besonders der Vorschlag von Michael Ambühl und Sibylle Zürcher für die Einführung einer sog. Schutzklausel<sup>5</sup> viel Echo. Wie erwähnt, führen die Schweiz und die EU Gespräche, in denen nach einem Lösungsansatz gesucht wird. Es bleibt abzuwarten, ob sie zu einem für beide Seiten akzeptablen Ergebnis und, gestützt darauf, zu formellen Verhandlungen über eine Änderung des FZA führen werden. Keine solche Änderung wären erforderlich, falls sich die Parteien auf eine Lösung im Rahmen der heute schon bestehen-

<sup>3</sup> Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, für die Schweiz SR 0.142.112.681, für die EG (heute die EU) und ihre Mitgliedstaaten ABl. 2002 L 114/6.

<sup>4</sup> Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 9. September 2015 zu dem Thema EWR-Schweiz: Hindernisse bei der umfassenden Verwirklichung des Binnenmarktes, 2015/2061(INI).

<sup>5</sup> MICHAEL AMBÜHL & SIBYLLE ZÜRCHER, *Eine Schutzklausel bei der Zuwanderung*, Neue Zürcher Zeitung, 22. Dezember 2014; MICHAEL AMBÜHL & SIBYLLE ZÜRCHER, *Immigration and Swiss-EU Free Movement of Persons: Question of a Safeguard Clause*, 21 Swiss Political Science Review (2015), 76–98.

den, allgemeinen Schutzklausel im FZA einigen können (Art. 14 Abs. 2 FZA).<sup>6</sup> In der schweizerischen Lehre wurde allerdings bisher davon ausgegangen, dass die laut dieser Klausel erforderlichen «schwerwiegenden wirtschaftlichen oder sozialen Probleme» aus der Sicht der EU in der Schweiz nicht vorliegen.<sup>7</sup>

Seit der Abstimmung wird in der Schweiz auch in grundsätzlicher Weise der Stellenwert der bilateralen Abkommen diskutiert und die Frage gestellt, ob anstelle der heutigen Abkommen allenfalls ein neues, umfassendes Freihandelsabkommen abgeschlossen werden könnte oder ob nicht sogar der globale Standard des WTO-Rechts genügen würde. Der Bundesrat hat hierzu einen Bericht vorgelegt, in dem er den Mehrwert des heutigen bilateralen Rechts betont.<sup>8</sup>

Neben der Umsetzung des Abstimmungsergebnisses bleiben die sog. institutionellen Fragen die zweite Grossbaustelle im bilateralen Recht. Dabei geht es um den Wunsch der EU nach neuen Regeln über die Funktionsweise des bilateralen Rechts oder jedenfalls einiger Marktzugangsabkommen (also Abkommen, welche den freien Verkehr von Waren, Personen und Dienstleistungen betreffen; der Kapitalverkehr wird vom bilateralen Recht bisher nicht erfasst). Die EU wünscht sich mehr Homogenität mit dem sich ständig fortentwickelnden EU-Recht mit Bezug auf den Rechtsbestand des bilateralen Rechts und seine Auslegung sowie weiter einen unabhängigen, übernationalen Überwachungsmechanismus und einen griffigen Streitbeilegungsmechanismus. Nachdem die Abstimmung über die Masseneinwanderungsinitiative auch hier vorerst zu einer Stagnation geführt hatte, verhandeln die Parteien seit dem Frühjahr 2014 über ein Abkommen zu diesen Fragen (oft «Rahmenabkommen» genannt). Zur Zeit (Ende September 2015) sind weiterhin einige grundlegende Punkte offen, insbesondere über die übernationale Gerichtsbarkeit bzw. über die Sanktionen, falls sich ein Vertragsstaat nicht an die höchstrichterliche Auslegung halten will. Die EU hatte bei ihrem Anliegen nach Homogenität ursprünglich ein Modell entsprechend dem Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) im Auge. Vorgespräche mit der Schweiz führten aber auf deren Vorschlag zu einer ge-

<sup>6</sup> Art. 14 Abs 2 FZA bestimmt: «Bei schwerwiegenden wirtschaftlichen oder sozialen Problemen tritt der Gemischte Ausschuss auf Verlangen einer Vertragspartei zusammen, um geeignete Abhilfemassnahmen zu prüfen. Der Gemischte Ausschuss kann innerhalb von 60 Tagen nach dem Antrag über die zu ergreifenden Massnahmen beschliessen. Diese Frist kann der Gemischte Ausschuss verlängern. Diese Massnahmen sind in Umfang und Dauer auf das zur Abhilfe erforderliche Mindestmass zu beschränken. Es sind solche Massnahmen zu wählen, die das Funktionieren dieses Abkommens so wenig wie möglich beeinträchtigen.»

<sup>7</sup> CHRISTA TOBLER, *Schutzklauseln in der Personenfreizügigkeit mit der EU*, Jusletter 16. Februar 2015 Rz. 29.

<sup>8</sup> Bericht des Bundesrates in Beantwortung des Postulats Keller-Sutter [13.4022], Freihandelsabkommen mit der EU statt bilaterale Abkommen, Juni 2015, <[https://www.eda.admin.ch/content/dam/dea/de/documents/berichte\\_botschaften/BR-Bericht-150605\\_de.pdf](https://www.eda.admin.ch/content/dam/dea/de/documents/berichte_botschaften/BR-Bericht-150605_de.pdf)>.

wissen Verschiebung hin zu den Institutionen der EU. Heute geht es deshalb in den Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU v.a. um die Rolle des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH), der im Streitschlichtungsverfahren von einer der beiden Parteien einseitig angerufen werden könnte (anders als im EWR-Recht, wo sich beide Seiten darauf einigen müssen).<sup>9</sup> Dieses neue Modell beeinflusst übrigens die laufenden Assoziationsverhandlungen zwischen der EU und den sog. AMS-Staaten (Andorra, Monaco und San Marino), Verhandlungen, die ihrerseits auf die Schweiz zurückwirken könnten. (Im Übrigen sind sie für die Schweiz auch darum interessant, weil die AMS-Staaten nach dem Muster von Liechtenstein eine Begrenzung der Wohnsitznahme in ihren Gebieten aushandeln möchten).<sup>10</sup>

Für die Schweiz sind die institutionellen Fragen v.a. deshalb wichtig, weil die EU ohne ihre Lösung nicht bereit ist, neue Marktzugangsabkommen abzuschliessen (also z.B. die weiter unten erwähnten Abkommen über den Stromhandel – wo seit Jahren verhandelt wird – und über Finanzdienstleistungen). Angesichts der komplexen Lage und der Verquickung der verschiedenen Themen setzte der Bundesrat im Sommer 2015 den Staatssekretär Jacques de Watteville als Chefunterhändler ein, in der Hoffnung, dass dies dazu beiträgt, dass ein Weg aus der Blockade verschiedener Verhandlungen gefunden werden kann. In der oben erwähnten Entschliessung begrüsst das Europäische Parlament die Verhandlungen über die institutionellen Fragen und betont, dass ohne ein diesbezügliches Rahmenabkommen keine weiteren Abkommen über eine Teilnahme der Schweiz am Binnenmarkt geschlossen werden. Das Parlament fordert die Schweizer Regierung auf, sich stärker dafür einzusetzen, dass in den Verhandlungen über die noch offenen Fragen Fortschritte erzielt werden.

Trotz all dieser Schwierigkeiten entwickelte sich das bilaterale Recht auch im vergangenen Jahr weiter, sowohl durch den Abschluss von neuen als auch durch die Änderung von bereits bestehenden Abkommen. So wurde am 27. Mai 2015 ein Änderungsprotokoll zum Zinsbesteuerungsabkommen<sup>11</sup> unterzeichnet. Dieses erhält neu den Titel «Abkommen zwischen der Europäischen Union und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten zur Förderung der Steuerehrlichkeit bei in-

<sup>9</sup> Vgl. hierzu CHRISTA TOBLER, *Dispute Resolution Under the EEA Agreement*, in: Carl Baudenbacher (Hg.): *Handbook of EEA Law* (im Erscheinen begriffen).

<sup>10</sup> Siehe hierzu etwa *Drei Zwergstaaten spüren vor. Die Verhandlungen der EU mit Andorra, Monaco und San Marino für ein Rahmenabkommen könnten Auswirkungen auf die Schweiz haben*, Neue Zürcher Zeitung, 1. September 2015, S. 13.

<sup>11</sup> Änderungsprotokoll zu dem Abkommen zwischen der schweizerischen Eidgenossenschaft und der europäischen Gemeinschaft über Regelungen, die den in der Richtlinie 2003/48/EG des Rates im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen festgelegten Regelungen gleichwertig sind, <<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/39518.pdf>>.

ternationalen Sachverhalten» (kurz: AIA-Abkommen). Mit dem Abkommen wird der globale AIA-Standard der OECD übernommen, wobei aber die bestehende Quellensteuerbefreiung von grenzüberschreitenden Zahlungen von Dividenden, Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Unternehmen übernommen wird. Die neuen Regeln treten am 1. Januar 2017 in Kraft, sofern bis dann die Genehmigungsverfahren abgeschlossen sind.

Ebenfalls verbunden mit dieser Thematik ist der Wunsch der Schweiz nach einem verbesserten Marktzutritt für Finanzdienstleistungsabkommen. Eine formelle Verbindung der beiden Themen (Paketlösung) war angesichts des inzwischen globalen AIA-Standards politisch nicht machbar. Jedoch wurden mit der EU erste exploratorische Gespräche zur Machbarkeit und möglichen Ausgestaltung eines sektoriellen Finanzdienstleistungsabkommens geführt. Ihre Weiterführung hängt laut Informationen des Bundes von der Weiterentwicklung der Gesamtbeziehungen mit der EU ab, insbesondere zur Frage des freien Personenverkehrs<sup>12</sup> (Weiteres dazu unten).

Bekanntlich laufend aktualisiert werden die dynamisch ausgestalteten Schengen-<sup>13</sup> und Dublin-Assoziationsabkommen.<sup>14</sup> Ab dem Sommer 2015 trat im Zusammenhang mit den zunehmenden Flüchtlingsströmen v.a. das Dublin-Assoziationsabkommen in den Mittelpunkt der Aufmerksamkeit. Dadurch übernimmt die Schweiz den sog. Dublin- und Eurodac-Besitzstand des EU-Rechts, nach heutigem Rechtsstand also die Dublin III-Verordnung 604/2013<sup>15</sup> und die Eurodac-Verordnung 603/2013,<sup>16</sup> plus damit zusammenhängende, weitere Inst-

<sup>12</sup> Siehe hierzu <<https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=57397>>.

<sup>13</sup> Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands, für die Schweiz SR 0.360.268.1, für die EU und die EG (heute nur noch die EU) ABl. 2008 L 53/52.

<sup>14</sup> Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags, für die Schweiz SR 0.142.392.68, für die EG (heute die EU) ABl. 2008 L 53/5.

<sup>15</sup> Verordnung 604/2013/EU zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist, ABl. 2013 L 180/31.

<sup>16</sup> Verordnung 603/2013/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über die Einrichtung von Eurodac für den Abgleich von Fingerabdruckdaten zum Zwecke der effektiven Anwendung der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist, und über der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung dienende Anträge der Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten und Europol auf den Abgleich mit Eurodac-Daten sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1077/2011 zur Errichtung einer Europäischen Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Grosssystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, ABl. 2013 L 180/1.

rumente. Es handelt sich lediglich um einen Teilbereich des EU-Asylrechts.<sup>17</sup> Nach dem Dublin-Assoziationsabkommen ist die Schweiz verpflichtet, der Aufdatierung des Abkommens parallel zum einschlägigen EU-Recht zuzustimmen, sonst riskiert sie, dass das Abkommen ausgesetzt und letztlich sogar beendet wird (Art. 4 Abs. 5 und 7 DAA). Entscheidend für das bilaterale Recht ist deshalb, ob ein neuer EU-Akt im Bereich des Asylrechts zum Dublin- oder Eurodac-Besitzstand gehört oder nicht. Dies ist beim Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Umverteilung von schutzsuchenden Personen<sup>18</sup> der Fall, handelt es sich doch um eine Änderung der Dublin III-Verordnung. Dementsprechend hält die Europäische Kommission in ihren Erläuterungen zu diesem Vorschlag mit Bezug auf die am Dublin-System assoziierten Länder Liechtenstein, Norwegen und die Schweiz Folgendes fest (S. 6):

*«[Gemäss den einschlägigen Abkommen] akzeptieren die assoziierten Länder den Dublin-/Eurodac-Besitzstand und dessen Weiterentwicklung ohne Vorbehalt. Sie nehmen zwar an der Annahme von Rechtsakten, die den Dublin-Besitzstand ändern oder fortentwickeln, nicht teil [...], müssen der Kommission aber, sobald das Europäische Parlament und der Rat den Rechtsakt erlassen haben, innerhalb einer bestimmten Frist mitteilen, ob sie diesen Rechtsakt umsetzen. Sollten Norwegen, Island, die Schweiz oder Liechtenstein einem solchen Rechtsakt nicht zustimmen, endet die betreffende Übereinkunft, sofern der zuständige Gemischte/Gemeinsame Ausschuss nicht einstimmig etwas anderes beschliesst.»*

Bisher (Stand Ende September 2015) vermochten sich die Mitgliedländer der EU im Ministerrat allerdings noch nicht auf die Annahme solcher dauerhafter Regelungen zu einigen. Es wurde erst eine vorläufige Verteilung beschlossen.<sup>19</sup> Sie sieht vor, die Beteiligung der assoziierten Staaten bilateral zu regeln. In der Schweiz hat sich der Bundesrat dafür ausgesprochen, sich an einem von den EU-Dublin-Staaten beschlossenen Verteilschlüssel zu beteiligen, wenn gewisse Rahmenbedingungen vorliegen (darunter v.a. das Einhalten des einschlägigen

<sup>17</sup> Siehe Factsheet *Das Gemeinsame Europäische Asylsystem*, <[http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/docs/ceas-fact-sheets/ceas\\_factsheet\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/docs/ceas-fact-sheets/ceas_factsheet_de.pdf)>.

<sup>18</sup> Vorschlag der Europäischen Kommission vom 9. September 2015 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einrichtung eines Umsiedlungsmechanismus für Krisensituationen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist, KOM(2015) 450 endg.

<sup>19</sup> Beschluss des Ministerrates vom 22. September 2015 über die provisorische Umsiedelung von schutzbedürftigen Personen (*Council Decision establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and Greece*), Interinstitutional File 2015/0209 (NLE).

EU-Rechts).<sup>20</sup> Im Übrigen liegt das Asylrecht im Schnittpunkt zwischen nationalem Recht, EU-/bilateralem Recht und europäischem Menschenrecht. Dies zeigt sich z.B. in der viel beachteten Entscheidung des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofs in der Rechtssache *Tarakhel gegen Schweiz*, wo es um eine Rückführung einer Familie aus der Schweiz nach Italien ging und wo der Gerichtshof urteilte, dass dies u.U. gegen die Menschenrechtskonvention des Europarates verstösst.<sup>21</sup> Die Europäische Kommission verfasste hierzu ein *Factsheet*.<sup>22</sup>

Bezüglich der Weiterentwicklung von bilateralen Abkommen durch die Gemischten Ausschüsse<sup>23</sup> seien hier beispielhaft die Änderung der Anhänge des Abkommens über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen<sup>24</sup> bezüglich Bauprodukten und Biozidprodukten vom 14. April 2014, die Aktualisierung des Anhangs zum Luftverkehrsabkommen<sup>25</sup> (wodurch neues EU-Recht über Fluglotsen übernommen wurde) sowie die Änderung des Anhangs II zum Freizügigkeitsabkommen (FZA) über die soziale Sicherheit erwähnt. Zum Letzteren: Nachdem die EU ihr Koordinationsrecht zur Sozialversicherung aktualisiert hatte, wurde der Anhang II zum bilateralen FZA im Jahr 2012 durch eine entsprechende neue Version ersetzt. Seither sind die einschlägigen Verordnungen der EU (nämlich die Verordnungen 883/2004<sup>26</sup> sowie 987/2009)<sup>27</sup> erneut geändert worden (nämlich durch die Verordnungen 1244/2010,<sup>28</sup> 465/2012<sup>29</sup>

<sup>20</sup> Hierzu etwa *Umverteilung von Flüchtlingen. Ein starkes Signal an die EU*, Neue Zürcher Zeitung, 18. September 2015.

<sup>21</sup> Urteil vom 4. November 2014, Application no. 29217/12.

<sup>22</sup> Siehe <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-14-1401\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-1401_en.htm)>.

<sup>23</sup> Liste ihrer Beschlüsse: <<http://www.europa.admin.ch/dokumentation/00438/00465/index.html?lang=de>>.

<sup>24</sup> Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen, für die Schweiz SR 0.946.526.81, für die EG (heute die EU) ABl. 2002 L 114/369.

<sup>25</sup> Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse, für die Schweiz SR 0.740.72, für die EG (heute die EU) ABl. 2002 L 114/91.

<sup>26</sup> Verordnung 883/2004/EG über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. 2004, L 166/1.

<sup>27</sup> Verordnung 987/2009/EG zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. 2009 L 284/1.

<sup>28</sup> Verordnung 1244/2010/EU zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004, ABl. 2010 L 338/35.

<sup>29</sup> Verordnung 465/2012/EU zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004, ABl. 2012 L 149/4.

und 1224/2012).<sup>30</sup> Mit dem Beschluss vom 1. April 2015 wurde der Anhang II des FZA aktualisiert, um diesen neuen EU-Rechtsakten Rechnung zu tragen.

Zudem laufen – neben den institutionellen Fragen – Verhandlungen über neue Abkommen über den Stromhandel (schon viele Jahre; es handelt sich um ein sog. Marktzugangsabkommen, das wegen der Blockade in den Verhandlungen über die institutionellen Fragen stagniert), den Emissionshandel und die Landwirtschaft, Lebensmittelsicherheit, Produktsicherheit und öffentliche Gesundheit. Seit dem November 2014 wird zudem über die Teilnahme der Schweiz am EU-Programm «Kreatives Europa»<sup>31</sup> verhandelt. Es handelt sich um das Nachfolgeprogramm zu MEDIA, das Ende 2013 auslief. Eine Beteiligung am neuen Programm erwies sich damals wegen der Abstimmung über die sog. Masseneinwanderungsinitiative als unmöglich.

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

### **A. Rechtsprechung des EuGH – Jurisprudence de la CJCE**

#### **1. Rechtsprechung betr. das bilaterale Recht – Jurisprudence relative au droit bilatéral**

Im Gegensatz zur Gesetzgebung und den politischen Entwicklungen ist zur Rechtsprechung nicht allzu viel zu melden. So ist in der Berichtsperiode kein einziger EuGH-Entscheid ausdrücklich zum bilateralen Recht ergangen. Ein den freien Warenverkehr betreffender Fall weist aber dennoch entsprechende Bezüge auf und wird deshalb im Folgenden besprochen. Weiter sind einige interessante neue Fälle anhängig, die kurz signalisiert werden sollen.

<sup>30</sup> Verordnung 1224/2012/EU zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004, ABl. 2012 L 349/45.

<sup>31</sup> Hierzu <[http://ec.europa.eu/programmes/creative-europe/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/programmes/creative-europe/index_en.htm)>.

### a) Freier Warenverkehr

Im Oktober 2014 entschied der EuGH über den die Schweiz betreffenden, zollrechtlichen Fall *Mineralquelle Zurzach*.<sup>32</sup> Der Fall illustriert die Tatsache, dass zwischen der Schweiz und der EU keine Zollunion mit zollrechtlich gänzlich freiem Warenverkehr besteht (anders als mit der Türkei aufgrund des Ankara-Übereinkommens, aber gleich wie im EWR, der ebenfalls keine Zollunion schafft). Das bilaterale Recht wird im Fall *Mineralquelle Zurzach* zwar nicht ausdrücklich erwähnt, spielt im Hintergrund aber dennoch mit.

Die Rechtssache betrifft die zollrechtliche Einreihung des Getränks «Quelly Vita 10». Dabei handelt es sich um ein sog. ACE-Getränk (d.h. die Vitamine A, C und E enthaltend), das aus Wasser, Zucker, konzentriertem Orangen-, Zitronen-, Trauben-, Ananas-, Mandarinen-, Nektarinen- und Maracujasaft, Aprikosen- und Guavenmark, einem Säuerungsmittel wie Zitronensäure, einer Vitaminmischung (Vitamin C, Niacin, Vitamin E, Pantothensäure, Beta-Carotin (Provitamin A), Vitamin B6, Vitamin B1, Folsäure, Biotin, Vitamin B12), Konservierungsstoffen (E 242 und E 202), Stabilisatoren (E 440 und E 410), Aroma aus Aromaextrakten, natürlichen Aromastoffen und naturidentischen Aromastoffen besteht. Der Fruchtsaftgehalt beträgt 12 %, und der Vitamingehalt in 100 Milliliter entspricht jeweils 15 % und hinsichtlich des Vitamins A 30 % der empfohlenen Tagesdosis.

Bei der Einfuhr nach Deutschland meldete die Mineralquelle Zurzach das Getränk als Schweizer Ursprungsware unter der zollrechtlichen TARIC-Code-nummer 2202 10 00 00 als «Wasser, einschliesslich Mineralwasser und kohlen-säurehaltiges Wasser, mit Zusatz von Zucker, anderen Süssmitteln oder Aromastoffen» zur Überführung in den zollrechtlich freien Verkehr an. Der EuGH erwähnt in diesem Zusammenhang, dass Schweizer Ursprungswaren dieser Tarifposition aufgrund einer Präferenz zollfrei zu belassen waren. Die deutschen Zollbehörden waren jedoch der Auffassung, dass das Getränk unter die TARIC-Codenummer 2202 90 10 11 («Frucht- oder Gemüsesäfte, mit Wasser verdünnt oder kohlen-säurehaltig») falle, weshalb Zoll zu bezahlen sei. Das mit dem daraus resultierenden Rechtsstreit befasste deutsche Gericht wandte sich im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV an den EuGH mit der Bitte um Hilfe bei der Auslegung der verschiedenen zollrechtlichen Kategorien im EU-Recht (v.a. Verordnung 2658/87, mit seitherigen Änderungen).<sup>33</sup>

Da sich der EuGH bereits in anderen Fällen hierzu geäußert hatte, konnte er auf diese frühere Rechtsprechung verweisen und sich zur vorliegenden Sache

<sup>32</sup> Rs. C-139/14 *Mineralquelle Zurzach AG gegen Hauptzollamt Singen*, ECLI:EU:C:2014:2313.

<sup>33</sup> Verordnung 2658/87/EWG über die zolltarifliche und statistische Nomenklatur sowie den Gemeinsamen Zolltarif, ABl. 1987 L 256/1.

in der Form eines einfachen Beschlusses äussern. Darin rief er in Erinnerung, dass im Interesse der Rechtssicherheit und der leichteren Nachprüfbarkeit das entscheidende Kriterium für die zolltarifliche Einreihung von Waren grundsätzlich in deren objektiven Merkmalen und Eigenschaften zu suchen ist, wie sie im Wortlaut der zollrechtlichen Bestimmungen festgelegt sind. Die Überschriften der Abschnitte, Kapitel und Teilkapitel dagegen bieten lediglich Hinweise, sind aber nicht entscheidend. Die Anwendung dieses Grundsatzes zeigt, dass ein Fruchtsaftgehalt von 12 % die Einreihung eines Getränks in die TARIC-Position 2202 90 10 11 («Frucht- oder Gemüsesäfte, mit Wasser verdünnt oder kohlenstoffhaltig») nicht zu rechtfertigen vermag. Vielmehr handelt es sich, weil der Fruchtsaftgehalt nicht überwiegt und das Getränk seinen Geschmack insbes. durch den Zusatz von natürlichen und naturidentischen Aromastoffen sowie von Zucker erhält, um einen Fall nach der TARIC-Codenummer 2202 10 00 («Wasser, einschliesslich Mineralwasser und kohlenstoffhaltiges Wasser, mit Zusatz von Zucker, anderen Süssmitteln oder Aromastoffen»).

Für die Schweiz ergibt sich aus dieser Einreihung, dass das Produkt zollfrei in die EU eingeführt werden kann. Dies ist letztlich die Folge des Abkommens über die verarbeiteten Landwirtschaftsprodukte,<sup>34</sup> das den Anwendungsbereich des Freihandelsabkommens von 1972 (FHA)<sup>35</sup> erweiterte (nämlich in der Form eines Protokolls zum letzteren Abkommen). Vor dem Inkrafttreten des Abkommens über die verarbeiteten Landwirtschaftsprodukte erfasste das FHA Mineralwasser nicht, wie sich z.B. aus BGE 118 Ib 367 ergibt. Nun werden sie vom Abkommen erfasst (Tabelle II zum Protokoll Nr. 2 zum FHA, HS-Position Nr. 2201; die Abkürzung «HS» bezeichnet das Harmonisierte System zur Bezeichnung und Codierung der Waren der Weltzollorganisation). Da im Fall der Mineralquelle Zurzach lediglich die Einreihung der Ware streitig war, nicht aber die zollfreie Einfuhr von Waren nach der TARIC-Position 2202 90 10 11, brauchte der EuGH das bilaterale Abkommen nicht zu erwähnen.

<sup>34</sup> Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft zur Änderung des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. Juli 1972 in Bezug auf die Bestimmungen über landwirtschaftliche Verarbeitungserzeugnisse, für die Schweiz SR 0.632.401.23, für die EG (heute die EU) ABl. 2005 L 23/19 (dieses Abkommen ändert ein Protokoll zum Freihandelsabkommen von 1972).

<sup>35</sup> Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr, für die Schweiz SR 0.748.127.192.68, für die EG (heute die EU) ABl. 2002 L 114/73.

## b) Freier Personenverkehr

Aus Deutschland ist beim EuGH z.Z. ein Vorabentscheidungsersuchen über die Besteuerung von Grenzgängern nach den Bestimmungen des FZA anhängig (*Bukovansky*),<sup>36</sup> zu dem inzwischen die Schlussanträge des Generalanwalts vorliegen.<sup>37</sup> Der Fall betrifft einen sog. umgekehrten Grenzgänger, Herrn Bukovansky, der aus Deutschland in die Schweiz gezogen ist und von dort aus in Deutschland arbeitet. Er wehrt sich dagegen, dass er von dort gestützt auf Art. 4 Abs. 4 i.V.m. Art. 15a Abs. 1 Satz 4 des Doppelbesteuerungsabkommens Deutschland–Schweiz (DBA) der deutschen Besteuerung unterworfen wird. Das DBA sieht eine Form der überdachenden Besteuerung vor, nach der die Einkünfte, die in dem Mitgliedstaat von einem Arbeitnehmer erzielt werden, der gemäss dem Abkommen als umgekehrter Grenzgänger einzustufen ist und seinen Wohnsitz in die Schweiz verlegt hat, aber nicht die schweizerische Staatsangehörigkeit besitzt und vor der Verlegung in die Schweiz im fraglichen Mitgliedstaat insgesamt mindestens fünf Jahre einkommensteuerpflichtig war, in dem Jahr der Verlegung und den folgenden fünf Jahren weiterhin der Einkommensteuer von Deutschland unterworfen werden können.

Das mit dem Rechtsstreit befasste nationale Gericht stellte sich die Frage, ob durch die Besteuerung in Deutschland die Vorschriften des FHA verletzt werden, und nennt dabei u.a. die Art. 7 (abhängig beschäftigte Grenzgänger) und 9 (Gleichbehandlung) des Anhangs I zum FHA.<sup>38</sup> Im Fall *Grimme*<sup>39</sup> hatte der EuGH zwar entschieden, dass der Anspruch auf Gleichbehandlung im Fall von Art. 9 des FHA nur für Fälle gilt, wo sich die anspruchserhebende Person im anderen Vertragsstaat befindet (jener Fall betraf einen Deutschen, der in Deutschland für ein schweizerisches Unternehmen tätig war). Im späteren Fall *Ettwein*<sup>40</sup> präzisierte er jedoch, dass dies dort nicht gilt, wo ein Sachverhalt vom Abkommen ausdrücklich erfasst wird. Zu diesen Sachverhalten gehören auch Grenzgänger (Art. 7 Anhang I FZA). Insofern ist die Anwendbarkeit von Art. 9 Anhang I FZA nicht von vornherein ausgeschlossen.

<sup>36</sup> EuGH, Rs. C-241/14 *Roman Bukovansky gegen Finanzamt Lörrach*, hängig. Siehe hierzu auch INGO OELLERICH, *Aktuelle Rechtsprechung der deutschen Finanzgerichte und des EuGH mit Bezug zur Schweiz*, 84 Archiv für schweizerisches Abgabenrecht (2015/2016), 219–230.

<sup>37</sup> EuGH, Rs. C-241/14 *Roman Bukovansky gegen Finanzamt Lörrach*, ECLI:EU:C:2015:296.

<sup>38</sup> Art. 9 Abs. 2 bestimmt: «Ein Arbeitnehmer und seine in Artikel 3 dieses Anhangs genannten Familienangehörigen geniessen dort die gleichen steuerlichen und sozialen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen.»

<sup>39</sup> EuGH, Rs. C-351/08 *Christian Grimme gegen Deutsche Angestellten-Krankenkasse*, ECLI:EU:C:2009:697; hierzu 20 SZIER/RSDIE (2010), S. 601 ff.

<sup>40</sup> EuGH, Rs. C-425/11 *Katja Ettwein gegen Finanzamt Konstanz*, ECLI:EU:C:2013:121; siehe hierzu 23 SZIER/RSDIE (2013), S. 643.

Damit bleibt die Frage nach dem Verhältnis zwischen Doppelbesteuerungsabkommen und dem FZA. Dazu äussert sich Art. 21 FZA. Er bestimmt im Wesentlichen, dass die bilateralen Doppelbesteuerungsabkommen zwischen der Schweiz und den EU-Mitgliedstaaten vom FHA unberührt bleiben. Der EuGH wird im Fall *Bukovansky* über die Auslegung dieser Bestimmung sowie allenfalls von Art. 9 Anhang I FZA zu entscheiden haben. Einstweilen liegen nur die Schlussanträge von Generalanwalt Mengozzi vor. Dieser gelangt zum Schluss, dass Art. 21 Abs. 1 FZA der fraglichen Regelung im DBA Schweiz–Deutschland nicht entgegensteht. Der Generalanwalt erinnert daran, dass das FZA als völkerrechtlicher Vertrag gemäss Art. 31 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge) nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Licht seines Ziels und Zwecks auszulegen ist. Gestützt darauf versteht der Generalanwalt Art. 21 Abs. 1 FZA als ausdrückliche Ausnahme von der Anwendung der sonstigen Bestimmungen des Abkommens. Diese ermächtigt zwar nicht zum Erlass von *einseitig* diskriminierenden Massnahmen im nationalen Recht, die den Bestimmungen des Abkommens zuwiderlaufen, sondern belässt lediglich die Möglichkeit, dass ein Mitgliedstaat oder die Schweizerische Eidgenossenschaft *vertraglich* in einem bilateralen Doppelbesteuerungsabkommen steuerliche Massnahmen vorsehen, die nicht mit dem Abkommen vereinbar sind – so wie das vorliegend der Fall war. Der Generalanwalt fügt bei, dass die Vertragsparteien des FZA zwar die Freizügigkeit zwischen ihnen auf der Grundlage der in der EU geltenden Bestimmungen verwirklichen wollen, dass aber der Gerichtshof betont hat, dass sich dieser Wille, die Freizügigkeit zwischen der Union und der Schweizerischen Eidgenossenschaft zu erleichtern, nicht mit dem Geist und dem Zweck der Verkehrsfreiheiten deckt, die im Rahmen des von den Mitgliedstaaten errichteten Binnenmarkts von den Unionsverträgen vorgesehen sind. Mit dem Abkommen sollen somit die Bindungen zwischen den Vertragsparteien gestärkt werden, ohne dass eine Ausweitung der Anwendung der Grundfreiheiten *als Ganzes* auf die Schweizerische Eidgenossenschaft in Aussicht genommen worden wäre. – Bei dieser Aussage handelt es sich um eine Art Mantra, das in der Rechtsprechung des EuGH zum bilateralen Recht immer wieder erscheint. Damit wird betont, dass sich die Schweiz mit den bilateralen Verträgen nur teilweise am EU-Binnenmarkt beteiligt.

### c) Freier Dienstleistungsverkehr

Weiter ist beim EuGH eine Rechtssache zum Luftverkehrsabkommen (LVA) hängig.<sup>41</sup> Es geht um die Frage, ob das Abkommen dadurch verletzt wird, dass die EU im Jahr 2013 für die Verpflichtung zur Abgabe von Emissionszertifikaten ein Moratorium für Flüge zwischen EWR-Staaten und fast allen Nicht-EWR-Staaten beschlossen hat, nicht aber für Flüge zwischen EWR-Staaten und der Schweiz. (Die Schweiz wurde erst später in das Moratorium einbezogen.) Der Fall geht auf eine Klage des (rechtlich) schweizerischen Unternehmens Swiss International Airlines AG im Vereinigten Königreich zurück, die zu einer Vorlage an den EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV geführt hat. Das um die Vorabentscheidung ersuchende Gericht fragt für den Fall einer Verletzung des Abkommens u.a., wie dem Unternehmen Abhilfe zu verschaffen ist, etwa durch Schadenersatz nach Art. 340 AEUV.

### d) Erweiterungsbeitrag der Schweiz

Weiter sei auf eine hängige Rechtssache zum sog. Erweiterungsbeitrag der Schweiz hingewiesen.<sup>42</sup> Es klagt der Ministerrat gegen die Kommission auf Nichtigerklärung eines diesbezüglichen Beschlusses der Kommission.<sup>43</sup> Den Hintergrund hierzu bildet der Erweiterungsbeitrag von 45 Mio. CHF zugunsten Kroatiens, den die Schweiz im Jahr 2013 beschlossen hatte. Die Erweiterungsbeiträge der Schweiz beruhen auf einem sog. *Memorandum of Understanding* (Absichtserklärung) bzw. der Vereinbarung über einen finanziellen Beitrag der Schweiz zwischen der Schweiz und der EU sowie auf Abkommen über die zu erbringenden Leistungen, welche die Schweiz direkt mit den einzelnen Ländern abschliesst. Das *Memorandum of Understanding* wurde ursprünglich im Jahr 2006 nach der EU-Osterweiterung von 2004 unterzeichnet. Bei den späteren EU-Erweiterungsrunden folgten jeweils Zusätze.

Mit dem angefochtenen Beschluss hatte die Kommission zwei ihrer Mitglieder ermächtigt, den Zusatz betr. Kroatien ohne vorherige Genehmigung des Rates zu unterzeichnen. Der Ministerrat bringt nun vor, dass hierdurch die EU-rechtlichen Grundsätze der Aufteilung der Befugnisse, des institutionellen Gleichgewichts und der loyalen Zusammenarbeit verletzt worden seien. Der Rat weist darauf hin, dass laut Art. 16 AEUV er für die Politik der Union zuständig ist. Die Kommission habe mit ihrem Vorgehen die Zuständigkeiten des Rates

<sup>41</sup> EuGH, Rs. C-272/15 *Swiss International Air Lines AG gegen The Secretary of State for Energy and Climate Change, Environment Agency*, hängig.

<sup>42</sup> EuGH, Rs. C-660/13 *Rat gegen Kommission*, hängig.

<sup>43</sup> Beschluss C(2013) 6355 final der Kommission vom 3. Oktober 2013 über die Unterzeichnung des Zusatzes zu der Vereinbarung über einen finanziellen Beitrag der Schweiz.

wissentlich verletzt, die Rolle der Mitgliedstaaten in der fraglichen Angelegenheit wissentlich und einseitig missachtet, weiter absichtlich in einer Weise gehandelt, die den Bemühungen des Rates zur Behebung der von der Kommission verursachten Situation die Wirksamkeit genommen habe, und schliesslich wissentlich in einer Weise gehandelt, die dem Grundsatz der geschlossenen völkerrechtlichen Vertretung der Union zuwidergelaufen sei.

Der Rat beantragt deshalb die Nichtigerklärung des Beschlusses, allerdings unter Aufrechterhaltung seiner Wirkungen, bis er im richtigen Verfahren erneut erlassen bzw. ersetzt worden ist. Bei der Klage des Rates geht es somit nicht um den Inhalt oder gar Bestand des Zusatzes zum *Memorandum of Understanding*, sondern vielmehr um die EU-interne Beschlussfassung und die Verteilung der Kompetenzen zwischen den Organen der EU in einem solchen Fall. Im Übrigen lässt sich den vorliegenden Dokumenten nicht entnehmen, was genau mit der «von der Kommission verursachten Situation» und den Bemühungen des Rates zur Behebung dieser Situation gemeint ist. Dies wird die Entscheidung des EuGH klären müssen.

## **2. Rechtsprechung zum EU-Recht – Jurisprudence relative au droit de l'Union**

Aus der Rechtsprechung zum EU-Recht sei der Fall *Alimanovic*<sup>44</sup> hervorgehoben. Er betrifft vor dem Hintergrund der Personenfreizügigkeit und der Unionsbürgerschaft den auch in der Schweiz immer wieder thematisierten sog. Sozialtourismus. Konkret geht es um eine Familie schwedischer Nationalität in Deutschland, genauer den Anspruch der Mutter und der ältesten Tochter auf staatliche Grundsicherungsleistungen in der Form des sog. «Arbeitslosengeldes II». Nachdem Mutter und Tochter in Deutschland weniger als ein Jahr lang in kürzeren Beschäftigungen bzw. Arbeitsgelegenheiten tätig waren, wurden sie arbeitslos und bezogen Arbeitslosengeld. Die Zahlungen wurden später von den Behörden mit dem Argument eingestellt, es handle sich um einen Ausnahmefall vom EU-rechtlichen Gleichbehandlungsgebot (m.a.W., die Zahlungen

<sup>44</sup> EuGH, Rs. C-67/14 *Jobcenter Berlin Neukölln gegen Nazifa Alimanovic u.a.*, ECLI:EU:C:2015:597.

könnten eingestellt werden, obwohl arbeitslose deutsche Staatsangehörige in derselben Situation weiterhin einen Anspruch auf die Leistung haben).

Der EuGH stellt vorab fest, dass die fragliche Leistung eine «besondere beitragsunabhängige Geldleistung» i.S.d. koordinierenden EU-Sozialversicherungsrechts (Verordnungen 883/2004<sup>45</sup> und 987/2009)<sup>46</sup> darstellt. Zugleich handelt es sich um Sozialhilfe i.S.d. Richtlinie 2004/38 (sog. Unionsbürger- oder Freizügigkeitsrichtlinie).<sup>47</sup> Für beide Fälle gilt das Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit (Art. 4 der Verordnung 883/2004 bzw. Art. 24 der Richtlinie 2004/38). Aus früherer Rechtsprechung (*Dano*)<sup>48</sup> ergibt sich allerdings, dass der Anspruch auf Gleichbehandlung nur dann besteht, wenn der Aufenthalt der betreffenden Person im Aufnahmemitgliedstaat die Voraussetzungen der Richtlinie 2004/38 erfüllt. Als Rechtsgrundlage für ein Aufenthaltsrecht kommen in einem Fall wie *Alimanovic* entweder Art. 7 Abs. 3 Buchst. c oder Art. 14 Abs. 4 Buchst. b der Richtlinie infrage. Ersterer betrifft den Erhalt der Erwerbstätigeneigenschaft für mindestens sechs Monate im Falle von Arbeitslosigkeit von Unionsbürgerinnen und -bürgern, die sich bei ordnungsgemäss bestätigter unfreiwilliger Arbeitslosigkeit nach Ablauf ihres auf weniger als ein Jahr befristeten Arbeitsvertrags oder bei im Laufe der ersten zwölf Monate eintretender unfreiwilliger Arbeitslosigkeit dem zuständigen Arbeitsamt zur Verfügung stellen. In diesem Falle können sich die betroffenen Personen mit Bezug auf Sozialhilfeleistungen während der erwähnten mindestens sechs Monate auf den Gleichbehandlungsanspruch berufen. Im Fall *Alimanovic* war diese Zeit allerdings bereits verstrichen.

Die zweite Möglichkeit einer Grundlage für rechtmässigen Aufenthalt ist Art. 14 Abs. 4 Buchst. b der Richtlinie. Er betrifft Unionsbürgerinnen und -bürger, die zur Arbeitssuche in den Aufnahmemitgliedstaat einreisen. Sie haben ein Aufenthaltsrecht, solange sie nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und begründete Aussicht auf Einstellung haben, und zwar auch über sechs Monate hinaus. Allerdings gilt für solche Fälle zugleich Art. 24 Abs. 2,

<sup>45</sup> Verordnung 883/2004/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. 2004 L 166/1.

<sup>46</sup> Verordnung 987/2009/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. 2009 L 284/1.

<sup>47</sup> Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABl. 2004 L 158/77–123.

<sup>48</sup> EuGH, Rs. C-333/13 *Elisabeta Dano und Florin Dano gegen Jobcenter Leipzig*, ECLI:EU:C:2014:2358.

wonach der Aufnahmestaat jegliche Sozialhilfeleistung verweigern darf. (Ergänzt sei, dass Sozialhilfeleistungen zu unterscheiden sind von Leistungen, welche spezifisch den Zugang zur Arbeit erleichtern sollen. Diese fallen nicht unter Art. 24 Abs. 2 AEUV, sondern vielmehr direkt unter Art. 45 Abs. 2 AEUV. Für solche Leistungen besteht – anders als im Fall von Sozialhilfe – ein Gleichbehandlungsanspruch. Dieser Fall lag jedoch bei Mutter und Tochter Alimanovic nicht vor. Die fragliche Leistung war zwar Teil eines System, das – so der EuGH – «ausserdem Leistungen zur Erleichterung der Arbeitsuche vorsieht», die zur Diskussion stehende Leistung war aber eben gerade nicht eine solche Leistung, sondern diente der Grundsicherung.

Schliesslich fügt der EuGH bei, dass in einer Konstellation wie derjenigen von *Alimanovic* eine individuelle Prüfung der persönlichen Umstände nicht erforderlich ist, weil die Richtlinie selbst verschiedene Faktoren berücksichtigt, welche die jeweiligen persönlichen Umstände der eine Sozialleistung beantragenden Person kennzeichnen. Insgesamt kommt der EuGH deshalb zum Schluss, dass in einem Fall wie *Alimanovic* kein Gleichbehandlungsanspruch mit Bezug auf die fragliche Leistung besteht.

Für das bilaterale Recht mit der Schweiz ist die Personenfreizügigkeit relevant, nicht aber die Unionsbürgerschaft und die Richtlinie 2004/38 (bekanntlich lehnt der Bundesrat die Übernahme der Richtlinie ins bilaterale Recht ab). Das Bundesgericht hat schon früher entschieden, dass eine unfreiwillig langzeitarbeitslose Portugiesin ohne ausreichende Existenzmittel nicht unbegrenzt in der Schweiz bleiben kann (BGE 2C\_390/2013, siehe auch die Nachfolgeentscheidung 2C\_412/2014). Während eines rechtmässigen Aufenthalts besteht aber auch nach bilateralem Recht (FZA) ein Gleichbehandlungsanspruch von in der Schweiz arbeitslos gewordenen Personen mit Blick auf staatliche Leistungen. Nicht auf das bilaterale Recht übertragen werden können jedoch die EU-rechtlichen Regelungen über den Gleichbehandlungsanspruch in anderen Konstellationen. Der Grund liegt darin, dass diese Regelungen auf die Unionsbürgerschaft gestützte Rechtsprechung des EuGH zurückgehen. Diese kann für die Schweiz nicht gelten, da die Unionsbürgerschaft – logischerweise – nicht zum bilateralen Recht gehört. Dies würde auch dann gelten, wenn die Richtlinie 2004/38 gleich wie im EWR-Recht unter Ausklammerung der Unionsbürgerschaft doch noch ins bilaterale Recht übernommen werden sollte.<sup>49</sup>

<sup>49</sup> Vgl. hierzu CHRISTA TOBLER, *Auswirkungen einer Übernahme der Unionsbürgerrichtlinie für die Schweiz – Sozialhilfe nach bilateralem Recht als Anwendungsfall des Polydor-Prinzips*, in: Astrid Epiney & Teresia Gordzielik (Hrsg.), *Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen / Libre circulation des personnes et accès aux prestations étatiques*, Zürich/Basel/Genf 2015, 55–82.

### 3. Rechtsprechung zum EWR-Recht – Jurisprudence relative au droit de l'EEE

Abschliessend sei auf eine Entscheidung des EFTA-Gerichtshofs zum EWR-Recht hingewiesen, weil sie eine Frage betrifft, welche indirekt auch für die Schweiz von Belang sein kann. In der liechtensteinischen Rechtssache *Otto Kaufmann AG*<sup>50</sup> geht es um die Frage, ob das EWR-Recht verlangt, dass strafrechtliche Verurteilungen von Unternehmen veröffentlicht werden. Der Fall betraf ein Unternehmen, das es versäumt hatte, Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge zur betrieblichen Pensionsvorsorge an eine Vorsorgestiftung abzuführen. Ihm wurde deshalb eine Geldstrafe von 700 CHF auferlegt, und das Urteil wurde zur Eintragung in das Strafregister an das für die Führung des liechtensteinischen Strafregisters zuständige Landgericht übermittelt. In der Folge trat die Staatsanwaltschaft aber der Eintragung mit dem Argument entgegen, es handle sich nicht um eine natürliche Person. Das Landgericht wandte sich darauf mit einem Antrag auf Vorabentscheidung zur Frage, ob das EWR-Recht den Strafeintrag verlangt, an den EFTA-Gerichtshof (EFTA-GH). Dieser entschied, dass weder die EWR-Bestimmungen über die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit noch dazu gehörendes Sekundärrecht oder solches zum öffentlichen Beschaffungswesen die Verpflichtung vorsehen, dass Verurteilungen von Unternehmen «evident gehalten werden müssen», z.B. durch einen Eintrag in ein Strafregister.

Allerdings sind die EWR-Staaten nach Art. 33 der Richtlinie 2006/123<sup>51</sup> verpflichtet, u.a. für juristische Personen, die Dienstleistungen erbringen, in irgendeiner Form Aufzeichnungen zu führen über von Behörden verhängte strafrechtliche Sanktionen, Disziplinar- und Verwaltungsmassnahmen und Entscheidungen wegen Insolvenz oder Konkurs mit betrügerischer Absicht. Diese Verpflichtung gilt aber nur in soweit, als dies zur Erfüllung der Verpflichtungen zur Verwaltungszusammenarbeit in Bezug auf den Austausch von Informationen erforderlich ist. Diese Verpflichtungen wiederum betreffen nur Sanktionen, Massnahmen und Entscheidungen, die von direkter Bedeutung für die Kompetenz oder berufliche Zuverlässigkeit des Dienstleistungserbringers sind, um so die Kontrolle der Dienstleistungserbringer und der von ihnen erbrachten Dienstleistungen zu gewährleisten, soweit sie von der Richtlinie erfasst werden. Der EFTA-GH weist darauf hin, dass sowohl die Art der Auf-

<sup>50</sup> EFTA-GH, Rs. E-9/14 *Otto Kaufmann AG*, EFTA Court Report 2014, 1048.

<sup>51</sup> Sog. Dienstleistungsrichtlinie, die jedoch entgegen diesem informellen Namen sowohl die Niederlassung als auch die Erbringung von Dienstleistungen erfasst; Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. 2006 L 376/36.

zeichnungen als auch ihre Verwaltung Sache des betreffenden EWR-Staats sind, solange dabei ihr Zweck erfüllt wird.

Für das bilaterale Recht und die Schweiz ist diese Entscheidung insofern interessant, als auch hier ein öffentliches Interesse an der Veröffentlichung von Gesetzesverstössen denkbar ist. Zu denken ist etwa an den Fall, in dem ein Unternehmen in Verletzung des Diskriminierungsverbots des FZA Grenzgängerinnen und Grenzgängern weniger Lohn bezahlt als einheimischen Arbeitskräften oder wo Mindestlöhne nicht eingehalten werden. Mit dem FZA hat die Schweiz Teile des EU-Rechts zur Personenfreizügigkeit und zur Dienstleistungsfreiheit übernommen. Die Richtlinie 2006/113 gehört allerdings nicht dazu, sodass die diesbezüglichen Ausführungen des EFTA-GH für das bilaterale Recht nicht relevant sind. Die Niederlassungsfreiheit nach den Bestimmungen des FZA gilt – anders als im EU-Recht und im EWR-Recht – nur für natürliche und nicht auch für juristische Personen. Im Übrigen kann aber der Befund des EFTA-GH auf das bilaterale Recht übertragen werden: Es schafft keine Verpflichtung zum Eintrag von strafrechtlich relevanten Rechtsverstössen ins Strafregister, sondern belässt diese Thematik dem nationalen Recht der Vertragsstaaten, die nach dem Grundsatz *pacta sunt servanda* für die Wirksamkeit der von ihnen abgeschlossenen Übereinkommen zu sorgen haben. Umgekehrt stehen das EWR- bzw. das bilaterale Recht aber einer allfällig vom nationalen Recht vorgesehenen Eintragungspflicht auch nicht entgegen.

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

La présente contribution porte sur la jurisprudence relative à trois accords conclus entre la Suisse et l'Union européenne : l'accord sur la libre circulation des personnes de 1999 (ALCP)<sup>52</sup> (1), l'accord d'association de la Suisse à Dublin de 2004<sup>53</sup> (2) ainsi que l'accord d'association de la Suisse à Schengen de 2004<sup>54</sup> (3)<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, du 21 juin 1999, RS 0.142.112.681.

<sup>53</sup> Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un Etat membre ou en Suisse, du 26 octobre 2004, RS 0.142.392.68.

<sup>54</sup> Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, du 17 décembre 2004, RS 0.362.31.

<sup>55</sup> La période couverte par la présente chronique s'étend du 13 août 2014 au 11 août 2015.

## 1. L'accord sur la libre circulation des personnes de 1999

La présentation de la jurisprudence relative à l'ALCP est articulée autour de cinq thèmes : le droit de séjour au titre du regroupement familial (a), le droit de séjour avec exercice d'une activité lucrative (b), la reconnaissance des qualifications professionnelles (c), les limites au droit de séjour pour des motifs liés à l'ordre et la sécurité publics (d) et la coordination en matière de sécurité sociale (e).

### a) Le droit de séjour au titre du regroupement familial

Les affaires relatives au droit de séjour dont le fondement est le regroupement familial ont été moins nombreuses que l'année passée<sup>56</sup>. Ce droit est souvent invoqué en faveur du conjoint. Trois affaires méritent cependant un examen détaillé. Elles concernent la situation de conjoints de ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne se prévalant d'un mariage qui n'existait plus que formellement, en vue de conserver le droit de séjour obtenu au titre du regroupement familial.

Dans un premier arrêt du 4 mars 2015<sup>57</sup>, il était question d'un ressortissant turc marié à une ressortissante portugaise, bénéficiaire d'une autorisation d'établissement en Suisse, lequel contestait la mesure des autorités cantonales lui refusant le renouvellement de son autorisation de séjour. La décision cantonale était basée sur le fait que le couple ne vivait pas ensemble et qu'un faisceau d'indices laissait apparaître qu'aucune vie conjugale n'existait. Saisi de cette affaire, le Tribunal fédéral a d'abord souligné que l'intéressé, en tant que conjoint d'une ressortissante d'un Etat membre de l'Union européenne, disposait d'un droit de séjour en vertu de l'article 7, lettre d, ALCP et de l'article 3, paragraphes 1 et 2, annexe I, ALCP. Ce droit existe en principe pendant la durée formelle du mariage<sup>58</sup>. Il y a abus de droit à invoquer l'article 3, paragraphe 1, annexe I, ALCP, lorsque le lien conjugal est vidé de toute substance et que la demande de regroupement familial vise seulement à obtenir une autorisation de séjour pour l'époux du travailleur ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne<sup>59</sup>. Le Tribunal fédéral a aussi considéré qu'en vertu de l'article 23, alinéa 1, de l'Ordonnance fédérale sur l'introduction progressive de la libre

<sup>56</sup> Voir la chronique relative à l'année 2014, CHRISTINE KADDOUS & CHRISTA TOBLER, *Droit européen : Suisse–Union européenne/Europarecht : Schweiz–Europäische Union*, 24 SZIER/RSDIE (2014) p. 658-662.

<sup>57</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 4 mars 2015, réf. 2C\_840/2014.

<sup>58</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 4 mars 2015, réf. 2C\_840/2014, consid. 6.1.

<sup>59</sup> ATF 139 II 393, consid. 2.1, ATF 130 II 113, consid. 9.4 et arrêt du Tribunal fédéral du 17 janvier 2012, réf. 2C\_826/2011, consid. 3.1.

circulation (ci-après : OLCP)<sup>60</sup>, les autorisations de séjour de courte durée, de séjour et frontalières UE/AELE peuvent être révoquées ou ne pas être prolongées si les conditions requises pour leur délivrance ne sont plus remplies. En l'occurrence, le Tribunal fédéral a confirmé les décisions précédentes en constatant que le mariage de l'intéressé était vidé de toute substance. Il a notamment retenu que les époux n'avaient pas de langue commune, de sorte qu'il leur était impossible de donner une quelconque substance à leur union. Les époux vivaient séparés la plupart du temps, l'intéressé travaillant et vivant dans une autre ville que son épouse. Le Tribunal fédéral a également retenu l'absence de partage, de loisirs et de projets communs entre les époux. Au surplus, les intéressés ont tenu des propos contradictoires au sujet de leur situation conjugale. Enfin, comme l'a relevé le Service cantonal, l'épouse de l'intéressé a elle-même admis qu'il ne s'agissait pas « d'un mariage d'amour ». Dans ces conditions, le Tribunal fédéral a jugé que le mariage constituait, dès l'origine, un abus de droit et qu'il n'avait aucune substance. Les éléments allant dans ce sens étaient nombreux et pertinents. Par conséquent, l'intéressé ne pouvait pas invoquer la protection de l'article 3, paragraphes 1 et 2, annexe I, ALCP et le Tribunal fédéral a rejeté le recours.

Dans un arrêt du 1<sup>er</sup> novembre 2014<sup>61</sup>, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de rappeler qu'en cas de séparation des époux, il y avait aussi abus de droit à invoquer l'article 3, annexe I, ALCP si le lien conjugal était vidé de toute substance. En l'espèce, il s'agissait d'un ressortissant turc qui invoquait un droit de séjour en raison de son mariage avec une ressortissante allemande. Or, une procédure de divorce était intentée dans la troisième année de mariage. De plus, l'intéressé avait reconnu que le mariage s'était entretemps vidé de sa substance. Il s'est prévalu de l'article 50, paragraphe 1, lettre b, de la Loi fédérale sur les étrangers (ci-après : LEtr). Aux termes dudit article, une prolongation de l'autorisation de séjour des membres de la famille est accordée s'il existe pour cela des « raisons personnelles majeures ». Selon le Tribunal fédéral, l'appréciation de la disposition dans un cas précis doit se faire sur la base de la situation personnelle de l'intéressé<sup>62</sup>. Celui-ci a soutenu que toute sa famille et ses amis étaient en Suisse et qu'il n'avait plus aucun lien social en Turquie. Il a affirmé qu'une réinsertion dans la société turque s'avérerait très difficile. Le Tribunal fédéral a rejeté cette argumentation et jugé qu'une prolongation en vertu de l'article 50, paragraphe 1, lettre b, LEtr n'entraînait pas en ligne de compte. Le recours a ainsi été rejeté.

<sup>60</sup> Ordonnance fédérale sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, l'Union européenne et ses Etats membres, ainsi qu'entre les Etats membres de l'Association européenne de libre-échange (OLCP); RS 142.203.

<sup>61</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 1<sup>er</sup> novembre 2014, réf. 2C\_766/2013.

<sup>62</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 1<sup>er</sup> novembre 2014, réf. 2C\_766/2013, consid. 2.2.

Enfin, un arrêt du 25 février 2015<sup>63</sup> concerne une ressortissante congolaise qui contestait la révocation de son autorisation de séjour et son renvoi après le décès de son conjoint, ressortissant italien. Pour déterminer si un droit de séjour pouvait être déduit en faveur du conjoint survivant, le Tribunal fédéral a examiné l'article 4, annexe I, ALCP à la lumière des dispositions du règlement n° 1251/70<sup>64</sup>. L'article 3, paragraphe 2, dudit règlement prévoit un droit de demeurer pour le conjoint survivant d'un ressortissant d'un Etat membre si certaines conditions sont remplies. En l'espèce, le Tribunal fédéral a retenu que l'intéressée ne pouvait pas se prévaloir d'un droit de demeurer, dès lors qu'elle ne faisait plus ménage commun avec son époux au moment du décès de celui-ci. Le couple avait des difficultés conjugales en raison de la dépendance à la drogue de l'intéressée et le conjoint décédé avait l'intention de divorcer. Ainsi, le lien conjugal était déjà vidé de substance avant le décès du conjoint.

### **b) Le droit de séjour avec exercice d'une activité lucrative**

Trois arrêts en matière de droit de séjour avec exercice d'une activité lucrative méritent d'être commentés dans la présente chronique. Le premier concerne la qualification de la profession de prostitution (i), le deuxième a trait aux stages professionnels (ii) et le troisième porte sur l'obligation d'annoncer l'arrivée en Suisse en vue de l'exercice d'activités lucratives de courte durée.

#### *i) Une activité de prostitution constitue-t-elle une activité lucrative dépendante ou indépendante ?*

Une ressortissante roumaine qui souhaitait exercer une activité de prostitution en Suisse s'est vu refuser l'octroi d'un permis de séjour par l'autorité compétente du canton de Lucerne, au motif que le club qui demandait le permis n'avait pas démontré que l'activité en question ne pouvait pas être exercée par un citoyen suisse. Le Tribunal fédéral a confirmé cette décision dans un arrêt du 4 septembre 2014<sup>65</sup>.

L'ALCP est applicable dans les relations entre la Suisse, la Bulgarie et la Roumanie depuis le 1<sup>er</sup> juin 2009. Une période de transition est prévue, au cours de laquelle les parties contractantes ont le droit de restreindre l'accès à leur

<sup>63</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 25 février 2015, réf. 2C\_1147/2014.

<sup>64</sup> Règlement de la Commission, du 29 juin 1970, relatif au droit des travailleurs de demeurer sur le territoire d'un Etat membre après y avoir occupé un travail, JO L 142 du 30 juin 1970, p. 24. Ce règlement a été remplacé en droit de l'Union européenne par la 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, JO L 158 du 30 avril 2004, p. 38.

<sup>65</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 4 septembre 2014, réf. 2C\_772/2013.

marché du travail. Au printemps 2014, le Conseil fédéral a décidé de prolonger l'application des restrictions à l'accès au marché du travail suisse jusqu'au 31 mai 2016 pour les travailleurs salariés provenant de Bulgarie et Roumanie. L'intéressée ne contestait pas ce régime. Elle soutenait que son activité de prostitution n'était pas une activité lucrative dépendante, mais indépendante et que, par conséquent, les restrictions relatives aux travailleurs salariés ne lui étaient pas applicables. La notion d'activité dépendante est une notion qui relève du droit de l'Union européenne. Le Tribunal fédéral l'interprète en prenant en compte la jurisprudence pertinente de la Cour de justice de l'Union européenne, rendue avant la date de signature de l'ALCP, le 21 juin 1999<sup>66</sup>. Dans sa jurisprudence, la Cour de justice a défini les trois éléments essentiels qui caractérisent la notion d'activité dépendante (ou de travailleur salarié), à savoir l'exercice d'une prestation économique, l'existence d'un lien de subordination et une rémunération<sup>67</sup>. En droit de l'Union européenne, la prostitution peut être exercée comme une activité dépendante ou indépendante en fonction des circonstances du cas. Il peut s'agir d'une activité indépendante si la personne l'exerce en dehors de tout lien de subordination en ce qui concerne les conditions de travail et de rémunération et que cette personne travaille sous sa propre responsabilité<sup>68</sup>. Le droit suisse se base sur des critères d'appréciation similaires.

En l'espèce, l'intéressée a contesté être un travailleur salarié au motif qu'il y avait absence de lien de subordination. Elle était libre de choisir ses conditions de travail, le nombre de clients qu'elle recevait, le temps passé avec eux ainsi que le prix de ses services. Le fait qu'elle louait une chambre dans le club et qu'elle utilisait l'infrastructure à disposition ne changeait rien, selon elle, au caractère indépendant de son activité. Le Tribunal fédéral n'a pas suivi cette argumentation et a conclu à l'existence d'un lien de subordination entre le club et l'intéressée. Il a d'abord retenu que c'est le club qui choisissait les prostituées et qui décidait du prix de location des lieux. Les prostituées étaient, en outre, obligées de respecter les règles internes du club. Le Tribunal fédéral a également souligné la dépendance économique de l'intéressée par rapport au club au motif que celle-ci ne pourrait pas assurer ses revenus de la même manière sans l'infrastructure mise à disposition par le club. Ainsi, à titre d'exemple, les clients entraient en contact avec les prostituées par le biais du site internet du club. Le fait que l'intéressée fixait, seule, le prix de ses services n'avait pas d'impact sur l'appréciation globale de la situation.

<sup>66</sup> Art. 16, para. 2, ALCP.

<sup>67</sup> CJCE arrêt *Lawrie-Blum* du 3 juillet 1986, aff. C-66/85, Rec. 1986, p. 2121.

<sup>68</sup> CJCE arrêt *Jany et autres* du 20 novembre 2001, aff. C-268/99, Rec. 2001, p. I-8690.

Sur la base de ces éléments, le Tribunal fédéral a jugé que la ressortissante roumaine exerçait bien une activité dépendante et ne pouvait donc pas bénéficier des droits conférés par l'ALCP.

ii) *Perte du statut de travailleur salarié dans le cadre de l'ALCP*

Dans un arrêt du 12 janvier 2015<sup>69</sup>, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer sur la notion de travailleur au sens de l'ALCP.

L'affaire portait sur une demande de prolongation de permis de séjour pour l'exercice d'une activité lucrative par un ressortissant allemand. Ce dernier, un maître artisan, avait obtenu un permis de séjour pour cinq ans (2006 à 2011) de l'Office des migrations du canton de Soleure. Au cours de cette période, il a perdu son emploi involontairement et a obtenu des prestations de l'assurance-chômage pour le reste de la durée de son permis de séjour. Par la suite, l'Office cantonal lui a accordé un an supplémentaire pour la recherche d'un nouvel emploi. Tenant compte du fait que l'intéressé n'avait toujours pas d'engagement stable en 2012, l'Office cantonal a décidé de ne pas prolonger son permis de séjour et l'intéressé a fait recours contre cette décision devant le Tribunal fédéral.

L'intéressé a principalement soutenu que, pendant la période de prolongation (entre 2011 et 2012), il avait effectué deux stages qui correspondaient au total à une durée de six mois et qui, selon lui, équivalaient à une activité professionnelle au sens de l'ALCP. Il a, par conséquent, considéré que, sur cette base, il devrait obtenir une prolongation de son permis de séjour.

Les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne qui exercent une activité lucrative dépendante ont le droit de séjourner en Suisse pendant cinq ans conformément à l'article 6, paragraphe 6, annexe I, ALCP. Le Tribunal fédéral a cependant rappelé que, dans certaines circonstances, un citoyen de l'Union peut perdre son droit de séjour en Suisse si les conditions requises pour la délivrance du permis ne sont plus remplies au cours de ces cinq ans<sup>70</sup>. Il convient toutefois de noter que le statut de travailleur salarié ne cesse pas *ipso facto* à l'issue d'un contrat de travail. Un citoyen de l'Union européenne peut notamment continuer à séjourner en Suisse pour rechercher un nouvel emploi durant une période de six mois au minimum<sup>71</sup>.

Dans le cas d'espèce, la question était de savoir si l'intéressé pouvait, au moment de la demande de prolongation du permis de séjour, toujours être considéré comme travailleur salarié au sens de l'ALCP et ainsi continuer à bénéficier de son droit de séjour en Suisse.

<sup>69</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 12 janvier 2015, réf. 2C\_195/2014.

<sup>70</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 12 janvier 2015, réf. 2C\_195/2014, consid. 2.1.

<sup>71</sup> Art. 2, para. 1, annexe I, ALCP.

Le Tribunal fédéral s'est référé à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, selon laquelle le délai de six mois devrait permettre aux intéressés de prendre connaissance des offres d'emplois correspondant à leurs qualifications professionnelles et de prendre, le cas échéant, les mesures nécessaires afin d'être engagés. Toutefois, si, après cette prolongation du droit de séjour, l'intéressé apporte la preuve qu'il continue à chercher un emploi et qu'il a des chances véritables d'être engagé, il ne saurait être contraint de quitter le territoire de l'Etat membre d'accueil<sup>72</sup>. En outre, selon la Cour de justice de l'Union européenne, le statut de travailleur salarié ne dépend, en principe, pas du nombre d'heures de travail effectué, ni du montant du salaire<sup>73</sup>. Toutefois, la jurisprudence a établi une restriction à ces deux principes. Dans son arrêt *Genc*<sup>74</sup>, la Cour de justice a considéré qu'indépendamment du niveau limité de la rémunération tirée d'une activité professionnelle et du nombre d'heures consacrées à celle-ci, il ne peut pas être exclu que cette activité, à la suite d'une *appréciation globale* de la relation de travail en cause, puisse être considérée par les autorités nationales comme réelle et effective<sup>75</sup>, ce qui, en l'occurrence, permettait d'attribuer à son titulaire la qualité de travailleur. Cette approche d'*appréciation globale* («*Gesamtansicht*») a déjà été appliquée par le Tribunal fédéral dans un arrêt de 2014<sup>76</sup>. Dans ce dernier arrêt, l'intéressée, une ressortissante portugaise, avait perdu son statut de travailleur salarié car les emplois de courte durée et les emplois de réinsertion effectués ne pouvaient pas, au regard de la situation globale, être considérés comme une activité lucrative au sens de l'ALCP.

Dans l'arrêt de janvier 2015 sans examen, le Tribunal fédéral a souligné que le Tribunal cantonal n'avait, à tort, pas examiné si les stages effectués par l'intéressé pouvaient être considérés comme une activité lucrative. Il a ensuite effectué une *appréciation globale* des stages. Il s'est avéré que ceux-ci constituaient en réalité des activités en faveur d'associations de bienfaisance et qu'ils servaient, au plus, à compléter la formation de l'intéressé. En outre, les stages en question n'étaient pas rémunérés. Il n'y avait donc aucune raison pour le Tribunal fédéral de considérer ces activités comme équivalentes à une activité lucrative. L'intéressé a essayé d'argumenter, subsidiairement, que son mal de dos constituait une incapacité de travail définitive et qu'il avait ainsi le droit de

<sup>72</sup> CJCE, arrêt *Gustaff Desiderius Antonissen* du 26 février 1991, aff. C-292/89, Rec. 1991, p. I-745.

<sup>73</sup> CJUE, arrêt *Wendy Geven* du 18 juillet 2007, aff. C-213/05, Rec. 2007, p. I-6347.

<sup>74</sup> CJUE, arrêt *Hava Genc* du 4 février 2010, aff. C-14/09, Rec. 2010, p. I-931.

<sup>75</sup> CHRISTINE KADDOUS & DIANE GRISEL, *Libre circulation des personnes et des services*, Dossier de droit européen n° 26, Bâle 2012, p. 201–203.

<sup>76</sup> Voir arrêt du Tribunal fédéral du 10 avril 2014, réf. 2C\_390/2013, voir aussi Chronique précédente CHRISTINE KADDOUS & CHRISTA TOBLER, *Droit européen: Suisse–Union européenne/Europarecht: Schweiz–Europäische Union*, 24 SZIER/RSDIE (2014), p. 663–667.

demeurer en Suisse à titre permanent. Le Tribunal fédéral a rejeté cette argumentation, la considérant comme contradictoire à l'argumentation principale, et a rejeté le recours.

Par cet arrêt, le Tribunal fédéral a confirmé sa jurisprudence en la matière. Il en ressort également qu'il n'est pas exclu que des stages similaires à ceux effectués en l'espèce puissent être considérés comme équivalant à une activité lucrative au sens de l'ALCP. Toutefois, le Tribunal fédéral a procédé à une *appréciation globale* de la situation de l'intéressé afin de déterminer si ce citoyen de l'Union bénéficiait encore du statut de travailleur au sens de l'ALCP<sup>77</sup>.

*iii) Des sanctions disproportionnées à cause d'une contravention à l'OLCP*

Dans un arrêt du 24 avril 2015<sup>78</sup>, le Tribunal fédéral a dû évaluer la proportionnalité d'une mesure prise par les autorités genevoises pour violation de l'Ordonnance sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne (ci-après: OLCP)<sup>79</sup>.

La présente affaire concernait un salon de massage genevois qui engageait des prostituées originaires de différents Etats de l'Union européenne. La brigade des mœurs de la police genevoise a effectué un contrôle en 2013. Le propriétaire du salon et employeur des prostituées n'était pas en mesure de présenter l'autorisation de travail pour une prostituée de nationalité espagnole. A titre de sanction, les autorités genevoises ont ordonné, d'une part, une fermeture temporaire du salon pour une durée d'un mois et, d'autre part, infligé une amende au propriétaire du salon. L'intéressé n'a pas contesté l'amende mais a soutenu que la mesure de fermeture du salon constituait une mesure disproportionnée. En droit suisse, l'employeur est obligé d'annoncer à l'autorité cantonale compétente l'arrivée d'un employé<sup>80</sup>. Cette règle s'applique aussi lorsque la période d'emploi ne dépasse pas 90 jours<sup>81</sup>.

<sup>77</sup> Pour approfondir, voir CHRISTINE KADDOUS & DIANE GRISEL, *Libre circulation des personnes et des services*, Dossier de droit européen n° 26, Bâle 2012, p. 892–895.

<sup>78</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 25 avril 2015, réf. 2C\_793/2014.

<sup>79</sup> Ordonnance du Conseil fédéral du 22 mai 2002 sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, l'Union européenne et ses États membres, ainsi qu'entre les États membres de l'Association européenne de libre-échange (OLCP), RS 142.203.

<sup>80</sup> Voir art. 6, Loi fédérale sur les travailleurs détachés (LDet), RS 823.20.

<sup>81</sup> Art. 9, al.1bis OLCP: «*En cas de prise d'emploi sur le territoire suisse ne dépassant pas trois mois par année civile ou de services fournis par un prestataire indépendant pendant 90 jours ouvrables au plus par année civile, la procédure de déclaration d'arrivée (obligation d'annonce, procédure, éléments, délais) au sens de l'art. 6 de la loi du 8 octobre 1999 sur les travailleurs détachés et de l'art. 6 de l'ordonnance du 21 mai 2003 sur les travailleurs détachés en Suisse s'applique par analogie. Le salaire ne doit pas être annoncé. En cas de prise d'emploi sur le territoire suisse ne dépassant pas trois mois par année civile, l'annonce doit s'effectuer au plus tard la veille du jour marquant le début de l'activité.* »

Le Tribunal fédéral a souligné les différences entre le régime légal applicable aux ressortissants des Etats tiers et celui applicable aux ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne s'agissant des séjours de courte durée, soit ne dépassant pas 90 jours, avec exercice d'une activité lucrative. Les premiers nécessitent une véritable autorisation relevant du droit des étrangers. Pour les seconds, une simple annonce (en général en ligne) de leur activité par leur employeur – ou par la personne elle-même, si celle-ci est indépendante – suffit<sup>82</sup>. Selon le Tribunal fédéral, l'ALCP n'interdit pas l'application de règles nationales de procédure relatives au contrôle des étrangers telles que la procédure d'annonce<sup>83</sup>. Il n'en demeure pas moins que l'autorisation de séjour pour un ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne n'a qu'une portée purement déclaratoire, c'est-à-dire qu'elle ne fait qu'attester le droit de séjourner et d'exercer une activité lucrative d'un bénéficiaire de l'ALCP dans l'Etat d'accueil<sup>84</sup>. Un séjour ou une activité lucrative exercée sans autorisation ne peut ainsi être illicite en raison d'une omission d'annoncer l'arrivée<sup>85</sup>. Le Tribunal fédéral a pourtant confirmé qu'une violation de l'obligation d'annoncer l'arrivée d'un employé bénéficiaire de l'ALCP peut être sanctionnée, mais uniquement par des sanctions non discriminatoires et proportionnées<sup>86</sup>. Ainsi, pour que des sanctions puissent être admissibles au regard de l'ALCP, il faut qu'elles soient notamment proportionnées par rapport à la gravité de l'infraction<sup>87</sup>. En l'espèce, l'infraction en cause était la violation de l'article 9, alinéa 1*bis*, OLCP. La prostituée espagnole avait été mise au bénéfice d'une autorisation de travail de manière rétroactive à la date du début de la prise de son activité lucrative dans le salon. Cette même employée avait déjà travaillé dans le salon de l'intéressé en 2013 et avait été dûment annoncée à l'époque à l'Office cantonal de la population du canton de Genève. Au regard de tous ces éléments, le Tribunal fédéral a considéré que la fermeture temporaire du salon de massages pour une durée d'un mois était une sanction disproportionnée.

<sup>82</sup> Voir arrêt du Tribunal fédéral du 25 avril 2015, réf. 2C\_793/2014, consid. 4.3.

<sup>83</sup> Voir art. 2, para. 4, annexe I, ALCP et ATF 136 II 329, consid. 2.

<sup>84</sup> Voir art. 2, para. 1, annexe I, ALCP; ATF 136 II 405, consid. 4.4; CJCE, arrêt *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie (MRAX)* du 25 juillet 2002, aff. C-459/99, Rec. 2002, p. I-6591, pt 74.

<sup>85</sup> CJCE, arrêt *MRAX* du 25 juillet 2002, aff. C-459/99, Rec. 2002, p. I-6591, pts 78 s.

<sup>86</sup> ATF 136 II 329, consid. 2.3.

<sup>87</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 25 avril 2015, réf. 2C\_793/2014, consid. 4.4.

**c) La reconnaissance des qualifications professionnelles**

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'appliquer la directive 2005/36<sup>88</sup> relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles à la situation d'un ressortissant roumain qui souhaitait s'inscrire en tant que conseil en brevets auprès de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI)<sup>89</sup>. En vertu de l'article 9 ALCP, la Suisse prend les mesures nécessaires concernant la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres concernant l'accès aux activités salariées et non salariées et l'exercice de celles-ci ainsi que la prestation de services. L'annexe III de l'accord renvoie aux directives de l'Union européenne applicables en la matière.

En l'espèce, l'intéressé avait obtenu un baccalauréat en mathématiques et en physique ainsi qu'un diplôme en construction mécanique dans son pays d'origine, la Roumanie. Il avait, par la suite, été conseil en brevets au Liechtenstein. Malgré son baccalauréat et son expérience professionnelle, l'IPI a rejeté sa demande d'inscription au registre des conseils en brevets en 2012 au motif que ses diplômes ne correspondaient pas aux exigences requises pour une inscription. Le Tribunal fédéral a confirmé le refus en examinant la Loi fédérale sur les conseils en brevet<sup>90</sup> et la directive 2005/36. Il a constaté que les diplômes en question n'entraient dans aucune des qualifications prévues à l'article 11 de la directive 2005/36 et a, par conséquent, rejeté le recours<sup>91</sup>.

**d) Les restrictions au droit de séjour pour des motifs liés à l'ordre et la sécurité publics**

La jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière est importante. Aux termes de l'article 5, paragraphe 1, annexe I, ALCP, une limitation des droits octroyés par l'accord peut être justifiée « par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique ». En application de ladite disposition, le Tribunal fédéral interprète les notions d'ordre public, de sécurité publique et de santé

<sup>88</sup> Directive 2005/36 du Parlement européen et du Conseil, du 7 septembre 2005, relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, JO L 255 du 30 septembre 2005, p. 22.

<sup>89</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 9 janvier 2015, réf. 2C\_364/2014.

<sup>90</sup> Loi fédérale sur les conseils en brevets (LCBr), RS 935.62.

<sup>91</sup> Sur la reconnaissance des qualifications professionnelles dans l'Union et dans les relations Suisse–UE, voir CHRISTINE KADDOUS & DIANE GRISEL, *Libre circulation des personnes et des services*, Dossier de droit européen n° 26, Bâle 2012, p. 721–793 et p. 930–945.

publique en se référant aux directives 64/221<sup>92</sup>, 72/194<sup>93</sup> et 75/35<sup>94,95</sup>. Les arrêts récents reprennent les principes développés dans la jurisprudence antérieure<sup>96</sup>. Ils illustrent la délicate question de la pesée des intérêts de l'individu et de ceux de la société. Le type d'infraction commise est un élément important dans l'examen de la pesée des intérêts effectué par le Tribunal fédéral. Nous allons analyser trois arrêts qui traitent de différentes infractions : d'infractions liées au trafic de drogues (i), d'infractions multiples (ii) et d'infractions d'ordre sexuel (iii).

i) *Infractions liées au trafic de drogue*

Le Tribunal fédéral a toujours eu une approche stricte lorsqu'il s'agit d'infractions liées au trafic de drogue. Toutefois, son inflexibilité dans ce domaine ne le dispense pas d'évaluer, dans chaque cas, le risque de récidive.

L'appréciation du risque de récidive est illustrée par l'arrêt du 24 avril 2015<sup>97</sup>. L'affaire concernait un ressortissant italien né en Suisse qui a commis des infractions liées au trafic de drogues entre 1996 et 2013. Il est lui-même dépendant à l'héroïne et a été condamné en 2013 à une peine privative de liberté de 18 mois. Une fois la peine purgée, l'Office des migrations du canton de Soleure a révoqué son permis d'établissement.

<sup>92</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 L 56, 1964, p. 850.

<sup>93</sup> Directive 72/194 du Conseil, du 18 mai 1972, étendant aux travailleurs qui exercent le droit de demeurer sur le territoire d'un Etat membre après y avoir occupé un emploi, le champ d'application de la directive 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 L 121, 1972, p. 32.

<sup>94</sup> Directive 75/35 du Conseil, du 17 décembre 1974, étendant le champ d'application de la directive 64/221/CEE 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, aux ressortissants d'un Etat membre qui exercent le droit de demeurer sur le territoire d'un autre Etat membre après y avoir exercé une activité non salariée, JO L 14, 1975, p. 10.

<sup>95</sup> Ces trois directives ont été abrogées par la 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, JO L 229, du 29 juin 2004, p. 35. La directive 2004/38 n'a pas été intégrée dans l'ALCP. Par conséquent, les directives énoncées à l'art. 5, para. 2, annexe I, ALCP restent applicables dans les relations entre la Suisse et l'Union européenne et ses Etats membres.

<sup>96</sup> Voir les chroniques précédentes de CHRISTINE KADDOUS & CHRISTA TOBLER, *Droit européen : Suisse–Union européenne/Europarecht: Schweiz–Europäische Union*, 24 SZIER/RSDIE (2014) p. 668 et CHRISTINE KADDOUS & CHRISTA TOBLER, *Droit européen : Suisse–Union européenne/Europarecht: Schweiz–Europäische Union*, 23 SZIER/RSDIE (2013) p. 658.

<sup>97</sup> Arrêts du Tribunal fédéral du 24 avril 2015, réf. 2C\_784/2014.

Le Tribunal fédéral s'est référé aux arrêts *Tskouridis*<sup>98</sup> et *Orfanopoulos et Oliveri*<sup>99</sup> de la Cour de justice de l'Union européenne, dans lesquels la Cour de justice a souligné que le trafic de drogues est particulièrement grave lorsqu'il représente une menace pour la santé, la sécurité et la qualité de vie des citoyens de l'Union ainsi que pour l'économie légale, la stabilité et la sécurité des Etats membres<sup>100</sup>. Pour la Cour de justice, la toxicomanie constitue un fléau pour l'individu et un danger économique et social pour l'humanité<sup>101</sup>. Le Tribunal fédéral a considéré qu'en l'espèce, le délinquant consommait de l'héroïne depuis presque vingt ans et que toute thérapie contre cette dépendance avait échoué. Ainsi, une amélioration de sa situation paraissait peu probable. En outre, l'intéressé avait une motivation financière qui le poussait à continuer de commettre des infractions liées au trafic de drogue. Il existait donc bel et bien un risque de récidive important. Le Tribunal fédéral a conclu que la décision de l'Office des migrations était conforme à l'article 5, annexe I, ALCP.

## ii) *Infractions multiples*

Le Tribunal fédéral applique également une politique sévère en ce qui concerne des délinquants qui commettent une série d'infractions pendant une certaine période<sup>102</sup>. Dans un arrêt du 11 décembre 2014<sup>103</sup>, il a cependant eu l'occasion de tracer des limites de cette politique en jugeant que l'Office cantonal de la population et des migrations du canton de Genève avait pris une mesure trop sévère à l'égard d'un ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne.

L'affaire concernait un ressortissant portugais, arrivé en Suisse en 2006, qui s'était vu révoquer son permis de séjour. Depuis 2007, son comportement avait donné lieu à de nombreuses condamnations pénales dont une peine privative de liberté de 194 jours. Ses infractions comprenaient notamment des tentatives de vol, des dommages à la propriété et du recel. Dans ces conditions, l'Office cantonal de la population et des migrations du canton de Genève avait révoqué son permis de séjour en 2012.

Le Tribunal fédéral a d'abord examiné la directive 64/221<sup>104</sup> qui prévoit à son article 3, paragraphe 2, que la seule existence de condamnations pénales ne

<sup>98</sup> CJUE, arrêt *Tskouridis* du 23 novembre 2010, aff. C-145/09, Rec. 2010, p. I-11979.

<sup>99</sup> CJUE, arrêt *Orfanopoulos et Oliveri*, 29 avril 2004, aff. C-493/01, Rec. 2004, p. I-5257.

<sup>100</sup> Arrêt *Tskouridis*, pt 46.

<sup>101</sup> Arrêt *Tskouridis*, pt 47.

<sup>102</sup> CHRISTINE KADDOUS & CHRISTA TOBLER, *Droit européen : Suisse–Union européenne/Europarecht: Schweiz–Europäische Union*, 24 SZIER/RSDIE (2014), p. 671.

<sup>103</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 11 décembre 2014, réf. 2C\_559/2014.

<sup>104</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 L 56 du 4 avril 1964, p. 850.

peut automatiquement motiver des mesures d'ordre ou de sécurité publics. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, ces mesures ne peuvent être prises en considération que si les circonstances laissent apparaître l'existence d'une menace actuelle pour l'ordre public<sup>105</sup>. Dans certaines circonstances, la jurisprudence admet néanmoins que le seul comportement passé de la personne concernée peut être constitutif de pareille menace actuelle<sup>106</sup>. En l'espèce, le Tribunal fédéral a souligné que l'intéressé avait été condamné à de multiples reprises sur une période de deux ans et demi environ et qu'il n'avait pas hésité à cambrioler des associations sportives ou caritatives. Agissant d'abord seul, puis en bande, avec la circonstance aggravante du métier, l'intéressé avait affiché un mépris complet et durable pour la propriété d'autrui. S'agissant du risque de récidive, le Tribunal fédéral a estimé que l'intéressé n'avait pas tenu compte des mises en garde de la justice pénale qui avait assorti du sursis ses premières condamnations. Toutefois, le Tribunal fédéral a considéré que le fait que l'intéressé n'avait plus commis d'infractions depuis octobre 2009 était à sa décharge et que son comportement délictueux n'avait pas révélé d'actes de violence criminelle ou d'infractions contre l'intégrité sexuelle. De plus, le Tribunal fédéral a souligné que l'intéressé exerçait régulièrement une activité professionnelle et qu'il vivait une relation sentimentale épanouie. Le Tribunal fédéral a conclu que la stabilité affective, financière et socio-professionnelle du recourant permettait de considérer que le risque de récidive était faible. Dans ces conditions, il y avait lieu d'admettre qu'il ne présentait plus une menace suffisamment grave pour justifier une mesure d'ordre public au sens de l'article 5, annexe I, ALCP et de la directive 64/221<sup>107</sup>.

### iii) *Infractions d'ordre sexuel*

Les infractions d'ordre sexuel commises par des ressortissants des Etats membres de l'Union européenne qui ont fait l'objet d'un arrêt du Tribunal fédéral ont été moins nombreuses que précédemment<sup>108</sup>. Au cours de la période sous examen, le Tribunal fédéral a eu à connaître d'une seule affaire relative à une infraction d'ordre sexuel.

<sup>105</sup> ATF 136 II 5, consid. 4.2, ATF 130 I 176, consid. 3.4.1 et également ATF 143 II 10, consid. 4.3 (ces arrêts soulignent le « rôle déterminant » du risque de récidive).

<sup>106</sup> *Ibid.* Dans le même sens CJCE, arrêt *Bouchereau* du 27 octobre 1977, aff. C-30/77, Rec. 1977 p. 1999, pt 29.

<sup>107</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 11 décembre 2014, réf. 2C\_559/2014, consid. 2.4.

<sup>108</sup> Des arrêts concernant des infractions d'ordre sexuel ont été examinés dans la chronique de 2012. Voir CHRISTINE KADDOUS & CHRISTA TOBLER, *Droit européen : Suisse–Union européenne/Europarecht: Schweiz–Europäische Union*, 22 SZIER/RSDIE (2012), p. 693.

L'arrêt du 26 novembre 2014<sup>109</sup> concernait un ressortissant espagnol, arrivé en Suisse en 1971, qui avait été condamné à plusieurs reprises. Il avait purgé une peine privative de liberté de 5 ans et trois mois. En 2012, l'intéressé avait, à nouveau, été condamné à une peine privative de liberté de 20 mois pour des actes de pédophilie. L'Office cantonal des migrations soleurois a, dès lors, décidé de retirer le permis d'établissement de l'intéressé après sa libération de prison et accompagné ce retrait d'une mesure d'expulsion de Suisse.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a mis l'accent sur deux aspects. Premièrement, une infraction d'ordre sexuel constituait une menace réelle et d'une certaine gravité portant sur un intérêt fondamental de la société. Le Tribunal fédéral a nié qu'il s'agissait d'une prévention générale qui serait détachée du cas particulier. Deuxièmement, en se basant sur des rapports médicaux, le Tribunal fédéral a jugé que le risque de récidive était important en l'espèce. L'intéressé nécessitait un suivi thérapeutique. Le risque de récidive avait également été confirmé par un avis médical donné par un expert sollicité dans cette affaire. Il existait donc bel et bien une menace réelle pour l'ordre public au sens de l'article 5, annexe I, ALCP. La circonstance selon laquelle l'intéressé était domicilié en Suisse depuis quarante ans a été prise en compte par le Tribunal fédéral. Toutefois, son intégration en Suisse n'a pas été considérée comme suffisamment forte. La mesure de retrait et d'expulsion a été jugée proportionnée, et donc conforme aux exigences de l'ALCP.

### e) La coordination en matière de sécurité sociale

Pendant la période sous examen, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de traiter plusieurs questions extrêmement intéressantes en lien avec la sécurité sociale. Ces questions portent sur les cinq thèmes suivants : l'indemnité de vacances pour les salariés (i), l'assurance-chômage (ii), l'assurance-vieillesse (iii), la recherche d'un emploi et l'aide sociale (iv) ainsi que les prestations complémentaires à une rente d'invalidité (v).

#### i) *L'indemnité de vacances pour les salariés*

L'arrêt du Tribunal fédéral du 19 novembre 2014<sup>110</sup> illustre les différences persistantes entre les Etats dans le système d'indemnisation des vacances pour les salariés que ni la Convention de Lugano<sup>111</sup>, ni la coordination des systèmes de

<sup>109</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 26 novembre 2014, réf. 2C\_570/2014.

<sup>110</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 19 novembre 2014, réf. 5A\_249/2014.

<sup>111</sup> Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano, CL), conclue à Lugano le 30 octobre 2007, RS 0.275.12.

sécurité sociale prévue par l'ALCP et par le droit dérivé de l'Union européenne ne permettent d'appréhender.

En l'espèce, il s'agissait d'une entreprise suisse ayant son siège à Saint-Gall qui s'était associée à un projet de construction d'un bâtiment en Autriche pendant les six premiers mois de l'année 2010. Conformément au système autrichien, la caisse pour les indemnités de vacances pour les salariés dans l'industrie du bâtiment (*BUAK: Bauarbeiter-Urlaubs & Abfertigungskasse*, ci-après: la caisse) a exigé de la part de l'entreprise suisse les salaires afférents aux vacances de ses employés. L'entreprise suisse n'a pas donné suite à cette obligation, ce qui a engendré des procédures judiciaires en Autriche. Le tribunal de dernière instance de Vienne avait donné raison, en 2012, à la caisse en condamnant l'entreprise suisse au paiement des salaires afférents aux vacances plus les intérêts. Se basant sur le jugement autrichien, la caisse a entamé des démarches en Suisse afin d'obtenir l'exécution forcée du paiement de la somme en cause. Suite à l'opposition de paiement opérée par l'entreprise suisse, la caisse a fait recours devant le Tribunal fédéral.

L'arrêt du Tribunal fédéral porte sur la décision de refus de mainlevée définitive de l'opposition à l'exécution forcée du paiement des salaires afférents aux vacances. Le Tribunal fédéral a été amené à analyser deux questions. La première consistait à déterminer si la Convention de Lugano s'appliquait. Pour le cas où la Convention de Lugano ne s'appliquait pas, la seconde question était de savoir si les dispositions de l'ALCP obligeaient les autorités suisses à reconnaître et à exécuter les jugements autrichiens.

S'agissant de l'applicabilité de la Convention de Lugano, le Tribunal fédéral a souligné que l'Autriche et la Suisse ont des réglementations différentes concernant l'indemnisation des vacances pour les salariés dans l'industrie du bâtiment. En Suisse, c'est l'employeur qui paie directement le salaire afférent aux vacances à ses employés. Selon le droit autrichien en revanche, l'employeur verse les salaires à la caisse, laquelle les reverse à l'employeur au moment où l'employé prend effectivement des vacances. La Convention de Lugano prévoit la reconnaissance et l'exécution des décisions des parties contractantes<sup>112</sup>. La notion de « matière civile et commerciale » est interprétée de manière autonome et, en principe, de manière extensive<sup>113</sup>. Selon le Tribunal fédéral, l'applicabilité de la Convention de Lugano ne saurait être exclue du seul fait que l'une des parties au litige est une collectivité publique<sup>114</sup>. En revanche, pour que la Convention s'applique, il importe que la relation litigieuse ne relève pas de l'exer-

<sup>112</sup> Art. 1 CL.

<sup>113</sup> ATF 124 III 382, consid. 6.e.

<sup>114</sup> CJCE, arrêt *Sonntag* du 21 avril 1993, aff. C-172/91, Rec. 1993, p. I-1963, pts 20 à 22.

cice de la puissance publique<sup>115</sup>. En l'espèce, il convenait d'analyser la nature des activités de la caisse autrichienne. Le Tribunal fédéral a considéré que cette activité était principalement en lien avec des contrats de travail régis par le droit privé<sup>116</sup>. Il a analysé les compétences de la caisse à l'égard des employeurs<sup>117</sup> et a conclu qu'il existait un lien de subordination entre la caisse et ces derniers, ce qui signifiait que cette activité relevait de l'exercice de la puissance publique. Il s'est appuyé sur le fait qu'il existait une obligation d'inscription à la caisse, une obligation de fournir des informations et, surtout, en cas de non-respect de ces obligations, une compétence pour prononcer des amendes. Par conséquent, il existait bien un lien de subordination entre la caisse et l'entreprise suisse<sup>118</sup>. En conclusion sur ce point, le Tribunal fédéral a écarté l'applicabilité de la Convention de Lugano.

La caisse a soutenu, à titre subsidiaire, que les dispositions de l'ALCP, en particulier celles relatives à la sécurité sociale en combinaison avec le règlement n° 883/2004<sup>119</sup>, obligeaient les autorités suisses à reconnaître et à exécuter les jugements autrichiens. Le Tribunal fédéral a rejeté cette argumentation. Il a rappelé que le règlement n° 883/2004 prévoit la coordination des systèmes de sécurité sociale et contient, à son article 3, paragraphe 1, une liste exhaustive des branches de sécurité sociale pour lesquelles une coordination est prévue<sup>120</sup>. Selon le Tribunal fédéral, il convenait d'analyser les éléments constitutifs de la prestation en cause et, notamment, sa finalité et ses conditions d'octroi, afin de déterminer si elle relevait de la sécurité sociale<sup>121</sup>. Il a considéré que la finalité du système des caisses de vacances (*Urlaubskassensystem*) permettait aux employés d'invoquer, le cas échéant, leur droit aux salaires afférents aux vacances et que ce droit était régi par le droit privé. En outre, les vacances ne pouvaient pas être assimilées à une des éventualités concernées par la sécurité sociale (retraite, décès, invalidité etc.) dans la mesure où elles étaient généralement prévisibles et ne duraient qu'un certain temps. Par conséquent, la prestation en question ne relevait pas de la sécurité sociale au sens du règlement n° 883/2004. Enfin, la caisse a fait valoir le principe de non-discrimination figurant

<sup>115</sup> *Ibid.*

<sup>116</sup> Pour une comparaison avec le règlement n° 44/2001 (Bruxelles I) voir JAN KROPHOLLER & JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 9<sup>e</sup> édit., Munich 2011, N 39 zu Art. 1 EuGVO.

<sup>117</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 19 novembre 2014, réf. 5A\_249/2014, consid. 3.1.2.

<sup>118</sup> Voir dans le même sens, CJCE, arrêt *Préservatrice foncière TIARD* du 15 mai 2003, aff. C-266/01, Rec. 2003, p. 4867, pt 36.

<sup>119</sup> Règlement n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004, portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, JO L 166 du 30 avril 2004, p. I-123.

<sup>120</sup> CJCE arrêt *Otte* du 11 juillet 1996, aff. C-25/95, Rec. 1996, p. 3745, pt 22.

<sup>121</sup> CJCE arrêt *Paletta* du 3 juin 1992, aff. C-45/90, Rec. 1992, p. 3423, pt 16.

dans l'ALCP<sup>122</sup>. Quant à cet argument, le Tribunal fédéral a estimé que l'article 9, paragraphe 1, annexe I, ALCP s'adressait à l'Etat dans lequel se trouve le travailleur (en l'espèce, l'Autriche) et visait à protéger le travailleur dans l'exercice de son travail<sup>123</sup>. En conclusion sur ce point, les dispositions de l'ALCP n'entraient pas en ligne de compte. Compte tenu de ces éléments, le Tribunal fédéral a conclu que la caisse ne pouvait exiger le paiement de la somme des salaires afférents aux vacances.

ii) *Assurance-chômage – le cas d'un frontalier*

Dans un arrêt du 22 septembre 2014<sup>124</sup>, le Tribunal fédéral a posé des limites à l'application de l'arrêt *Miethe* de la Cour de justice de l'Union européenne<sup>125</sup>, lequel prévoit la faculté pour les « faux frontaliers » ou « frontaliers atypiques » de réclamer des prestations de l'Etat du dernier emploi. Cette approche confirme la jurisprudence antérieure du Tribunal fédéral<sup>126</sup>.

En l'espèce, il s'agissait d'un ressortissant français, naturalisé suisse, qui avait travaillé successivement au service de plusieurs employeurs dans la région lémanique. Suite à son licenciement, l'intéressé avait obtenu des indemnités payées par la Caisse cantonale genevoise de chômage. Cette dernière a engagé une enquête sur le lieu de domicile de l'intéressé et conclu que son domicile effectif se trouvait en France et non en Suisse. Par conséquent, il n'existait pas de droit aux indemnités de l'assurance-chômage suisse.

Dans son analyse, le Tribunal fédéral a appliqué le règlement n° 1408/71<sup>127</sup> qui traite notamment du chômage des frontaliers. Le règlement prévoit à son article 71, paragraphe 1, lettre a, point ii, que les travailleurs frontaliers qui sont au chômage complet sont soumis à la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel ils résident. Cette disposition présume implicitement qu'un tel travailleur bénéficie, dans cet Etat, des conditions les plus favorables à la recherche d'un emploi<sup>128</sup>. Une exception au principe a été introduite par la Cour de

<sup>122</sup> Art. 9, para. 1, annexe I, ALCP.

<sup>123</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 19 novembre 2014, réf. 5A\_249/2014, consid. 3.2.4.

<sup>124</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 22 septembre 2014, réf. 8C\_661/2013.

<sup>125</sup> CJCE, arrêt *Miethe* du 12 juin 1986, aff. C-1/85, Rec. 1986, p. I-1837.

<sup>126</sup> Voir CHRISTINE KADDOUS & CHRISTA TOBLER, *Droit européen : Suisse–Union européenne/Europarecht: Schweiz–Europäische Union*, 20 SZIER/RSDIE (2010), p. 633.

<sup>127</sup> Règlement n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, JO L 149 du 5 juillet 1971, p. 2. Le règlement n° 883/2004 a remplacé le règlement n° 1408/71. Il est entré en vigueur en Suisse le 1<sup>er</sup> avril 2012 par la décision n° 1/2012 du Comité mixte du 31 mars 2012 (RO 2012 2345). Les faits étant survenus avant l'entrée en vigueur du règlement en Suisse, l'ancien règlement s'appliquait.

<sup>128</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 22 septembre 2014, réf. 8C\_661/2013, consid. 3.2.2.

justice dans l'affaire *Miethé* précitée. La Cour a admis que l'idée, selon laquelle les conditions de recherche d'emploi sont plus favorables dans l'Etat de résidence, perdait de sa pertinence lorsque l'intéressé avait des liens beaucoup plus étroits avec l'Etat où il avait exercé son dernier emploi. Un travailleur dans une telle situation pouvait donc choisir de se mettre à la disposition des services de l'emploi du dernier Etat membre où il avait travaillé et recevoir des prestations dudit Etat. Cette faculté de choix n'était toutefois reconnue au travailleur frontalier au chômage que s'il remplissait deux critères cumulatifs: il devait avoir conservé dans l'Etat du dernier emploi à la fois des liens personnels et des liens professionnels propres à lui donner les meilleures chances de réinsertion dans ledit Etat. Dans un tel cas, il appartenait à la juridiction nationale de déterminer si un travailleur qui réside dans un autre Etat que l'Etat d'emploi avait néanmoins conservé, dans ce dernier Etat, de meilleures chances de réinsertion professionnelle<sup>129</sup>.

En se basant sur ces deux critères, le Tribunal fédéral a nié, en l'espèce, l'application de l'exception introduite par l'arrêt *Miethé* puisque le critère des liens professionnels propres avec la Suisse n'était pas rempli. Le domaine d'activité de l'intéressé avait toujours présenté un caractère international prépondérant. Il était en relation avec de nombreux marchés à l'étranger et avait travaillé en anglais dans les entreprises qui l'avaient employé. Le Tribunal fédéral a ainsi considéré que l'activité professionnelle de l'intéressé pouvait être exercée indifféremment en Suisse ou en France. En d'autres termes, l'intéressé était tout autant en mesure de faire valoir ses compétences et son expérience professionnelle pour le compte d'une entreprise en France<sup>130</sup>. Le Tribunal fédéral a, dans ces conditions, rejeté le recours.

iii) *Quel taux de change appliquer pour la conversion des montants des rentes AVS en euros ?*

Un arrêt du 24 mars 2015<sup>131</sup> a donné l'occasion au Tribunal fédéral de se prononcer sur la question du taux de change applicable aux prestations de l'assurance-vieillesse suisses qui sont versées en euros. La question principale était de savoir si la Suisse devait appliquer le taux de change déterminé par ses règles internes ou celui déterminé par le droit de l'Union européenne.

Un ressortissant allemand avait travaillé plusieurs années en Suisse. A sa retraite en 2011, il avait droit aux prestations d'assurance-vieillesse suisses. Les prestations lui ont été versées en euros par la Caisse suisse de compensation

<sup>129</sup> Voir CJCE, arrêt *Miethé* du 12 juin 1986, aff. C-1/85, Rec. 1986, p. I-1837, pts 17 à 19.

<sup>130</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 22 septembre 2014, réf. 8C\_661/2013, consid. 3.3.3.

<sup>131</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 24 mars 2015, réf. 9C\_375/2014.

(CSC). En vertu des règles suisses, la conversion est faite par l'institut financier en charge. Ce dernier applique le taux de change valable le jour du versement. Après les premiers versements, l'intéressé a fait recours. Il a considéré que le taux de change appliqué à sa rente était trop bas et que l'institut responsable aurait dû lui appliquer le taux déterminé en vertu des règles du droit de l'Union européenne, lequel était plus favorable à sa situation.

Le Tribunal fédéral a rappelé qu'en vertu de l'annexe II de l'ALCP, la Suisse et l'Union européenne s'étaient engagées à coordonner leurs systèmes de sécurité sociale. La coordination est concrétisée au sein de l'Union par le règlement n° 883/2004<sup>132</sup> et le règlement n° 987/2009<sup>133</sup> que la Suisse applique depuis le 1<sup>er</sup> avril 2012. L'article 90 du règlement n° 987/2009 porte sur la conversion des monnaies pour le versement des rentes. Cette disposition prévoit que le taux de change entre deux monnaies est le taux de change de référence publié par la Banque centrale européenne (BCE). La date à prendre en compte pour établir les taux de change est fixée par la commission administrative qui établit des tableaux chaque troisième mois. Pour le Tribunal fédéral, il y avait donc lieu d'examiner si la Suisse devait appliquer cette règle, à tout le moins pour les versements effectués après le 1<sup>er</sup> avril 2012. A cette fin, le Tribunal fédéral a souligné qu'en matière de sécurité sociale, les parties contractantes à l'ALCP se sont engagées à coordonner leurs règles, mais pas à les harmoniser. Il a considéré que l'article 90 dudit règlement visait en premier lieu à rendre plus efficace l'administration des prestations et que, en l'espèce, l'efficacité du versement de la rente était garantie. Pour les simples versements de rentes, il est, selon le Tribunal fédéral, indifférent au regard de l'efficacité si le taux de change est établi en vertu des règles internes suisses ou du taux de change de référence de la BCE. Finalement, le Tribunal fédéral a souligné que la pratique dans d'autres Etats membres de l'Union européenne était similaire à celle de la Suisse. L'Allemagne et la France notamment déterminent le montant d'une prestation d'assurance-vieillesse et sa conversion selon leurs règles nationales. La conversion est faite, comme en Suisse, par l'institut financier en charge qui applique un taux de change valable le jour du versement. En conclusion, le Tribunal fédéral a jugé que la Suisse pouvait continuer à appliquer ses règles internes en ce qui concerne la conversion en euros des rentes suisses.

<sup>132</sup> Règlement n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004, portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, JO L 166 du 30 avril 2004, p. 123.

<sup>133</sup> Règlement n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009, fixant les modalités d'application du règlement n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, JO L 284 du 30 octobre 2009, p. 1.

iv) *Un chercheur d'emploi au sens de l'ALCP ne peut pas bénéficier de l'aide sociale selon le Tribunal fédéral*<sup>134</sup>

Le Tribunal fédéral, dans un arrêt du 19 mai 2015<sup>135</sup>, a jugé qu'un ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne n'étant plus au bénéfice d'une autorisation de séjour de courte durée à la suite d'une résiliation anticipée de son contrat de travail en raison d'une détention provisoire n'était pas considéré comme un travailleur mais comme un chercheur d'emploi au sens de l'ALCP et ne pouvait donc bénéficier d'aides sociales, en particulier du revenu d'insertion. La circonstance selon laquelle ce ressortissant avait bénéficié, par le passé, de plusieurs autorisations de séjour de courte durée n'était pas de nature à modifier cette conclusion.

Le recourant, un ressortissant français, avait bénéficié de plusieurs autorisations successives de séjour avec activité lucrative de courte durée de 2007 à 2013 dans le canton de Vaud. Mis en détention provisoire dans le cadre d'une procédure pénale à son encontre d'avril à juin 2013, il ne disposait pas de revenu. Il avait donc sollicité l'octroi d'une assistance financière pour ces trois mois d'inactivité. A la fin de sa détention provisoire, il avait pu bénéficier d'un nouveau permis de séjour avec activité lucrative de courte durée.

Le Centre social du canton de Vaud a refusé l'octroi du revenu d'insertion au recourant. Celui-ci a déféré cette décision devant le Service de prévoyance et d'aide sociales du canton de Vaud lequel a rejeté la demande d'aide financière ainsi qu'une demande d'assistance judiciaire. L'intéressé a interjeté un recours contre cette dernière décision devant la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal. Après un nouveau rejet, il a formé, devant le Tribunal fédéral, un recours en matière de droit public et, subsidiairement, un recours constitutionnel.

Le Tribunal fédéral a rappelé que l'octroi de l'aide sociale relevait essentiellement, en droit suisse, de la compétence cantonale, en l'espèce celle du canton de Vaud. Le revenu d'insertion était accordé à toute personne qui se trouvait dépourvue de moyens nécessaires pour satisfaire ses besoins vitaux et d'autres besoins personnels spécifiques importants<sup>136</sup>. En principe, la loi sur l'action sociale vaudoise ne s'appliquait pas aux ressortissants des Etats membres de l'Union européenne à la recherche d'un emploi et titulaires d'une autorisation de séjour de courte durée<sup>137</sup>. Les juges du Tribunal cantonal avaient conclu,

<sup>134</sup> Texte repris d'une actualité rédigée par LUCIE VETILLARD, publiée le 4 juin 2015 sur le site du Centre d'études juridiques européennes de l'Université de Genève, <<http://www.ceje.ch>>, et adapté pour les besoins de la chronique.

<sup>135</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 19 mai 2015, réf. 8C\_395/2014.

<sup>136</sup> Art. 34 de la Loi sur l'action sociale vaudoise du 2 décembre 2003 (LASV).

<sup>137</sup> Art. 4, alinéa 2, LASV.

d'une part, que le recourant ne relevait d'aucune des situations prévues par les directives du Département cantonal de la santé et de l'action sociale (DSAS) pour l'année 2013, lesquelles précisent les conditions d'octroi du revenu d'insertion aux ressortissants des Etats membres de l'Union titulaires de permis de séjour de courte durée. D'autre part, le recourant avait bien perdu son emploi sans motif lié à une maladie ou une invalidité. N'étant pas bénéficiaire de prestations d'assurance-chômage, il ne disposait plus du statut de travailleur. Il devait donc être considéré comme étant à la recherche d'un emploi. Par conséquent, il ne pouvait pas bénéficier de la garantie d'égalité de traitement prévue pour les travailleurs au titre de l'article 9 de l'ALCP qui permet aux travailleurs d'une partie contractante de bénéficier des mêmes avantages fiscaux et sociaux que les travailleurs salariés nationaux de l'autre partie contractante. Au contraire, le recourant faisait valoir qu'il pouvait être considéré comme un travailleur étant donné, d'une part, qu'il avait toujours travaillé en Suisse de façon régulière et, d'autre part, qu'il avait trouvé un emploi dès la fin de sa détention provisoire et avait ainsi bénéficié d'un nouveau permis de courte durée.

Le Tribunal fédéral devait donc répondre à la question de savoir si le recourant pouvait être considéré comme un travailleur au sens de l'article 9, paragraphe 2, annexe I, ALCP. Il a indiqué, en premier lieu, que le revenu d'insertion prévu par la législation vaudoise devait être considéré comme un avantage social au sens de l'article 9, paragraphe 2, annexe I, ALCP. A ce titre, il a fait référence à l'arrêt de la Cour de justice de 1985 concernant l'*Union Vera Hoeckx*<sup>138</sup>, selon lequel une prestation sociale garantissant de façon générale un minimum de moyens d'existence constitue, précisément, un avantage social.

Le Tribunal fédéral a rappelé la distinction entre le permis B octroyé à un travailleur salarié qui occupe un emploi d'une durée égale ou supérieure à un an, valable pour une durée de 5 ans renouvelable, et le permis L, octroyé à un travailleur salarié qui occupe un emploi d'une durée supérieure à trois mois et inférieure à un an, valable pour la période du contrat. Si l'article 9, paragraphe 2, annexe I, ALCP prévoit une égalité de traitement entre travailleurs, il autorise également la Suisse à exclure d'autres catégories de personnes, dont les chercheurs d'emploi au sens de l'article 2, paragraphe 1, alinéa 2, annexe I, ALCP. Le Tribunal fédéral a ainsi défini les chercheurs d'emploi comme les ressortissants d'une partie contractante qui se rendent sur le territoire d'une autre partie pour y trouver un travail ainsi que ceux qui y ont déjà travaillé durant une période inférieure à 12 mois et y sont demeurés afin de retrouver un emploi.

<sup>138</sup> CJCE, arrêt *Union Vera Hoeckx*, aff. C-249/83, Rec. 1985, p. 973.

En l'espèce, le recourant était au bénéfice d'une autorisation de séjour de courte durée. La durée de validité du permis correspondait à la durée du contrat de travail. Placé en détention provisoire, il avait perdu son emploi. Il ne se trouvait donc pas en situation de chômage au sens de l'article 6, paragraphe 6, annexe I, ALCP. Sa situation était assimilable à celle d'un chercheur d'emploi. Ainsi, il pouvait ne pas être mis au bénéfice de l'égalité de traitement offerte aux travailleurs et donc, au bénéfice de l'aide sociale. Le Tribunal fédéral a précisé que la circonstance selon laquelle le recourant avait successivement obtenu plusieurs permis de séjour de courte durée ne changeait pas la situation et qu'il devrait être considéré, au terme de chacun des contrats de courte durée, comme un chercheur d'emploi.

L'argument du recourant relatif à une violation de l'article 60, alinéa 1, de la Constitution du canton de Vaud, selon lequel l'Etat et les communes assurent à chaque habitant dans le canton les conditions d'une vie digne par la prévention de l'exclusion professionnelle et sociale, par une aide sociale en principe non remboursable et par des mesures de réinsertion, a été rejeté. Le Tribunal fédéral a fait référence à l'article 106, alinéa 2, de la loi sur le Tribunal fédéral, selon lequel ce dernier n'examine la violation de droits fondamentaux que si ce grief est invoqué et motivé par le recourant, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

Enfin, le Tribunal fédéral a rejeté le recours s'agissant du refus d'octroi de l'assistance judiciaire. Après avoir rappelé que, dans le domaine de l'aide sociale, la nécessité d'une représentation par un avocat en procédure administrative ne devait être admise qu'avec retenue dès lors qu'il s'agissait avant tout pour l'intéressé de fournir des indications relatives à sa situation personnelle et/ou à celle de ses proches, le Tribunal fédéral a constaté qu'en l'espèce, le recourant pouvait accomplir lui-même les démarches auprès des autorités dispensatrices de l'aide sociale.

Le Tribunal fédéral a donc opté pour une interprétation large de la notion de chercheur d'emploi, permettant le refus de l'aide sociale sollicitée.

v) *Les conditions d'octroi des prestations complémentaires suisses à une ressortissante roumaine bénéficiaire d'une rente d'invalidité*

Dans un arrêt du 10 juin 2015<sup>139</sup>, le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'appliquer le règlement n° 883/2004 sur la coordination des régimes de sécurité sociale en lien avec la question du droit à des prestations complémentaires<sup>140</sup>.

<sup>139</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 10 juin 2015, réf. 9C\_635/2014.

<sup>140</sup> Règlement n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004, portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, JO L 166 du 30 avril 2004, p. 123.

En l'espèce, la Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS avait rejeté une demande de prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse et survivants (AVS) et à l'assurance-invalidité (AI) présentée par une ressortissante roumaine en 2011. L'intéressée, titulaire d'une rente d'invalidité en Roumanie, a formé un recours contre la décision vaudoise en invoquant le droit de l'Union européenne en matière de sécurité sociale.

Le Tribunal fédéral a rappelé que le règlement n° 883/2004 s'appliquait aux ressortissants de l'Union européenne en Suisse en vertu du renvoi à cet instrument contenu dans l'annexe II, ALCP. Il a souligné, à cet égard, que le règlement s'appliquait aux prestations de sécurité sociale mentionnées à son article 3, paragraphe 1, dont les prestations d'invalidité et les prestations de vieillesse. Ainsi, les prestations litigieuses entraient dans le champ d'application matériel de l'annexe II à l'ALCP et dudit règlement.

Sur la base de ces considérations, le Tribunal fédéral a analysé l'article 5 du règlement n° 883/2004, lequel pose le principe d'assimilation de prestations, de revenus, de faits ou d'événements. Selon notre Haute Cour, ce principe connaît des limites prévues par les dispositions du règlement. En particulier, selon le considérant 11, l'assimilation de faits ou d'événements survenus dans un Etat membre ne peut en aucune façon rendre un autre Etat membre compétent ou sa législation applicable. Le Tribunal fédéral a considéré également, sur la base du considérant 12, que le principe d'assimilation ne devait pas donner lieu «à des résultats objectivement injustifiés ou à un cumul de prestations de même nature pour la même période».

En droit suisse, les rentes de l'assurance-invalidité sont régies par la Loi sur les prestations complémentaires<sup>141</sup>. Une rente d'invalidité ouvre en principe le droit à des prestations complémentaires. Pour le Tribunal fédéral, il s'agissait de savoir si le principe de l'assimilation de prestations prévu par le règlement pouvait conduire à ce qu'une personne assurée bénéficiant d'une prestation équivalente à une rente de l'assurance-invalidité suisse, allouée par un Etat partie à l'ALCP, soit considérée comme une personne bénéficiant d'une rente de l'assurance-invalidité au sens du droit suisse.

Cependant, il convenait, selon le Tribunal fédéral, de considérer l'exception à l'application de l'article 5 du règlement. En effet, hormis la condition relative à l'équivalence de la prestation en cause, l'article 5, lettre a, du règlement n° 883/2004 est subsidiaire à toute autre disposition réglementaire contraire. Or, le règlement n° 883/2004 comprend des dispositions particulières qui s'opposent, en l'espèce, à l'application de son article 5. L'article 46, paragraphe 3, du règlement prévoit qu'une institution d'un Etat membre est obligée de suivre une

<sup>141</sup> Loi fédérale sur les prestations complémentaires (LPC) du 6 octobre 2006, RS 831.30.

décision sur l'octroi d'une rente d'invalidité de tout autre Etat membre concerné uniquement si la concordance des conditions y relatives entre les législations de ces Etats membres a été inscrite à l'annexe VII dudit règlement. En l'occurrence, ni la Suisse, ni la Roumaine ne l'avaient fait. Le Tribunal fédéral a ainsi souligné que ces Etats parties ne reconnaissaient pas la concordance des conditions relatives à l'octroi d'une rente d'invalidité entre leurs législations respectives. Il en découlait que la décision prise par l'organe compétent de la sécurité sociale roumaine quant au degré d'invalidité de l'intéressée, de même que la prestation de rente qui en résultait, ne s'imposaient pas à l'institution suisse concernée.

Compte tenu de ce qui précède, le principe d'assimilation de prestations de l'article 5, lettre a, du règlement n° 883/2004 ne trouvait pas application en l'espèce. L'intéressée ne pouvait pas se prévaloir de sa rente d'invalidité roumaine pour prétendre à des prestations complémentaires suisses.

Cet arrêt démontre les limites du principe d'assimilation de prestations, de revenus, de faits ou d'événements en matière de sécurité sociale. En appliquant le règlement n° 883/2004, le Tribunal fédéral ne pouvait qu'aboutir à cette conclusion.

## 2. L'accord d'association de la Suisse à Dublin de 2004

Une affaire, qui a fait la une de l'actualité juridique en 2014 en lien avec l'accord d'association de la Suisse à Dublin<sup>142</sup>, mérite d'être commentée dans la présente chronique.

La famille afghane *Tarakhel*, composée des époux et de six enfants, avait déposé une demande d'asile en Suisse le 3 novembre 2011. L'Office fédéral des migrations (ci-après : ODM) avait rendu une décision de non-entrée en matière et ordonné le renvoi des intéressés en Italie où leurs droits d'asile devaient être examinés en vertu de l'accord d'association de la Suisse à Dublin. Déboutée en dernière instance nationale<sup>143</sup>, la famille *Tarakhel* a déposé une requête auprès de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH)<sup>144</sup>. Les intéressés ont soutenu devant la CourEDH que leur renvoi vers l'Italie par les autorités suisses constituait une violation de l'article 3 de la CEDH relatif à l'interdiction des traitements inhumains et dégradants. Le 4 novembre 2014, la CourEDH a condamné la Suisse pour violation de l'article 3 CEDH. Pendant la procédure de-

<sup>142</sup> Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un Etat membre ou en Suisse, du 26 octobre 2004, RS 0.142.392.68.

<sup>143</sup> Voir arrêt du Tribunal administratif fédéral du 9 février 2012, réf. D-637/2012.

<sup>144</sup> Affaire *Tarakhel c. Suisse*, Requête n° 29217/12 du 4 novembre 2014.

vant la CourEDH, l'expulsion de la famille *Tarakhel* vers l'Italie avait été suspendue. Durant cette période, la famille avait, le 14 février 2013, fait appel à l'Etablissement vaudois d'accueil des migrants (EVAM) en vue de bénéficier à nouveau des prestations de l'aide sociale, ce qui leur avait été refusé.

L'arrêt du Tribunal fédéral du 3 novembre 2014<sup>145</sup> concerne le recours de la famille *Tarakhel* contre la décision de refus d'octroi des prestations de l'aide sociale durant la suspension de l'expulsion vers l'Italie. En droit suisse, les questions liées à l'asile sont régies par la Loi fédérale sur l'asile (ci-après: LAsi)<sup>146</sup>. Cette loi prévoit à son article 82, alinéas 1 et 2<sup>147</sup>, que les personnes frappées d'une décision de renvoi exécutoire auxquelles un délai de départ a été imparti peuvent être exclues du régime d'aide sociale<sup>148</sup>. De plus, lorsque l'autorité sursoit à l'exécution du renvoi pour la durée d'une procédure ouverte par une voie de droit extraordinaire, les requérants d'asile déboutés reçoivent, sur demande, l'aide d'urgence. Les intéressés ont soutenu qu'ils n'étaient pas des requérants déboutés au sens de l'article 82 LAsi, mais des demandeurs d'asile et qu'ils devaient, à ce titre, se voir reconnaître le droit à l'aide sociale. Ils ont invoqué la directive 2003/9<sup>149</sup> et se sont prévalus de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne *Cimade et Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) contre Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration*<sup>150</sup>.

Dans son analyse<sup>151</sup>, le Tribunal fédéral a rappelé qu'en vertu de l'article 1<sup>er</sup> de l'accord d'association de la Suisse à Dublin, le règlement n° 343/2003<sup>152</sup> était appliqué dans les relations entre la Suisse et les Etats membres de l'Union européenne. Ce règlement, qui a pour but d'établir les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, vise

<sup>145</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 3 novembre 2014, réf. 8C\_706/2013.

<sup>146</sup> Loi sur l'asile (LAsi) du 26 juin 1998, RS 142.31.

<sup>147</sup> Version modifiée par la nouvelle loi du 16 décembre 2005 (RO 2006 4753). L'ancienne version a été en vigueur jusqu'au 31 janvier 2014.

<sup>148</sup> Depuis le 1<sup>er</sup> février 2014, la disposition a la teneur suivante: «[...] sont exclues du régime d'aide sociale».

<sup>149</sup> Directive 2003/9 du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres, JO L 31 du 6 février 2003, p. 18.

<sup>150</sup> CJUE, arrêt *Cimade et Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) contre Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration* du 27 septembre 2012, aff. C-179/11, Rec. 2012, p. I-594.

<sup>151</sup> Voir, pour une analyse similaire, ATF 140 I 141 commenté dans CHRISTINE KADDOUS & CHRISTA TOBLER, *Droit européen: Suisse–Union européenne/Europarecht: Schweiz–Europäische Union*, 24 SZIER/RSDIE (2014), p. 683–685.

<sup>152</sup> Règlement n° 343/2003 du Conseil (Règlement Dublin II) du 18 février 2003, JO L 50 du 25 février 2003, p. 1.

en premier lieu à régler la compétence en matière d'asile. Selon le Tribunal fédéral, la directive 2003/9 fixe des normes minimales concernant les conditions matérielles des demandeurs d'asile, à savoir la nourriture, l'habillement et les soins médicaux nécessaires. Selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union invoquée par les intéressés, un Etat membre saisi d'une demande d'asile est tenu d'accorder les conditions minimales d'accueil des demandeurs d'asile établies par la directive, et ce même à un demandeur d'asile pour lequel cet Etat décidait, en application du règlement de Dublin, de requérir d'un autre Etat membre de prendre, ou reprendre, en charge ce demandeur en tant qu'Etat membre responsable de l'examen de sa demande d'asile. Le Tribunal fédéral a souligné que seul le transfert effectif du demandeur d'asile par l'Etat requérant mettait fin à sa responsabilité quant à la charge financière des conditions d'accueil<sup>153</sup>. Dans un autre arrêt prononcé en mars 2014<sup>154</sup>, le Tribunal fédéral avait laissé ouverte la question de savoir si la directive 2003/9 et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union qui s'y rapportait était ou non contraignante pour la Suisse en tant qu'acquis de Dublin. En effet, comme indiqué par le Tribunal fédéral dans l'arrêt de mars 2014, la directive 2003/9 n'ouvrait pas le droit à des prestations plus étendues que les prestations minimales garanties par l'article 12 de la Constitution suisse, à savoir l'aide d'urgence. Le Tribunal fédéral a souligné que la directive 2003/9 était inspirée par le respect de la dignité humaine et visait également à garantir le droit fondamental à des conditions minimales d'existence par la satisfaction de besoins élémentaires, notamment la nourriture, l'hébergement et les soins médicaux de base<sup>155</sup>. Or, le Tribunal fédéral a estimé que ces garanties minimales avaient été reconnues aux intéressés par l'octroi de l'aide d'urgence.

Le Tribunal fédéral a considéré que les intéressés avaient fait l'objet d'une décision de non entrée en matière car ils pouvaient se rendre dans un Etat tiers compétent, en vertu d'un accord international, pour conduire la procédure d'asile et de renvoi<sup>156</sup>. L'ODM avait ainsi ordonné leur transfert vers l'Italie. Sa décision de non entrée en matière était entrée en force et était devenue exécutoire. Conformément à l'article 82, alinéa 1, LAsi, les intéressés pouvaient donc être exclus du régime de l'aide sociale. Seule l'aide d'urgence pouvait leur être accordée. Le fait qu'une procédure devant la CourEDH était en cours et que la

<sup>153</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 3 novembre 2014, réf. 8C\_706/2013, consid. 4.1.

<sup>154</sup> ATF 140 I 141, voir commentaire dans CHRISTINE KADDOUS & CHRISTA TOBLER, *Droit européen : Suisse–Union européenne/Europarecht: Schweiz–Europäische Union*, 24 SZIER/RSDIE (2014), p. 683–685.

<sup>155</sup> ATF 136 I 254, consid. 4.2 et CJUE, arrêt *Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers c/ Saciri et al.* du 27 février 2014, aff. C-79/13, Rec. 2014, p. 14.

<sup>156</sup> Art. 31a, al. 1, let. b, LAsi.

mesure d'expulsion vers l'Italie avait été suspendue ne changeait pas, selon le Tribunal fédéral, son interprétation de l'article 82, alinéa 2 LAsi<sup>157</sup>.

### 3. L'accord d'association de la Suisse à Schengen de 2004

L'accord d'association de la Suisse à Schengen de 2004 (ci-après : AAS) comporte une série de mesures de sécurité, dont d'importants instruments de lutte contre l'immigration illégale. Dans ce contexte, le Tribunal fédéral a régulièrement pris en considération la directive 2008/115 (directive sur le retour)<sup>158</sup> et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne y afférente<sup>159</sup>. La directive sur le retour fait partie de l'acquis de Schengen et, en vertu de l'AAS, la Suisse est tenue de l'appliquer<sup>160</sup>.

Dans la période sous examen, deux affaires ont amené le Tribunal fédéral à appliquer la directive sur le retour. Dans le premier arrêt<sup>161</sup>, il s'agissait d'un ressortissant tunisien dont la demande d'asile avait été rejetée en 2012. Malgré cette décision, il n'avait pas quitté la Suisse et avait commis des infractions pénales. Il avait été mis en détention en vue de son renvoi. En raison des difficultés de communication entre les autorités suisses et tunisiennes, le renvoi n'avait pas pu être exécuté et la détention avait été prolongée. Dans son recours devant le Tribunal fédéral, l'intéressé avait soutenu que la prolongation de sa peine privative de liberté était contraire à la directive sur le retour. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a rappelé que la directive sur le retour se basait sur le principe d'un départ volontaire du requérant d'asile et que les mesures coercitives devaient être utilisées « en dernier ressort »<sup>162</sup>. Il a également souligné que, lorsque les Etats membres décidaient d'utiliser des mesures coercitives pour procéder à l'éloignement d'un ressortissant d'un pays tiers, celles-ci devaient être proportionnées. Les mesures devaient également respecter les droits fondamentaux, la dignité et l'intégrité physique du ressortissant concerné<sup>163</sup>. De

<sup>157</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 3 novembre 2014, réf. 8C\_706/2013, consid. 5.1.

<sup>158</sup> Directive 2008/115 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres de retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO L 348 du 24 décembre 2008, p. 98.

<sup>159</sup> Voir, pour une analyse précédente, CHRISTINE KADDOUS & CHRISTA TOBLER, *Droit européen : Suisse–Union européenne/Europarecht: Schweiz–Europäische Union*, 23 SZIER/RSDIE (2013), p. 667.

<sup>160</sup> Par arrêté du 18 juin 2010, la Suisse a repris le contenu de cette directive en tant que développement de l'acquis de Schengen, RO 2010 5925. La Suisse a ensuite intégré la directive sur le retour en modifiant la LEtr et la Loi fédérale sur l'asile (LAsi).

<sup>161</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 29 septembre 2014, réf. 2C\_787/2014.

<sup>162</sup> Voir art. 7 et 8, directive 2008/115.

<sup>163</sup> Voir art. 8, para. 4, directive 2008/115.

plus, toute détention devait être aussi brève que possible<sup>164</sup>. En l'espèce, la détention avait été prolongée puisque le Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM) était dans l'attente de l'acte de naissance de l'intéressé qui aurait dû être envoyé par les autorités tunisiennes. Sans ce document, le renvoi ne pouvait pas être exécuté. Compte tenu du fait que le retard ne pouvait être imputé au requérant d'asile, le Tribunal fédéral a jugé que la prolongation de sa détention était disproportionnée. Le recours a ainsi été admis.

Le second arrêt<sup>165</sup> concernait un ressortissant d'Etat tiers qui avait séjourné en Suisse sans autorisation de mars 2011 à mars 2012. En avril 2012, il avait été condamné à une peine privative de liberté de quatre mois pour avoir séjourné illégalement en Suisse. Suite à cette condamnation, l'intéressé a interjeté un recours en matière pénale en invoquant le fait que le prononcé d'une peine privative de liberté n'était pas conforme à la directive sur le retour. Le Tribunal fédéral s'est référé à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union en la matière. Dans les affaires *El Dridi* du 28 avril 2011 et *Achughbabian* du 6 décembre 2011<sup>166</sup>, la Cour de justice de l'Union avait précisé qu'une peine d'emprisonnement pour séjour illégal pouvait être infligée à un ressortissant d'un Etat tiers au motif que celui-ci continuait de se trouver de manière irrégulière sur le territoire d'un Etat membre après avoir reçu un ordre de quitter le territoire national et une fois que le délai imparti dans cet ordre avait expiré. Le Tribunal fédéral a souligné, à cette occasion, que les juridictions suisses devaient faire leur possible pour prendre en considération la jurisprudence de la Cour de justice relative à la directive 2008/115, sans quoi la participation de la Suisse à l'espace Schengen pourrait être menacée<sup>167</sup>. Les deux conditions posées par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne étant réunies en l'espèce, le Tribunal fédéral a rejeté le recours.

<sup>164</sup> Voir art. 15, para. 1, directive 2008/115.

<sup>165</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 27 novembre 2014, réf. 6B\_787/2014.

<sup>166</sup> CJUE, arrêt *PPU El Dridi* du 28 avril 2011, aff. C-61/11, Rec. 2011, p. I-3015 et CJUE, arrêt *Achughbabian* du 6 décembre 2011, aff. C-329/11, Rec. 2012, p. I-16.

<sup>167</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 27 novembre 2014, réf. 6B\_787/2014, consid. 2.1.