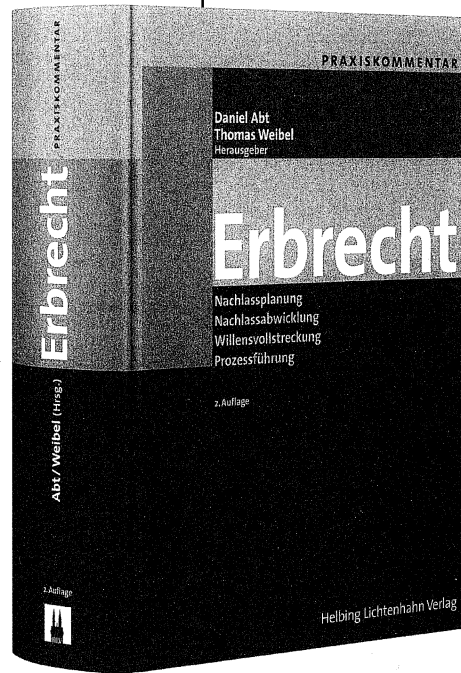


Der «Praxiskommentar Erbrecht» neu in 2. Auflage. Mehr als der dritte Teil des ZGB.



Der Praxiskommentar Erbrecht ist in einer kürzeren Zeit zu einem unentbehrlichen Arbeitsinstrument für alle mit dem Erbrecht befassten Personen geworden. Prägnant und übersichtlich werden die gesamten erbrechtlichen Regelungen in einem Band kommentiert: **Art. 120 und 457–640 ZGB, Art. 28 ZPO, Art. 11 und 31 PartG, Art. 15 und 16 SchT ZGB sowie Art. 11–35 BGG.** In der Einleitung werden erbrechtliche Sonderfragen und Schnittstellen zu verwandten Rechtsgebieten dargestellt. **Separate Anhänge** gehen auf die Berichterstattung und Rechnungslegung des Willensvollstreckers, steuerliche Aspekte sowie international-privatrechtliche Bezüge ein. **Besondere Schwerpunkte** liegen u.a. auf der Nachlassplanung und -abwicklung, der Willensvollstreckung und den prozessualen Aspekten. Zahlreiche **Muster, Berechnungsbeispiele, Checklisten und Übersichten** führen zu passenden Lösungen. Speziell hingewiesen wird jeweils auf Fallstricke und Formulierungsmöglichkeiten. Die amtlichen Gesetzestexte sind mit einer englischen Übersetzung ergänzt. **Die Neuauflage** ist auf den aktuellen Stand von Rechtsprechung und Lehre nachgeführt, ergänzt und verbessert.

Die Autoren
Herausgegeben von Dr. iur. **Daniel Abt**, Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Erbrecht, und Dr. iur. **Thomas Weibel**, LL.M., Rechtsanwalt. Verfasst von 26 ausgewiesenen Spezialistinnen und Spezialisten aus Praxis, Lehre und Forschung.

Helbing
Lichtenhahn
Verlag

2. Auflage 2011, ca. 2030 Seiten, gebunden
ca. CHF 298.– | EUR 234.–
ISBN 978-3-7190-2978-4
In Vorbereitung für Juni 2011

Fax-Bestellschein (061 228 91 50). Ja, senden Sie mir bitte gegen Rechnung folgenden Titel

Ex.	Titel	Preis zzgl. Versandkosten CHF	ISBN
Abt Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht 2. Aufl. 2011, ca. 2030 S., geb.		ca. 298.–	978-3-7190-2978-4

Name PLZ/Ort

Strasse/Nr. Datum/Unterschrift

Portofreie Lieferung bei Bestellungen über CHF 150.–

www.helbing.ch

ZSR

La «saga Metock», ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la gestion des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne

FRANCESCO MAIANI*

Mots clés: Eurocompatibilité du droit suisse, interprétation eurocompatible, accords bilatéraux Suisse-UE, libre circulation des personnes, regroupement familial, jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, discrimination à rebours, acquis de l'Union européenne (EU-Acquis)

A. Introduction: les autorités fédérales face aux dynamiques de la voie bilatérale

Les relations entre la Suisse et l'Union européenne (UE), organisées sur le mode de la «voie bilatérale», sont marquées par la tension entre parallélisme et autonomie, homogénéité des régimes juridiques et marges de divergence. D'une part, la voie bilatérale est largement fondée sur la reprise contractuelle ou volontaire de l'*acquis* de l'Union européenne. D'autre part, elle est censée ménager l'autonomie du *Drittstaat Schweiz* plus que ne le feraient d'autres formes d'intégration, telles l'adhésion à l'Espace économique européen ou à l'Union elle-même. A cet égard, dans la perspective suisse, les mots-clés du bilateralisme sont «reprise sélective» et «reprise statique» de l'*acquis*. La voie bilatérale comporte le prix politique de la reprise de l'*acquis*, certes, mais dans des domaines délimités par les autorités helvétiques en accord avec l'UE ou bien en toute liberté, comme dans le cas de la reprise unilatérale¹. Quant au problème épineux de la reprise de l'*acquis* dans le temps, les autorités re-

* Professeur assistant, IDHEAP Lausanne. Membre du Pôle suisse en administration publique, Docteur en droit (Universités de Lausanne et Milan), LL.M. en droit européen et en droit international économique (Universités de Genève et Lausanne).

¹ Cf. Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999 5440, ch. 148.5, et Message du 1^{er} octobre 2004 relatif à l'approbation des accords bilatéraux, FF 2004 5593, ch. 1.4, où un fort accent est également placé sur la distinction entre «équivalence des législations» et reprise de l'*acquis*. Sur la faible portée pratique de cette distinction cf. ALVARO BORGHI, La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE, Genève 2010, p. 312 ss. Au sujet de la reprise autonome du droit européen, cf. Rapport Europe 2006 du 28 juin 2006, FF 2006 6461, ch. 2.3.2.

connaissent l'intérêt qu'il y a à garantir durablement le parallélisme des ordres juridiques, mais rejettent tout «automatisme» pour des raisons de souveraineté².

L'image rassurante d'une «européisation» sélective et statique est cependant en décalage croissant avec les réalités politiques et juridiques. L'UE revendique ouvertement une reprise plus large et plus dynamique de l'*acquis*, ce qui pourrait à terme remettre en cause la forme institutionnelle des relations bilatérales voire le bilatéralisme en tant que tel³. Par ailleurs, bien que repris en «doses homéopathiques», le droit et les politiques de l'UE influencent désormais un vaste éventail de réglementations et de politiques suisses⁴. Enfin et surtout, quoique conçue comme sélective et statique, la reprise «par morceaux» de l'*acquis* n'en constitue pas moins un ferment de transformation, apte à déclencher une dynamique à la fois évolutive et expansive.

Une dynamique évolutive, d'abord. Car le droit européen repris en «droit bilatéral»⁵ est lui-même un droit en développement constant. Et chaque évolution de l'*acquis* pertinent impose à tout le moins d'en déterminer les implications pour le droit bilatéral et, le cas échéant, d'ajuster ce dernier en conséquence. Le même discours vaut, *mutatis mutandis*, en ce qui concerne les normes internes adoptées dans un but d'eurocompatibilité⁶.

Une dynamique expansive, ensuite. Car, contrairement à l'idée selon laquelle la reprise unilatérale et la reprise contractuelle de l'*acquis* seraient des alternatives mutuellement exclusives⁷, le fait de conclure un accord exigeant la reprise de l'*acquis* dans un domaine précis est susceptible d'engendrer une dynamique de *spillover*. Elle peut en effet appeler une «harmonisation complémentaire» dans des domaines connexes, que ce soit pour assurer le bon fonctionnement de l'accord concerné⁸, ou pour effacer les incohérences résultant de la coexistence d'un régime bilatéral, applicable à certains états de fait, et

d'un régime interne et difforme, applicable à des états de fait similaires (cf. *infra*, B).

Bref, on retiendra que même «sélective» et «statique», la reprise de l'*acquis* impose à tout le moins un travail constant de coordination entre le droit européen, le droit bilatéral et le droit interne.

Ce travail de coordination relève largement de la responsabilité des autorités suisses. Bien sûr, la «mise à jour» des accords sectoriels incombe premièrement aux comités mixtes chargés de leur gestion. Mais elle est aussi l'affaire du Tribunal fédéral, qui joue un rôle prépondérant pour tout ce qui concerne la «reprise» de la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE (ci-après, «la Cour») et à qui les accords, dans leur imprécision et ambiguïté, laissent une importante marge interprétative (cf. *infra*, C.2). Quant à l'alignement volontaire du droit interne sur les règles européennes, il relève de toute évidence de la responsabilité, et de la libre appréciation, des autorités nationales.

Ainsi se pose la question de savoir comment les autorités fédérales – juge et législateur – relèvent ce défi de taille, consistant à gérer les rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne face aux dynamiques de la voie bilatérale.

A titre liminaire on dira qu'elles le font, surtout, avec pragmatisme.

«C'est une caractéristique du pragmatisme helvétique [...] que de segmenter les problèmes et de conduire une politique sectorielle en délaissant les vues d'ensemble.»⁹ Cette observation, faite dans un tout autre contexte, s'avère pertinente également dans le nôtre. Se refusant à toute énonciation générale d'une quelconque doctrine, réfractaires à la définition d'un *modus operandi*, juge et législateur effectuent au cas par cas leurs choix quant au «suivi» du droit européen. Cette approche présente, de leur point de vue, au moins deux avantages: maximiser leur marge de manœuvre, et entretenir la perception d'un suivi contrôlé et ponctuel des évolutions de l'*acquis*. Ce deuxième avantage peut être évalué à sa juste valeur si on garde à l'esprit le malaise qui s'est installé dans le pays à l'égard de la reprise du droit européen¹⁰. Comment s'engager sur la voie d'un «suivi» systématique du droit européen, et en préciser les principes et les modalités, sans attiser les craintes, déjà répandues, d'une «soumission aux juges étrangers»¹¹?

2 Voir en particulier Rapport Europe 2006 (note 1), ch. 3.1.2.2, et Rapport du 17 septembre 2010 sur l'évaluation de la politique européenne, FF 2010 6615, ch. 2.1 et 3.4.1.

3 Rapport sur l'évaluation de la politique européenne (note 2), ch. 2.1, 3.4.1 et 4.3.

4 DIETER FREIBURGHAN, Königsweg oder Sackgasse?, Zurich 2009, p. 364.

5 C'est-à-dire dans le droit des accords entre la Suisse et l'UE: cf. CHRISTA TOBLER, Der Acquis der rechtlichen Verbindung der Schweiz zur EG und EU – Eine unsichere Grösse?, in: Fritz Breuss *et al.* (éd.), Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess, Baden-Baden 2008, p. 11 ss, p. 20 s.

6 Cf. notamment RAINER SCHWEIZER, Wie das europäische Recht die schweizerische Rechtsordnung fundamental beeinflusst und wie die Schweiz darauf keine systematische Antwort findet, in: Astrid Epiney/Florence Rivière (éd.), Interprétation et application des «traités d'intégration», Zurich 2006, p. 15 ss, p. 38 ss.

7 Cf. Rapport Europe 2006 (note 1), ch. 2.3.2; SCHWEIZER (note 6), p. 34 s.

8 Pour un exemple tiré du domaine de l'asile, cf. le Message du 26 mai 2010 concernant la modification de la loi sur l'asile, FF 2010 4035, ch. 5.2.1; qu'il nous soit permis de renvoyer également à FRANCESCO MAIANI, La Suisse, le système de Dublin et l'influence du droit communautaire sur son droit d'asile, in: Astrid Epiney *et al.* (éd.), Mélanges en l'honneur de Roland Bieber, Zurich 2007, p. 812 ss; *le même*, Fitting EU asylum standards in the Dublin equation, ASYL 2/2011, p. 9–19.

9 KARL AESCHENBACH, préface à Marie-Claire Caloz-Tschopp, Le tamis helvétique, Lausanne 1982, p. 9 ss, p. 9.

10 Le temps où l'«eurocompatibilité» du droit suisse était un principe déclaré de politique législative (cf. Suisse-Union européenne: Rapport sur l'intégration 1999 du 3 février 1999, FF 1999 3600, ch. B.4) est en effet révolu. La reprise du droit européen est aujourd'hui considérée avec davantage de réserves (cf. seulement Rapport Europe 2006 [note 1], ch. 2.3.2; interview avec MICHELINE CALMY-REY, Rénover les bilatérales, une voie très ambitieuse, Le Temps, 26 août 2010).

11 Cette expression ancienne est souvent employée dans le contexte présent: cf. p.ex. CHRISTINE KADDOUS, La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne: défis et perspectives, in: Michele Rossi *et al.* (éd.), Accordi Bilaterali Svizzera-Unione europea, Lugano 2009, p. 41 ss, p. 50.

Fondée sur des raisons politiques de poids, l'approche pragmatique des autorités fédérales n'en présente pas moins de nombreux inconvénients. Elle est, d'abord, inapte à maîtriser réellement les dynamiques de la voie bilatérale. Elle est, ensuite, insalubre d'un point de vue juridique¹²: dommageable pour la cohérence de l'ordre juridique suisse, tout comme pour sa lisibilité et prévisibilité, elle comporte de surcroît un risque accru de courts-circuits entre droit et politique.

Dans les pages qui suivent, nous illustrerons ces propos introductifs au travers d'un cas d'étude: l'évolution du régime du regroupement familial, en Suisse, sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Dans ce domaine, l'imbrication entre le droit européen de la libre circulation des personnes, le droit de l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP)¹³ et le droit interne est étroite. Le travail de coordination a été, quant à lui, intense et problématique: les oscillations de la jurisprudence de la Cour, d'une ampleur inhabituelle, ont en effet cycliquement placé le Tribunal fédéral et le législateur face au choix de «suivre» ou de «ne pas suivre», qui plus est dans un domaine politiquement sensible.

En retraçant étape par étape le déroulement de cette affaire tortueuse, il s'agira d'analyser les choix stratégiques effectués par les autorités fédérales, ainsi que l'évolution de leur approche à l'égard du «suivi» du droit européen. Après quelques brèves remarques sur la situation qu'a déterminée l'entrée en vigueur de l'ALCP en matière de regroupement familial (B), nous examinerons tour à tour l'arrêt *Akrich* de 2003 et ses suites (C), l'interlude ouvert par l'arrêt *Jia* de 2007 (D), et pour finir les évolutions déterminées par l'arrêt *Metock* de 2008 (E). Beaucoup a été dit et écrit en la matière. Pour notre part, nous entendons privilégier la vue d'ensemble sur l'analyse de détail. En particulier, la jurisprudence de la Cour ne sera pas examinée de près – elle a certes mené la danse, mais elle ne constitue pas l'objet immédiat de notre étude.

B. Le regroupement familial au moment de l'entrée en vigueur de l'ALCP: harmonies et dissonances

L'art. 3 de l'annexe I ALCP (ci-après, «l'art. 3 ALCP») accorde aux membres de la famille des citoyens de l'Union résidant en Suisse le droit de s'installer avec eux. Au sens de cette disposition, les membres de la famille sont le conjoint du citoyen de l'Union, les descendants directs âgés de moins de 21 ans ou à charge, ainsi que les ascendants directs à charge, «quelle que soit leur nationalité».

12 Et sous d'autres aspects encore, dont nous ne pouvons pas nous occuper ici: cf. DIETER FREIBURGHÄUS, Une adaptation hétéronome?, *La Vie économique* 2004/9, p. 35; WALTER STOFFEL, UE: la Suisse mérite mieux qu'une voie étroite, *Le Temps*, 24 septembre 2010.

13 RS 0.142.112.681.

Cette disposition, calquée sur l'ancien art. 10 du Règlement (CEE) n° 1612/68 et sur d'autres textes communautaires de même objet¹⁴, depuis abrogés (cf. infra note 75) est une expression parmi d'autres de l'objectif énoncé dans le préambule de l'Accord: réaliser la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE «en s'appuyant» sur les dispositions en application dans cette dernière. Ajoutons qu'en vertu de l'art. 16, al. 2 ALCP, l'art. 3 ALCP doit être interprété en «ten[ant] compte de la jurisprudence pertinente de la [Cour de justice] antérieure à la date de [...] signature [de l'Accord]».

Au moment de l'entrée en vigueur de l'ALCP, le 1^{er} juin 2002, il existe donc une congruence plus ou moins parfaite entre le droit européen et le droit bilatéral en matière de regroupement familial. Une note dissonante vient toutefois perturber ce cadre harmonieux.

Comme on vient de le dire, les citoyens de l'Union et les membres de leur famille bénéficient, en Suisse, du régime de l'art. 3 ALCP. Tel n'est en revanche pas le cas des ressortissants suisses et des membres étrangers de leur famille. Puisque l'ALCP ne régit pas les situations purement internes¹⁵, ces derniers restent soumis au régime, plus rigoureux, défini par le droit interne – en l'espèce, par la Loi sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE)¹⁶. Ainsi, l'entrée en vigueur de l'ALCP engendre la situation, classique en droit européen, de la «discrimination à rebours»¹⁷.

Une motion exigeant une réforme immédiate de la LSEE, présentée en 2001, ne trouve pas grâce aux yeux du Parlement¹⁸. La Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP-N) note bien que «rien ne justifie que les citoyens suisses soient défavorisés par rapport aux citoyens de l'Union européenne»¹⁹. Cependant, une révision totale de la LSEE est en cours d'examen au moment de l'entrée en vigueur de l'ALCP, et la Commission préfère attendre une «réglementation globale» du problème dans ce cadre-là.

14 En effet l'art. 3 ALCP reprend et synthétise plusieurs dispositions qui régissaient, de manière analogue, le regroupement familial dans le cadre de la libre circulation des personnes: l'art. 10 du Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968, JO L 257 du 19 octobre 1968 p. 2; l'art. 1 de la Directive 73/148/CEE du Conseil du 21 mai 1973, JO L 172 du 28 juin 1973 p. 14; l'art. 1 des Directives 90/364/CEE et 90/364/CEE du Conseil du 28 juin 1990, JO L du 13 juillet 1990 p. 26 et 28; l'art. 1 de la Directive 93/96/CEE du Conseil du 29 octobre 1993, JO L du 18 décembre 1993 p. 59.

15 Cf. ATF 129 II 249, consid. 4.2.

16 Pour un examen comparatif, cf. MICHEL HOTTELIER/HANSPETER MOCK, Le Tribunal fédéral suisse et la «discrimination à rebours» en matière de regroupement familial, *RTDH* 2003, p. 1275–1304.

17 *Ibidem*. Cf. également Office fédéral de la Justice, Avis de droit du 15 décembre 1998, JAAC 63.36, ch. 1 («La notion de discrimination des personnes soumises au droit interne»); MATTHIAS OESCH, Inländerdiskriminierung, *ZBJV* 2009, p. 787–820; en droit européen, NIAMH NIC SHUIBHNE, Free movement of persons and the wholly internal rule: time to move on?, *CMLR* 2002, p. 731–771.

18 Motion Hubmann du 8 mai 2001, n° 01.3237.

19 Communiqué de presse de la CIP-N du 31 janvier 2003: «Regroupement familial: la CIP rejette une révision partielle anticipée du droit des étrangers».

Saisi de la question, le Tribunal fédéral refuse pour sa part d'étendre les bénéfices de l'ALCP aux ressortissants suisses par la voie prétorienne²⁰. Tout en constatant que ces derniers sont bel et bien désavantagés par rapport aux citoyens de l'Union, il refuse de se prononcer sur l'existence d'une «éventuelle inégalité de traitement» au sens de l'art. 8 Cst. Il considère en effet que cette disparité de traitement a été provisoirement maintenue par le législateur en toute connaissance de cause, et que l'art. 190 Cst lui interdit de contrevenir à la volonté de ce dernier²¹.

Tout est remis, donc, aux décisions que le législateur sera amené à prendre dans le cadre de la révision totale du droit des étrangers (cf. *infra*, C.III). Entre-temps, un arrêt de la Cour de justice vient modifier sensiblement les termes de la question.

C. *Akrich*: l'harmonie retrouvée entre «eurocompatibilité» et intérêt national

I. L'arrêt *Akrich*: la condition du «séjour préalable» est née

Dans l'arrêt *Akrich* du 23 septembre 2003, la Cour de justice dit pour droit que «[p]our pouvoir bénéficier, dans une situation telle que celle en cause au principal, des droits prévus à l'art. 10 du [Règlement n° 1612/68], le ressortissant d'un pays tiers, conjoint d'un citoyen de l'Union, doit légalement séjourner dans un État membre lorsque son déplacement a lieu vers un autre État membre dans lequel le citoyen de l'Union migre ou a migré»²². Le droit au regroupement familial que les membres de la famille des citoyens de l'UE tirent de l'*acquis* est ainsi soumis à la condition nouvelle du «séjour légal préalable» – ou plus exactement, la portée de ce droit est limitée aux situations de regroupement «intra-européen», à l'exclusion des situations de regroupement «extra-européen»²³.

A vrai dire, la portée de l'arrêt *Akrich* n'est pas claire au moment de son prononcé: s'agit-il d'un arrêt de principe ou d'un simple arrêt d'espèce? La teneur de sa motivation plaide résolument en faveur de la première thèse. La Cour fonde en effet sa conclusion sur une relecture d'ensemble du système de la libre circulation. Elle relève que le Règlement 1612 est muet «quant à l'accès [des ressortissants de pays tiers] au territoire de la Communauté», et elle conclut à

son inapplicabilité en la matière à la lumière de l'«économie» de l'*acquis* de la libre circulation²⁴. Pourtant, le dispositif de l'arrêt précise bien que la condition du séjour préalable s'applique «dans une situation telle que celle en cause en principal» – situation qui était caractérisée, entre autres, par le passé migratoire turbulent de M. Akrich et par l'intention évidente du couple Akrich de «construire», au travers d'un séjour temporaire en Irlande, un état de fait tombant dans le champ d'application du droit de la libre circulation²⁵.

Le doute est d'autant plus permis que l'arrêt *Akrich* se trouve, sinon en contradiction, du moins en tension avec la jurisprudence antérieure de la Cour. En particulier, celle-ci avait par le passé appliqué les dispositions pertinentes du droit communautaire à des situations de regroupement extra-européen, sans même s'interroger sur la question du séjour préalable²⁶.

II. L'arrêt *Basso*: entre intérêt national et souci d'eurocompatibilité

1. L'arrêt *Basso* et ses deux clés de lecture

Novateur et inattendu, l'arrêt *Akrich* l'est aussi pour les autorités helvétiques. Le Tribunal fédéral le relèvera lui-même: «*In weiten Teilen der Verwaltungspraxis bis hin zur Kommission der Europäischen Gemeinschaft ist offenbar eher davon ausgegangen worden, Art. 10 VO (EWG) Nr. 1612/68 komme auch Familienangehörigen aus Drittstaaten zugute, die sich noch nicht rechtmässig in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft aufhalten. Auch das IMES hat dies betreffend Art. 3 Anhang I FZA bisher wohl angenommen*»²⁷. Pour tout dire, l'arrêt *Akrich* crée une curieuse divergence entre le régime européen et le régime bilatéral, le second étant, dans la pratique de l'administration suisse, plus libéral par rapport au premier²⁸.

Cette situation ne dure cependant pas longtemps. Dans l'arrêt ATF 130 II 1 du 4 novembre 2003, dont nous venons de citer un extrait, le Tribunal fédéral reprend l'arrêt *Akrich* à son compte dans l'interprétation de l'art. 3 ALCP: la condition du «séjour préalable» est née également en droit bilatéral.

Cet arrêt *Basso* recèle une ambiguïté subtile: procède-t-il d'une démarche «souverainiste», tendant à maximiser la sphère d'autonomie de la Suisse, ou

20 ATF 129 II 249.

21 ATF 129 II 249, consid. 5. En sens critique, HOTTELIER/MOCK (note 16).

22 Arrêt de la CJCE du 23 septembre 2003 C-109/01 *Akrich*, Rec. 2003 I-607, point 1 du dispositif.

23 L'expression est empruntée à HANSPETER MOCK/FABRICE FILLIEZ, Libre circulation des personnes et regroupement familial: à propos de la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg par le Tribunal fédéral, RSDIE 2006, p. 237–256, p. 240.

24 Arrêt *Akrich*, points 49 et 50. Cf. également les points 51–54 et le résumé qu'en fait ASTRID EPINEY, Von *Akrich* über *Jia* bis *Metock*: zur Anwendbarkeit der Gemeinschaftlichen Regeln über den Familiennachzug, Europarecht 2008, p. 840–858.

25 MOCK/FILLIEZ (note 23), p. 249 ss.

26 Cf. p. ex. l'arrêt de la CJCE du 13 février 1985 267/83 *Diatta*, Rec. 1985 567; cf. également l'arrêt du 25 juillet 2002 C-459/99 *MRAX*, Rec. 2002 I-6591.

27 ATF 130 II 1, consid. 3.6.2.

28 Cf. la Circulaire de l'IMES du 5 juin 2003, Mise en œuvre de l'accord sur la libre circulation des personnes, conséquences en matière de regroupement familial, n° 124.5–1, qui ne mentionne naturellement pas la condition du «séjour préalable».

plutôt d'une démarche «europophile», tendant à préserver le parallélisme du droit bilatéral par rapport à l'*acquis* de l'Union européenne?

Dans une perspective de droit matériel, l'arrêt a indéniablement pour effet de réduire la portée des obligations pesant sur la Suisse en vertu de l'Accord. En effet, en réinterprétant l'art. 3 ALCP dans le sens de l'arrêt *Akrich*, le Tribunal fédéral restreint sa portée au seul regroupement intra-européen et ramène sous le toit de la politique nationale d'immigration la question du regroupement extra-européen. L'attractivité de l'arrêt *Akrich* sous cet aspect n'est peut-être pas étrangère à la décision du Tribunal, rapide et délibérée²⁹, de le reprendre en droit bilatéral, sans trop se soucier de la question de savoir s'il s'agit d'un «vrai» ou «faux» précédent en droit européen³⁰.

Et pourtant, par l'arrêt *Basso*, le Tribunal fédéral ne fait que suivre l'évolution du droit européen de la libre circulation. Il l'affirme d'ailleurs explicitement, puisqu'il relève que l'art. 3 ALCP doit être interprété dans le même sens que l'art. 10 du Règlement n° 1612, et que «[e]s sind keine stichhaltigen Gründe ersichtlich, diese Bestimmung des Freizügigkeitsabkommens in einem anderen, weiteren Sinne anzuwenden»³¹.

Mais à bien regarder, cette dernière affirmation résume très efficacement l'ambivalence de l'arrêt: la jurisprudence *Akrich* mérite-t-elle d'être reprise en tant que développement de l'*acquis*, sans plus, ou en tant que développement en un sens restrictif?

Les évolutions successives de la jurisprudence du Tribunal fédéral confirment, nous le verrons, que les deux lectures de l'arrêt *Basso* sont légitimes. Mais il convient pour l'instant de s'arrêter sur les orientations générales que le Tribunal se fixe, à partir de l'arrêt *Basso*, en matière d'interprétation de l'ALCP.

2. La prise en compte de la jurisprudence européenne après l'arrêt *Basso*: *Europafreundlichkeit, imprévisibilité, sélectivité*

Pour bien placer l'arrêt *Basso* dans son contexte, il convient de revenir aux caractéristiques institutionnelles de l'ALCP. Comme nous l'avons relevé, l'Accord vise à réaliser la libre circulation «en s'appuyant» sur l'*acquis* communautaire pertinent, qu'il intègre dans son texte et dans ses annexes et dont il impose une interprétation tenant compte de la jurisprudence de la Cour de justice. Sur la base de ces indications, on affirme parfois, sans plus, que l'ALCP vise à assurer le «parallélisme» entre le droit européen et le droit bilatéral de la libre cir-

ulation des personnes³². On peut fort bien souscrire à une telle lecture de l'Accord, mais le moins qu'on puisse dire est qu'elle ne coule pas de source.

L'Accord «s'appuie» sur l'*acquis*, mais il n'en impose pas la reprise pure et simple puisqu'il est fondé sur l'«équivalence des législations»³³. Par ailleurs, il n'exige pas que les notions de droit communautaire impliquées dans son application soient interprétées «conformément» à la jurisprudence de la Cour, comme le fait l'art. 1, al. 2 de l'Accord sur les transports aériens³⁴, mais bien en «tenant compte» de cette jurisprudence.

Le but du parallélisme est ainsi quelque peu nuancé, et ces nuances prennent davantage de corps en matière de reprise des développements de l'*acquis* pertinent. La jurisprudence postérieure à la date de signature de l'Accord, principal moteur de l'évolution du droit européen de la libre circulation, doit simplement être communiquée à la Suisse, et le comité mixte peut (théoriquement) en déterminer les implications «dans l'intérêt du bon fonctionnement de l'Accord» (art. 16, al. 2). Similairement, et toujours avec en vue «le bon fonctionnement de l'Accord», le comité mixte est appelé à déterminer les implications des développements législatifs et à mettre à jour, le cas échéant, les annexes II et III de l'Accord (art. 17 et 18). On peut déduire de ces dispositions une certaine faveur des parties à l'égard d'un développement parallèle du droit³⁵. Il est en revanche difficile d'y voir l'expression d'une volonté, univoque, d'assurer dans la durée le parallélisme des régimes juridiques.

Plus généralement, il découle de ce qui précède que l'Accord vise *un certain degré* de parallélisme, dont la détermination exacte est une question d'interprétation³⁶. Texte et contexte de l'Accord ne facilitent pas la tâche à l'interprète: ils lui fournissent une quantité d'indications contradictoires, qui s'annulent mutuellement et qui rendent plausibles plusieurs lectures de la volonté des Parties³⁷. En ce qui concerne tout particulièrement la prise en compte de la juris-

29 Rappelons que le Tribunal se saisit d'office de la question de savoir si la décision litigieuse est compatible avec l'art. 3 ALCP.

30 Cf. MOCK/FILLIEZ (note 23), p. 250 et p. 253 ss; CHRISTINE KADDOUS/CHRISTA TOBLER, Droit européen: Suisse-Union européenne, RSDIE 2005, p. 611–641, p. 633.

31 ATF 130 I 1, consid. 3.6.4.

32 Cf. notamment ASTRID EPINEY, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommen, ZBJV 2005, p. 1–31, p. 6 et 24; MARC SPESCHA, Commentaire sous ATF 136 II 5, PJA 2010, p. 104–105, p. 104.

33 Cf. *supra* note 1. Cf. aussi DANIEL FELDER, Appréciation juridique et politique du cadre institutionnel et des dispositions générales des accords sectoriels, in: Daniel Felder/Christine Kaddous (éd.), Accords bilatéraux Suisse-UE, Bâle/Genève/Bruxelles 2001, p. 119 ss, p. 124 ss.

34 RS 0.748.127.192.68.

35 Cf. Message relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE (note 1), ch. 148.5; FELDER, (note 33), p. 124 ss.

36 Cf. ASTRID EPINEY/ROBERT MOSTERS, Un exemple d'interprétation des accords conclus entre la Suisse et l'Union européenne: l'accord sur la libre circulation des personnes, in: Epiney/Rivière (éd.) (note 6), p. 57 ss, p. 62; cf. toutefois p. 63, où le but du parallélisme est réaffirmé sans réserve.

37 Cf. RAYAN HOUDROUGE/OLIVIER MACH, Libre circulation des personnes avec l'UE: développements et opportunités, Revue de l'avocat 2009 11–12, p. 523–528, qui utilisent la métaphore du «verre mi-plein». Cf. aussi la «déclaration commune relative à l'application de l'accord», qui enjoint aux parties de prendre «les dispositions nécessaires afin d'appliquer aux ressortissants de l'autre partie contractante l'*acquis* communautaire» – certes – mais «conformément à l'accord».

prudence postérieure, l'Accord fixe deux points fermes: la volonté d'assurer un *certain* parallélisme, d'une part, et le refus de tout automatisme, d'autre part. A l'intérieur de ces paramètres, on peut lire l'art. 16, al. 2 ALCP de manières fondamentalement différentes: comme visant une reprise essentiellement *statique* de la jurisprudence, sous réserve des décisions du comité mixte³⁸, ou bien comme visant une reprise foncièrement *dynamique* de la jurisprudence, sous réserve du droit des autorités suisses de refuser certains développements³⁹.

Quelle est, dans ce contexte, la position du Tribunal fédéral telle qu'elle se dégage de la jurisprudence contemporaine de l'arrêt *Basso*?

Au mois de novembre 2003, le Tribunal fédéral rend un arrêt dans lequel il se reconnaît lié par la jurisprudence antérieure de la Cour, qu'il qualifie de «déterminante»⁴⁰. Il est à peine nécessaire de souligner que cette interprétation, appréciable à la fois sous l'angle du parallélisme et de la sécurité juridique, va au-delà de la lettre de l'art. 16 al. 2 ALCP⁴¹.

Avec l'arrêt *Basso*, le Tribunal fédéral accepte de tenir compte également de la jurisprudence postérieure, comme l'y invitait d'ailleurs une grande partie de la doctrine de l'époque⁴². Il affirme de façon lapidaire que tout en ne le liant pas, un arrêt postérieur tel *Akrich* «peut être pris en considération» pour l'interprétation de l'ALCP⁴³. Ainsi, sans préjudice des doutes que l'on vient d'exposer quant aux motifs sous-jacents à cette prise de position, le Tribunal renonce objectivement à appliquer de manière rigide la distinction entre jurisprudence antérieure et postérieure, et suit la Cour de justice dans le développement «post-signature» du droit de la libre circulation.

Mais l'ATF 130 II 1 soulève, de toute évidence, une nouvelle question. Une fois admis que dans l'interprétation de l'ALCP on «peut» s'appuyer sur la jurisprudence postérieure, encore faut-il définir les critères et les modalités de cette prise en compte. L'enjeu du développement parallèle du droit se double ici de

38 Cf. la description des accords par STEPHAN BREITENMOSER, Sectoral agreements between the EC and Switzerland: content and context, CMLR 2003, p. 1137–1186, p. 1159 et 1164; THOMAS BURRI, The ways of the amoeba, 2010, p. 5 ss, <<http://www.ies.be/node/885>> (consulté le 9 octobre 2010).

39 Cf. notamment EPINEY (note 32), p. 23 ss.

40 ATF 130 I 26, JdT 2005 I p. 143, consid. 3.2.2; confirmé par ATF 136 II 5, consid. 3.4. Voir aussi ATF 130 II 113, consid. 6.5, où le Tribunal affirme que l'interprétation fournie par la Cour des «notions de droit communautaire» reprises par l'Accord «doit, en principe, être considérée comme faisant partie de l'*acquis* que la Suisse s'est engagée à reprendre, sous réserve que la jurisprudence en cause soit antérieure à la date de signature de l'Accord».

41 Cf. THOMAS COTTIER/NICOLAS DIEBOLD, Warenverkehr und Freizügigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu den bilateralen Abkommen, Jusletter 2 février 2009, n. 40–42.

42 Cf. p. ex. FABRICE FILLIEZ, Application des accords sectoriels par les juridictions suisses: quelques repères, in: Felder/Kaddous (éd.) (note 33), p. 205 ss; OLIVIER MACH, Les accords bilatéraux avec la CE: opportunité et défi pour le juriste suisse, SJ 2002 II, p. 325–388, p. 329 ss; THOMAS COTTIER/ERIK EVTIMOV, Die sektoriellen Abkommen der Schweiz mit der EG: Anwendung und Rechtsschutz, ZBJV 2003, p. 77–120, p. 108 ss.

43 ATF 130 I 1, consid. 3.6.1.

l'enjeu de la prévisibilité du droit. Or, c'est précisément ce pas que le Tribunal se refuse à franchir.

Il est vrai que dans l'arrêt ATF 130 II 113, rendu peu après l'arrêt *Basso*, le Tribunal revient sur la question et indique que les arrêts postérieurs de la Cour de justice «peuvent, le cas échéant, être utilisés en vue d'interpréter l'Accord sur la libre circulation des personnes [...], surtout s'ils ne font que préciser une jurisprudence antérieure»⁴⁴. Mais cette position de principe, qui fonde la jurisprudence successive du Tribunal, ne clarifie guère les choses.

Tout au plus, on peut en déduire que la prise en compte des arrêts «confirmatifs» de la jurisprudence antérieure est facilitée par rapport à celle des arrêts «novateurs» – une position, à la rigueur, plutôt proche d'une conception statique de l'Accord⁴⁵.

Mais en réalité, le Tribunal ne se fixe ni obligations ni limites dans la prise en compte des arrêts postérieurs⁴⁶: ceux-ci «peuvent» tous être pris en compte, qu'ils se bornent à préciser la jurisprudence antérieure ou qu'ils lui apportent des modifications substantielles.

Sur le fondement de cette doctrine aux contours incertains, le Tribunal bâtit une jurisprudence abondante et éminemment pragmatique en matière de «reprise» des arrêts postérieurs de la Cour de justice. Les références à la jurisprudence postérieure deviennent la règle plutôt que l'exception, et de ce point de vue – purement quantitatif – il est permis de considérer que la jurisprudence du Tribunal est d'une manière générale sensible aux exigences du parallélisme⁴⁷. Pourtant, les critères selon lesquels le Tribunal décide de la reprise ou de la non-reprise des arrêts postérieurs, spécialement s'ils sont novateurs, restent bien souvent implicites⁴⁸.

Cette démarche pragmatique présente, du point de vue du Tribunal, tous les avantages que nous avons rappelés dans l'introduction: elle lui laisse les mains libres pour reprendre tout arrêt postérieur là où il estime que cela est opportun, sans comporter le moindre engagement dans ce sens, et permet ainsi de préserver l'image d'obligations de reprise parfaitement statiques. Le revers de la mé-

44 ATF 130 II 113, consid. 5.2., italiques ajoutés. Sur le caractère artificiel de la distinction entre «précisions» et «innovations» dans la jurisprudence de la Cour, cf. THOMAS BURRI/BENEDIKT PIRKER, Stromschnellen im Freizügigkeitsfluss, RSDIE 2010, p. 164–188, p. 167.

45 Sur la faible valeur ajoutée de la prise en compte des arrêts postérieurs qui se bornent à confirmer une jurisprudence antérieure, cf. BORGHI (note 1), p. 327 ss; cf. également EPINEY (note 32), p. 14 ss, selon qui ces arrêts «postérieurs» devraient en toute logique être considérés comme relevant d'une jurisprudence antérieure, position reprise dans ATF 132 V 423, consid. 9.3.

46 En sens apparemment contraire, KADDOUS (note 11), p. 50–51.

47 Cf. KADDOUS (note 11), p. 51; COTTIER/DIEBOLD (note 41), n. 45; HOUDROUGE/MACH (note 37), p. 532.

48 Cf. notamment ASTRID EPINEY/TAMARA CIVITELLA, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, Annuaire du droit de la migration 2007/2008, p. 227–248, p. 237; ASTRID EPINEY/ROBERT MOSTERS, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EG, Annuaire suisse de droit européen 2008/2009, p. 53–88, p. 63.

daille est, naturellement, qu'une telle démarche compromet la prévisibilité et, potentiellement, la cohérence même de la pratique relative à l'ALCP.

Ce d'autant plus que la prise en compte discrétionnaire de la jurisprudence postérieure relativise, dans une certaine mesure, le caractère «déterminant» de la jurisprudence antérieure. L'arrêt ATF 130 II 113 en fournit lui-même l'exemple. Dans cet arrêt, confirmé à maintes reprises depuis, le Tribunal affirme que le conjoint d'un citoyen de l'Union ne peut bénéficier de l'art. 3 ALCP lorsque le mariage est «vidé de sa substance»⁴⁹. Pour justifier cette conclusion, le Tribunal invoque la notion d'abus de droit telle qu'elle se trouve consacrée dans l'arrêt *Akrich* – l'interprétant en l'espèce de manière fort contestable⁵⁰. En s'appuyant ainsi sur la réinterprétation d'un arrêt postérieur, il inaugure une pratique tout à fait incompatible avec la jurisprudence antérieure et bien établie de la Cour, selon laquelle le droit de séjour du conjoint subsiste jusqu'à la dissolution formelle du mariage⁵¹.

Au souci lié à l'imprévisibilité de la jurisprudence du Tribunal, s'ajoute ainsi l'impression que le Tribunal fédéral exploite sa marge de manœuvre pour faire une application «sélective» de la jurisprudence de la Cour, antérieure et postérieure⁵².

III. L'art. 42 de la Loi sur les étrangers, consécration de l'arrêt *Basso*

1. *Genèse et libellé de l'art. 42 de la Loi sur les étrangers*

Il est temps de revenir à la question des discriminations à rebours et aux travaux engagés en vue d'une révision totale du droit suisse des étrangers.

Le Conseil fédéral soumet aux Chambres son projet législatif au mois de mars 2002. Dans le Message qui l'accompagne, on peut lire notamment ce qui suit: «[la] réglementation [de l'ALCP] devra aussi s'appliquer par principe aux membres de la famille de ressortissants suisses, sans quoi ces derniers subiraient une discrimination par rapport aux ressortissants des États membres de l'UE et de l'AELE»⁵³.

Relevons la nuance: la réglementation de l'ALCP devra s'appliquer «par principe» aux ressortissants suisses. Et de fait, tout en reprenant en substance l'art. 3 ALCP, l'art. 41 du projet impose aux ressortissants suisses et aux membres de leur famille une condition supplémentaire pour le regroupement familial, celle

de la cohabitation⁵⁴. Il y a là le signe clair d'un conflit d'objectifs. D'une part, la nouvelle loi se voit assigner le but d'éliminer les discriminations à rebours. D'autre part, conformément à son inspiration générale, elle doit permettre un meilleur contrôle de l'immigration familiale, quantitativement très importante, et permettre notamment de prévenir et de réprimer les abus⁵⁵. En substance, il s'agit d'aller aussi loin qu'il le faut pour éliminer toute discrimination à rebours, mais pas plus loin, voire même un peu en deçà.

Cette tension entre la logique de l'égalité de traitement et celle du contrôle migratoire caractérise pendant un certain temps la vie parlementaire de l'art. 41 du projet. Non sans discussions, le Conseil national élimine en première lecture la condition de la cohabitation⁵⁶. L'arrêt *Basso* s'impose toutefois à l'attention du Conseil fédéral et des Chambres et leur offre, pour ainsi dire, l'œuf de Colomb. En effet, il permet au législateur d'étendre aux ressortissants suisses le régime de l'ALCP en ce qui concerne le regroupement intra-européen et d'introduire en même temps, sans discrimination, un régime restrictif pour le regroupement extra-européen⁵⁷.

Ainsi, le Département fédéral de justice et police soumet aux Chambres une nouvelle version de l'art. 41 du projet, que celles-ci approuvent et qui devient l'art. 42, al. 1 et 2, de la Loi fédérale sur les étrangers (LEtr)⁵⁸:

«1. Le conjoint d'un ressortissant suisse ainsi que ses enfants célibataires de moins de 18 ans ont droit à l'octroi d'une autorisation de séjour et à la prolongation de sa durée de validité à condition de vivre en ménage commun avec lui.

2. Les membres de la famille d'un ressortissant suisse titulaires d'une autorisation de séjour durable délivrée par un État avec lequel la Suisse a conclu un accord sur la libre circulation des personnes ont droit à l'octroi d'une autorisation de séjour et à la prolongation de sa validité. Sont considérés comme membres de sa famille:

- a. le conjoint et ses descendants âgés de moins de 21 ans ou dont l'entretien est garanti;
- b. les ascendants du ressortissant suisse ou de son conjoint dont l'entretien est garanti.»

2. *La rédaction de l'art. 42: choix technique, ou choix politique?*

Le même jour où il adopte la Loi fédérale sur les étrangers, le Parlement arrête une révision de la Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI)⁵⁹. Parmi les objectifs de cette révision, il y a aussi celui de prévenir toute discrimination à rebours

49 ATF 130 II 113, consid. 9.4.

50 Cf. CHRISTINE KADDOUS/CHRISTA TOBLER, Droit européen: Suisse-Union européenne, RSDIE 2006, p. 467–500, p. 490.

51 KADDOUS/TOBLER (note 50). On se réfère ici à la jurisprudence *Diatta* précitée.

52 Cf. MOCK/FILLIEZ (note 23), p. 255 s.; même expression chez CHRISTINE KADDOUS/CHRISTA TOBLER, Droit européen: Suisse-Union européenne, RSDIE 2009, p. 499–535, p. 514.

53 Message du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers, FF 2002 3469, ch. 1.3.7.2.

54 Sur le caractère discriminatoire de cette condition, cf. HOTTELIER/MOCK (note 16), p. 1284.

55 Cf. Message concernant la loi sur les étrangers, (note 53), ch. 1.3.7.1.

56 Cf. BO 2004 CN 634, p. 749.

57 Pour une suggestion dans ce sens, cf. ATF 130 II 137, consid. 4.3.

58 RS 142.20.

59 RS 943.02, modification du 16 décembre 2005 (RO 2006 2363).

dans le domaine de la reconnaissance des diplômes⁶⁰. La solution retenue est simple: au travers d'un renvoi dynamique, le nouvel art. 4, al. 3bis LMI «étend» le champ d'application de l'ALCP aux situations purement internes de reconnaissance intercantonale des diplômes⁶¹. L'adéquation du moyen au but est indiscutable: quelle que soit l'évolution du régime de l'ALCP, la LMI révisée reste apte à garantir l'égalité de traitement.

Une telle solution n'est pourtant pas retenue dans la Loi sur les étrangers. En lieu et place, le Conseil fédéral propose – et le Parlement accepte – d'adopter une disposition reproduisant en toutes lettres l'interprétation de l'art. 3 ALCP qui résulte de l'arrêt *Basso*, à son tour fondé sur la jurisprudence *Akrich*. L'adéquation du moyen au but est ici plus discutable: l'égalité de traitement nouvellement acquise⁶² risque en effet d'être rompue par toute nouvelle évolution, en sens plus libéral, du régime bilatéral.

Les raisons ayant amené l'Administration à formuler ainsi l'art. 42 LETr ne sont pas connues et la question n'a pas été discutée au Parlement. On en est donc réduit à formuler des hypothèses. La première est, naturellement, celle d'un choix dicté par des considérations de technique législative. Pourtant, à la différence des renvois directs au droit européen, les renvois dynamiques aux accords sectoriels ne sont pas considérés comme problématiques d'un point de vue juridique⁶³. Certes, il convient de ne pas abuser de la technique du renvoi⁶⁴. Mais la «dynamique» de la jurisprudence relative à l'ALCP, bien connue du législateur précisément au travers de l'arrêt *Basso*⁶⁵, aurait justifié d'y recourir en l'espèce comme dans le cas de la LMI.

Si on écarte l'hypothèse du choix technique, il reste celle du choix politique. Réticence à inclure, dans un texte de cette importance, un renvoi explicite à un régime «européen» tel celui de l'ALCP? Ou bien, choix de compromis entre finalités différentes? Car une chose est certaine, le libellé de l'art. 42, al. 2 n'exprime pas une volonté inconditionnelle de reprendre en droit interne le régime «européen» de l'ALCP et d'assurer ainsi l'égalité de traitement. Il exprime la volonté de ce faire pour autant que la règle reprise soit celle, restrictive, de la jurisprudence *Basso*, qui permet en même temps un contrôle strict de l'immigration familiale en provenance des pays tiers. On peut même pousser le rai-

sonnement plus loin et considérer qu'en formulant ainsi l'art. 42, le législateur mise sur le maintien de la jurisprudence *Basso*, méconnaissant, par choix ou par mégarde, la dynamique des rapports entre droit européen, bilatéral et interne.

Que cette hypothèse corresponde ou non à l'intention du législateur historique, le fait est que le Tribunal se trouve, après l'adoption de la Loi sur les étrangers, au centre d'une partie complexe entre droit et politique. Car la réalisation des buts ostensiblement poursuivis par le législateur au travers de l'art. 42 LETr va dépendre du «gel» de l'interprétation de l'art. 3 ALCP.

D. *Jia*: ferments de changement et Europe, défense du *statu quo* en Suisse

I. L'arrêt *Jia*: clarification obscure de l'arrêt *Akrich*

Comme nous l'avons relevé précédemment, l'arrêt *Akrich* suscite, dès son prononcé, des interrogations quant à sa valeur de précédent. Par ailleurs, même après son prononcé, il demeure mal intégré au droit européen de la libre circulation des personnes, tant législatif que jurisprudentiel⁶⁶.

L'affaire *Jia* offre à la Cour une première occasion pour clarifier sa position. Dans cette affaire, le juge de renvoi lui demande notamment si «[...] le droit de résidence d'un ressortissant d'un pays tiers, membre de la famille d'un citoyen de l'Union, dépend de son séjour légal dans la Communauté»⁶⁷. En clair, le juge de renvoi s'interroge sur la question, déjà évoquée, de savoir si la jurisprudence *Akrich* est un «vrai» ou un «faux» précédent. L'Avocat général Geelhoed plaide vigoureusement pour une pleine consécration de la jurisprudence *Akrich*⁶⁸.

La Grande Chambre de la Cour, en revanche, esquivait la question. A la faveur d'une question préjudicielle imparfaitement formulée, et des spécificités du cadre juridique national applicable dans l'affaire au principal, elle répond évasivement que le droit européen de la libre circulation «n'impose pas» aux États membres d'appliquer la condition du séjour préalable⁶⁹. L'ambiguïté de l'arrêt est évidente⁷⁰. Celui-ci marque toutefois une première prise de distance par rapport à l'arrêt *Akrich*, que la Grande Chambre traite à cette occasion comme un arrêt d'espèce⁷¹.

60 Message du 24 novembre 2004 relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur, FF 2005 421, ch. 2.3.

61 Cf. MINH SON NGUYEN, L'impact du droit des Accords sur la libre circulation des personnes sur la Loi sur le marché intérieur, in: Denis Tappy *et al.* (éd.), 300 ans d'enseignement du droit à Lausanne, Genève 2010, p. 213 ss.

62 Et, par ailleurs, imparfaitement acquise: cf. MARC SPESCHA, Inländerdiskriminierung im Ausländerrecht?, PJA 2008, p. 1432–1440, p. 1436.

63 Cf. Office fédéral de la justice, Guide de législation, 3^e éd. 2007, ch. 8251.1 et 8251.3; CLEMENS LOCHER, Redaktionelle und gesetzestechische Probleme der Verweisung auf EU-Recht im Landesrecht, LeGes 2010 1, p. 87–100, p. 88.

64 Guide de législation (note 63), ch. 8251.4.

65 Cf. proposition Philipp Müller, BO 2004 CN 740.

66 Cf. EPINEY (note 24), p. 845 s.; conclusions de l'Avocat général Geelhoed du 27 avril 2006 C-1/05 *Jia*, Rec. 2007, I-1, points 27–61.

67 Arrêt de la CJCE du 9 janvier 2007 C-1/05 *Jia*, Rec. 2007 I-1, point 24.

68 Conclusions *Jia*, points 62 ss.

69 Arrêt *Jia*, point 1 du dispositif.

70 EPINEY (note 24), p. 842 s.

71 Arrêt *Jia*, points 29–32. Dans le même sens, CHRISTINE KADDOUS/CHRISTA TOBLER, Droit européen: Suisse-Union européenne, RSDIE 2007, p. 637–664, p. 651 s.

II. L'arrêt ATF 134 II 10 et les arguments en faveur du *statu quo*

Sans surprise, cette prise de distance suscite en Suisse de nouveaux recours tendant au dépassement de la jurisprudence *Basso*. Cependant, dans l'arrêt ATF 134 II 10 du 30 novembre 2007, le Tribunal fédéral refuse de revoir sa position au sujet de l'art. 3 ALCP.

Le Tribunal observe que «la portée de l'arrêt *Jia* n'est pas claire» et plus particulièrement que, par l'arrêt *Jia*, «la Cour de justice ne paraît pas [...] vouloir [...] interdire [aux États membres] de prévoir [la condition du séjour légal préalable] dans leur législation»⁷². Mais au lieu de s'en tenir là, ce qu'il aurait pu faire sans essayer de critique⁷³, il préfère développer toute une série de considérations supplémentaires, et fort significatives, en faveur du maintien de la jurisprudence *Basso*.

D'abord, il relève que l'arrêt *Jia* est postérieur à la date de signature de l'Accord et donc non déterminant – réserve qui «vaut évidemment pour les prochaines décisions que rendra la Cour en la matière»⁷⁴. Il ajoute que ces «prochaines décisions» pourraient être motivées «par des questions de cohérence propres à l'ordre juridique communautaire, notamment par rapport au statut de citoyen de l'Union [...] ou par rapport à de récents actes communautaires [...], comme [...] la directive 2004/38⁷⁵ [...]».

Cette partie de la motivation s'appuie sur des considérations qui sont, en principe, légitimes. Elle est n'en est pas moins surprenante. Certes, les arrêts postérieurs de la Cour ne sont pas déterminants selon la jurisprudence du Tribunal. Mais après avoir repris *Akrich*, arrêt postérieur et résolument novateur, il est singulier que le Tribunal invoque cet argument pour justifier la non-reprise de *Jia* ou des «prochaines décisions» de la Cour sur la condition du séjour préalable⁷⁶. De même, il est bien établi que la jurisprudence de la Cour s'appuyant de façon déterminante sur la notion de citoyenneté, ou sur des actes juridiques de l'Union non repris dans l'ALCP, doit être écartée d'emblée car non «pertinente» au sens de l'art. 16 ALCP⁷⁷. Mais en argumentant de la sorte, qui plus est à l'égard de décisions futures et éventuelles, le Tribunal donne l'impression de préparer le terrain pour les écarter *au prétexte* qu'elle se référerait, comme

le font désormais tous les arrêts de la Cour en matière de libre circulation, à la notion de citoyenneté ou aux bases légales entre-temps entrées en vigueur au sein de l'Union⁷⁸.

La suite de la motivation de l'arrêt corrobore l'impression d'un parti pris en faveur du *statu quo*. Le Tribunal fédéral relève d'abord que «l'interprétation de l'arrêt *Akrich* permet, sans trahir ni la lettre ni l'esprit de l'Accord, de ménager les prérogatives de la Suisse en matière de politiques migratoires, en même temps que de tracer une limite claire entre les situations relevant du seul droit interne (et de l'art. 8 CEDH) et celles entrant dans le champ d'application de l'Accord»⁷⁹. Plus loin, le Tribunal affirme que le maintien de la jurisprudence *Basso* aurait «également l'avantage d'éviter dans une large mesure les situations de discrimination à rebours pouvant se présenter en matière de regroupement familial» et que «l'objectif d'éviter la discrimination à rebours fait partie des préoccupations du législateur suisse, comme l'atteste la [Loi fédérale sur les étrangers]». Ainsi, selon le Tribunal, «l'abandon de la jurisprudence [*Basso*] aurait pour conséquence – paradoxale – de replacer les ressortissants suisses [...] dans une moins bonne situation que les citoyens communautaires [...] en violation de la volonté du législateur»⁸⁰.

Ces considérations sont dénuées de pertinence aux fins de l'interprétation de l'ALCP. La jurisprudence *Basso* permet certes de «ménager les prérogatives de la Suisse en matière de politiques migratoires», mais le Tribunal omet d'expliquer en quoi une telle considération d'opportunité politique peut être rattachée à la volonté des Parties, telle qu'elle trouve son expression dans l'Accord. L'argument tiré des avantages de la jurisprudence *Basso* sous l'angle de la discrimination à rebours n'est pas plus convaincant. En substance, le Tribunal défend son interprétation d'un traité international, c'est-à-dire la jurisprudence *Basso*, en tirant argument de sa cohérence avec la «volonté du législateur» telle qu'elle s'est exprimée dans l'art. 42 LEtr. Ainsi, par une curieuse inversion méthodologique, le Tribunal interprète le droit international à la lumière du droit interne. Ou pour le dire autrement, il confère un poids déterminant à la volonté du législateur national telle qu'elle s'est exprimée dans une disposition qui est, à la rigueur, entièrement étrangère à l'Accord. Car il convient de le souligner: l'art. 42 LEtr ne saurait être pris en compte au titre de la «pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité»⁸¹ pour interpréter l'ALCP, ne serait-ce que parce qu'il régit une matière sortant du champ d'application de l'ALCP.

Juridiquement douteuse, l'argumentation du Tribunal relève, nous l'avons dit, d'un parti pris en faveur de la jurisprudence *Akrich/Basso*. Ce parti pris est entièrement lié au contenu matériel de cette jurisprudence, qui «ménage» les

72 ATF 134 II 10, respectivement consid. 3.5.1. et 3.4.

73 Dans ce même sens, ASTRID EPINEY/ROBERT MOSTERS, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen, Annuaire suisse de droit européen 2007/2008, p. 55–91, p. 71.

74 ATF 134 II 10, consid. 3.5.2.

75 La Directive 2004/38/CE du Conseil du 29 avril 2004, JO L 229 du 29 juin 2004 p. 35, a remplacé l'ensemble des dispositions citées à la note 14. A ce jour, elle n'a pas été reprise dans l'ALCP.

76 EPINEY/CIVITELLA (note 48), p. 237.

77 Cf. notamment ATF 130 II 113, consid. 6. Sur la question de la «pertinence» des arrêts de la Cour au regard de l'art. 16 ALCP, cf. THOMAS COTTIER *et al.*, Die Europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts, Annuaire suisse de droit européen 2003, p. 357–392, p. 381 s.; EPINEY (note 32), p. 7 ss; BORGHINI (note 1), p. 317 ss.

78 A ce sujet, cf. notamment EPINEY (note 32), p. 14.

79 ATF 134 II 10, consid. 3.5.3.

80 ATF 134 II 10, consid. 3.5.4.

81 Art. 31, al. 3 let. b de la Convention de Vienne sur le droit des traités (RS 0.111).

prérogatives de la Suisse, et ne dépend nullement d'un souci d'assurer un développement parallèle du droit. L'intérêt national devient, rétrospectivement, la clé de lecture déterminante de l'arrêt *Basso*, et l'impression d'une démarche sélective du Tribunal fédéral est confirmée (cf. *supra*, C.II). Par ailleurs, le Tribunal montre qu'il a pleinement entendu le message du législateur de 2005 – message volontaire ou involontaire, peu importe. La lettre de l'art. 42 LETr est en effet improprement prise comme prétexte pour figer l'interprétation de l'Accord.

Mais l'arrêt ATF 134 II 10 est, sous tous ces aspects, un arrêt «hypothétique». L'objet de l'argumentation résumée ci-dessus n'est pas le rejet de l'arrêt *Jia* en tant que tel, mais bien celui des éventuelles «prochaines décisions» de la Cour de justice. La vraie épreuve, pour le Tribunal fédéral, se présente avec l'arrêt *Metock*.

E. *Metock*: juge et législateur à l'épreuve de l'eurocompatibilité

I. L'arrêt *Metock*: enterrement de la condition du «séjour préalable» et retour aux sources

Après l'affaire *Jia*, l'affaire *Metock* offre à la Cour de justice une deuxième occasion pour clarifier la portée de l'arrêt *Akrich*. Cette fois, la question préjudicielle ne laisse guère de place à l'interprétation (italiques ajoutés): «La directive 2004/83 *permet-elle* qu'un État membre impose une condition générale selon laquelle un [membre de la famille] non communautaire d'un citoyen de l'Union doit avoir séjourné légalement dans un autre État membre [...] pour pouvoir bénéficier des dispositions de la directive 2004/38?». La réponse de la Cour est tout aussi nette: la Directive s'oppose à ce qu'une telle condition soit imposée par les États membres⁸². D'une part, la Cour souligne que la condition du séjour préalable ne résulte pas de la lettre de la Directive. D'autre part, elle rejette fermement la lecture que l'arrêt *Akrich* avait faite de l'«économie» du droit de la libre circulation, et lui oppose une lecture diamétralement contraire⁸³.

Loin de faire l'objet d'un simple *distinguishing*, la jurisprudence *Akrich* est formellement enterrée. Mieux: la Cour prend le soin de souligner qu'elle n'a été rien d'autre qu'un accident de parcours⁸⁴, et que l'interprétation qu'elle rend maintenant constitue un «retour aux sources» puisqu'elle se situe dans la droite ligne de la jurisprudence rendue sous l'empire du Règlement 1612/68 et des autres actes entre-temps abrogés par la Directive 2004/38⁸⁵.

82 Arrêt de la CJCE du 25 juillet 2008 C-127/08 *Metock*, Rec. 2008 I-6241, respectivement point 47 et point 1 du dispositif.

83 Arrêt *Metock*, respectivement points 48–55 et 58–68.

84 Ainsi PETER BOLZLI, Commentaire sous l'arrêt *Metock*, *Asyl* 2008 4, p. 24, et références citées.

85 Arrêt *Metock*, points 55 ss; CHRISTINE KADDOUS/CHRISTA TOBLER, *Droit européen: Suisse-Union européenne*, RSDIE 2008 p. 351–386, p. 363.

Ainsi, au grand dam de certains États membres⁸⁶, la condition du «séjour préalable» n'existe plus en droit européen de la libre circulation. *Quid* du droit bilatéral de la libre circulation? Et *quid* de l'art. 42 LETr?

II. L'arrêt ATF 136 II 5: la jurisprudence du Tribunal fédéral fait peau neuve

1. Une «reprise» peu banale

Dès la date de son prononcé, l'arrêt *Metock* suscite une vague de réactions et de prises de position en Suisse.

La première réaction prend la forme d'une initiative parlementaire, présentée au mois d'octobre 2008, qui tend à la réforme de l'art. 42 LETr⁸⁷. Le but exclusif de cette initiative est de prévenir toute discrimination à rebours des ressortissants suisses, et cette fois la technique législative proposée est pleinement conforme à l'objectif – une clause générale de non-discrimination, doublée d'un renvoi dynamique à l'ALCP. Mais les Chambres n'estiment pas que les temps soient mûrs. Dans un communiqué de presse du 13 mai 2009, la Commission des institutions politiques du Conseil des États (CIP-E) motive ainsi son rejet: «A ce jour, la commission n'a [...] constaté aucune discrimination à rebours à l'égard du regroupement familial. En tout état de cause, d'éventuelles mesures législatives ne pourraient être prises que si le Tribunal fédéral reconnaissait la récente jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes».

La balle, donc, est dans le camp du Tribunal fédéral, et personne ne doute qu'il aura bientôt à se déterminer sur les implications de l'arrêt *Metock* pour l'ALCP.

L'opinion majoritaire en doctrine est que les meilleurs arguments plaident pour la reprise de la jurisprudence *Metock*⁸⁸. Après avoir repris à son compte l'arrêt *Akrich*, le Tribunal ne pourrait écarter l'arrêt *Metock* – aussi «postérieur» que le premier, rendu sur le même point juridique, et consacrant son dépassement en droit européen – qu'au prix d'une véritable «pirouette»⁸⁹. Ce serait là la confirmation de la sélectivité reprochée au Tribunal dans l'interprétation de l'ALCP⁹⁰. Et pourtant, à la lumière de l'arrêt ATF 134 II 10, certains commentateurs sont sceptiques⁹¹.

86 Cf. JEAN-YVES CARLIER, *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne* (1^{er} janvier-31 décembre 2008), *Journal du droit européen* 2009, p. 79–83, p. 80 s.

87 Initiative Tschumperlin du 3 octobre 2008, n° 08.494.

88 Cf. à titre d'exemple KADDOUS/TOBLER (note 52), p. 514 s.; SPESCHA (note 62), p. 1435; EPINEY/MOSTERS (note 48), p. 62 s.

89 Ainsi SPESCHA (note 32), p. 104.

90 En ce sens, KADDOUS/TOBLER (note 52), p. 514 s.

91 EPINEY/MOSTERS (note 48), p. 62 s.

Pour sa part, l'Administration fédérale plaide pour le maintien de la jurisprudence *Basso*. Dans une circulaire du 20 octobre 2008, l'Office fédéral des migrations met en avant quatre arguments contre la reprise de *Metock*. D'abord, il s'agit d'un arrêt postérieur (1), rendu de surcroît sur l'interprétation de la Directive 2004/38, qui ne lie pas la Suisse puisqu'elle n'a pas été reprise dans l'ALCP (2). Ensuite, l'art. 42 LETr impose la condition du séjour préalable à l'égard des membres de la famille des citoyens suisses (3), et le Tribunal fédéral a maintes fois confirmé la jurisprudence *Basso* (4).

Les trois premiers arguments s'inspirent directement de l'arrêt ATF 134 II 10, et nous avons déjà souligné leur faiblesse d'un point de vue juridique. Ajoutons seulement que la motivation de l'arrêt *Metock* rend intenable l'argument fondé sur la Directive 2004/38: comme la Cour l'a elle-même relevé explicitement, les dispositions de la Directive 2004/38 en cause dans l'affaire *Metock* sont matériellement identiques aux dispositions antérieures reprises dans l'ALCP. Quant au rappel du caractère constant de la jurisprudence *Basso*, il s'agit là d'une pétition de principe: rien n'empêche le Tribunal fédéral de modifier sa jurisprudence en présence de raisons suffisantes. La question est, justement, de savoir si l'arrêt *Metock* justifie un revirement de jurisprudence.

En bref, pour le Tribunal fédéral il s'agit d'effectuer le choix entre une prise de position juridiquement douteuse et une prise de position politiquement incommode: rejeter *Metock*, et s'exposer au reproche d'avoir sacrifié sa mission de dire le droit sur l'autel de la raison d'État, ou bien reprendre *Metock*, et du même coup restreindre la marge de manœuvre de la Confédération en matière d'immigration familiale, ressusciter une discrimination à rebours et remettre en cause, indirectement, l'art. 42, al. 2 LETr.

Face à ce choix cornélien, le Tribunal s'accorde un temps de réflexion⁹². Le 29 septembre 2009, avec l'ATF 136 II 5, il tranche toutefois sans la moindre ambiguïté en faveur de la reprise de *Metock*. Les arguments avancés par l'Administration fédérale sont rejetés l'un après l'autre, essentiellement pour les raisons que nous avons déjà exposées précédemment (cf. *supra* D.II et dans cette même section)⁹³. Ceci aurait peut-être pu suffire pour les besoins de la cause, mais le Tribunal saisit l'occasion pour revenir sur son arrêt de principe, l'ATF 130 II 113, et pour asseoir sa décision sur une nouvelle doctrine en matière de reprise des arrêts postérieurs:

«Gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA ist für die Anwendung des Freizügigkeitsabkommens die einschlägige Rechtsprechung des EuGH vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung (21. Juni 1999) massgebend. Das Bundesgericht kann aber, ohne dazu verpflichtet zu sein, zum Zwecke der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens auch seither ergangene Urteile des Gerichtshofs heranziehen (BGE 130 II

92 Arrêt du Tribunal fédéral 2C.587/2008 du 4 décembre 2008, consid. 2.1.

93 ATF 136 II 5, consid. 3.6.1.-3.6.4. Il est piquant de noter que le Tribunal fédéral présente ici l'arrêt *Basso* comme une concession faite, avec réticence, aux impératifs du parallélisme.

1 E. 3.6.1 S. 10f., 113 E. 5.2 S. 119f.). Hierbei ist beachtlich [...] dass für die vom Abkommen erfassten Bereiche eine parallele Rechtslage verwirklicht werden soll [...]. Um das Abkommensziel einer parallelen Rechtslage nicht zu gefährden, wird das Bundesgericht in angemessener Weise nach dem Stichtag (21. Juni 1999) ergangene Rechtsprechungsänderungen des EuGH in seine Beurteilung einbeziehen und ihnen Rechnung tragen. [...]. Da der EuGH nicht berufen ist, für die Schweiz über die Auslegung des Abkommens verbindlich zu bestimmen, ist es dem Bundesgericht überdies nicht verwehrt, aus triftigen Gründen zu einer anderen Rechtsauffassung als dieser zu gelangen. Es wird dies aber mit Blick auf die angestrebte parallele Rechtslage nicht leichtthin tun»⁹⁴.

2. La nouvelle doctrine du Tribunal fédéral: ses promesses, sa portée conceptuelle

Comme il résulte clairement du passage cité, la nouvelle doctrine du Tribunal fédéral ne rompt pas entièrement avec le passé. Au contraire, les bases esquissées en 2003 sont confirmées. Il est d'abord confirmé que la jurisprudence antérieure est «déterminante». Il est également confirmé que le Tribunal «peut» faire appel à la jurisprudence postérieure aux fins de l'interprétation de l'Accord sans y être lié. Mais à ce dernier sujet, eu égard au but du parallélisme qui inspire l'ALCP, le Tribunal se fixe comme règle de reprendre la jurisprudence postérieure, tout en se réservant la possibilité de ne pas le faire pour des motifs sérieux (*triftige Gründe*) et de poids (*nicht leichtthin*). La nouveauté réside évidemment dans ce rapport entre règle et exception, la reprise des arrêts postérieurs devenant la règle et la non-reprise l'exception.

Cette nouvelle doctrine du Tribunal ne débouchera pas nécessairement sur une pratique quantitativement plus *Europafreundlich* dans l'application de l'ALCP. Comme il a déjà été relevé, le Tribunal fait régulièrement référence, et depuis longtemps, à la jurisprudence postérieure de la Cour (cf. *supra*, C.II.2). Par contre, l'ATF 136 II 5 constitue une prise de distance nette par rapport à l'approche pragmatique et casuistique qui avait mené le Tribunal dans l'impasse, précisément en matière de regroupement familial. De ce fait, il porte en soi la promesse d'une pratique qualitativement meilleure – plus transparente et prévisible, porteuse de débats plus prégnants au regard du développement du régime bilatéral de la libre circulation.

Une pratique plus transparente et prévisible, d'abord. Car le Tribunal structure enfin le terrain argumentatif en identifiant une position de départ et un sujet de débat – l'existence de *triftige Gründe* pour la non-reprise d'un arrêt postérieur. De surcroît, sans annuler sa liberté d'appréciation, il s'astreint à motiver

94 ATF 136 II 5, consid. 3.4.

lui-même la décision de ne pas suivre, dans un cas spécifique, l'évolution de la jurisprudence européenne.

Un débat plus prégnant, ensuite. Car au lieu de porter sur les continuités et ruptures de la jurisprudence européenne – argument pertinent, mais dans une certaine mesure stérile – il devra désormais porter sur l'essentiel: la compatibilité de la jurisprudence postérieure de la Cour avec les buts, le texte et le contexte de l'Accord⁹⁵.

Ces bénéfices ne sont pas acquis d'avance. Tout dépendra, en effet, de la concrétisation de la notion de *triftige Gründe*, que le Tribunal est appelé à effectuer à partir des indications, substantielles, que la doctrine et jurisprudence fournissent d'ores et déjà⁹⁶.

Ainsi, la signification de l'ATF 136 II 5 pour la pratique d'application de l'ALCP reste en partie à découvrir. Par contre, sa signification conceptuelle nous semble déjà évidente.

Comme nous l'avons relevé précédemment, l'ALCP pose deux points fixes – le but d'un «certain parallélisme» et le refus de toute reprise automatique – à l'intérieur desquels plusieurs lectures d'ensemble sont possibles. Avec l'ATF 136 II 5, le Tribunal choisit enfin de manière nette l'une de ces lectures – et il choisit la plus dynamique.

La dette intellectuelle envers la doctrine est considérable. En particulier, le Tribunal semble rejoindre point par point les thèses développées par Astrid Epiney en 2005⁹⁷ – sous réserve, peut-être, d'une nuance. Dans les écrits du professeur Epiney, la reprise de la jurisprudence postérieure est conçue comme une obligation internationale, certes conditionnelle, dérivant d'une interprétation de l'art. 16 ALCP à la lumière des objectifs de l'Accord. Il est fort possible que, dans le considérant 3.4. précité, le Tribunal ait voulu exprimer la même idée. Pourtant, le Tribunal maintient explicitement qu'il n'est pas lié par la jurisprudence postérieure, et qu'il «peut» s'en inspirer pour interpréter l'Accord. L'engagement à «prendre en compte d'une manière appropriée» la jurisprudence postérieure de la Cour, certes motivé par l'exigence de ne pas mettre en péril la

réalisation du parallélisme visé par l'Accord, est pris sans renier explicitement son caractère volontaire.

Si ces observations sont pertinentes – ce dont nous ne sommes pas absolument certain – la doctrine exprimée dans l'ATF 136 II 5 se prête à une lecture différente et intéressante. En suivant la jurisprudence de la Cour sous réserve de motifs sérieux, le Tribunal n'obéit pas à une obligation de droit international. Il se fixe plutôt une règle de conduite dans l'exercice de la discrétion qui lui est laissée par l'Accord, donc au-delà des stipulations de l'Accord lui-même⁹⁸. Un tel engagement volontaire trouve sa justification, naturellement, dans l'attachement du Tribunal au bon fonctionnement de l'Accord. Mais on est tenté d'y voir, aussi, une approche de principe motivée par l'exigence de garantir la cohérence et la prévisibilité du droit dans la gestion, difficile, des rapports entre droit européen et droit bilatéral.

III. Le législateur et l'art. 42 LEtr: retour à la case départ

En même temps qu'il ramène l'harmonie entre droit européen et droit bilatéral, l'ATF 136 II 5 crée à nouveau une dissonance entre droit bilatéral et droit interne. Les inconvénients de l'art. 42 LEtr, inflexible car littéralement calqué sur la jurisprudence *Akrich/Basso*, sont exposés au grand jour, puisqu'à nouveau les ressortissants suisses sont moins bien lotis que les citoyens de l'UE.

Le Tribunal fédéral s'interdit de fournir une issue judiciaire à l'impasse. Il est à nouveau saisi de la question, et à nouveau il refuse d'étendre le régime ALCP aux ressortissants suisses⁹⁹. Certes, cette fois il critique explicitement la situation juridique déterminée par l'art. 42 LEtr. Il observe que l'inégalité de traitement au détriment des citoyens suisses n'est apparemment pas justifiée par un quelconque motif objectif ou par un intérêt public digne de protection¹⁰⁰. Il se réserve d'ailleurs d'intervenir en cas d'inaction du législateur – en interprétant l'art. 42 selon son esprit et contre sa lettre, ou bien en lui refusant ponctuellement l'application pour violation de l'art. 14 CEDH¹⁰¹. Cependant, «[a]us Gründen der Gewaltenteilung», il défère la question «*vorerst*» au législateur, auquel il revient de «*befinden, unter welchen Bedingungen und aus welchen Grün-*

95 Bien qu'avec des accents différents, les arrêts rendus en 2008–2010 par la Cour de justice au sujet de l'ALCP (CHRISTINE KADDOUS, *Stamm et Hauser, Grimme, Fokus Invest AG, Hengartner et Gasser* ou les accords bilatéraux ne créent pas un marché intérieur, RSDIE 2010, p. 129–136) semblent délimiter d'une manière similaire le terrain du débat. En sens dubitatif, BURRI/PIRKER (note 44).

96 P. ex., l'incompatibilité matérielle d'un nouvel arrêt de la Cour avec les dispositions de l'Accord (EPINEY (note 32), p. 25), son manque de pertinence par rapport à l'*acquis* repris dans l'Accord (cf. ATF 133 V 624, consid. 4; arrêt du Tribunal fédéral 2C.33/2007 du 14 mars 2008, consid. 3) ou encore le fait que le comité mixte ait explicitement ou implicitement refusé sa reprise (ATF 132 II 135, consid. 5) devraient sans doute représenter des motifs sérieux pour l'écarter. L'existence de ces «indications» atténuée, sans les éliminer, les difficultés liées au maniement d'un concept aussi flou que celui de «motifs sérieux»: cf. notamment BURRI/PIRKER (note 44).

97 EPINEY (note 32), spéc. p. 25.

98 Selon la lecture d'ASTRID EPINEY (note 32), p. 26 s., la position du Tribunal fédéral découlerait au contraire d'une interprétation correcte de l'art. 16, al. 2 ALCP. Relevons tout de même le décalage avec le texte de cette disposition. Celle-ci dispose que la jurisprudence antérieure doit être «prise en compte» et que la jurisprudence postérieure est seulement à «communiquer» à la Suisse. Selon l'ATF 136 II 5, la jurisprudence antérieure est «déterminante» et la jurisprudence postérieure doit – littéralement – être prise en compte, et même suivie, tout en pouvant être écartée pour des motifs sérieux.

99 ATF 136 II 120.

100 ATF 136 II 120, consid. 3.4.

101 ATF 136 II 120, consid. 3.5.3.

den er allenfalls eine Gleich- oder Ungleichbehandlung von Schweizer- und EU/ EFTA-Bürgern unter dem neuen Recht hinnehmen will»¹⁰².

Ainsi, après l'ATF 136 II 5, le législateur se retrouve à la case de départ.

Une procédure tendant à la réforme de l'art. 42 LEtr est actuellement en cours. Une nouvelle initiative parlementaire, allant dans le même sens que celle qui avait été présentée en 2008 (cf. *supra*, E.II.1), a été présentée au mois de mars 2010¹⁰³. La CIP-N s'est prononcée favorablement. Non sans débat, toutefois: onze de ses membres ont voté contre estimant que «le politique devrait conserver la marge de manœuvre qui lui reste», notamment pour combattre «de potentiels abus»¹⁰⁴. Pour sa part, la CIP-E a voté contre l'initiative en invoquant le risque d'une augmentation des mariages fictifs¹⁰⁵. Ainsi, le conflit de finalités qui avait pu être caché derrière la formulation de l'art. 42 LEtr resurgit. Et dans les circonstances actuelles, il est difficile d'imaginer une solution permettant de faire d'une pierre deux coups. Il s'agira, plutôt, de faire explicitement du régime interne du regroupement familial un «prolongement» du régime bilatéral, ou bien de rendre explicite la volonté de privilégier le contrôle migratoire au prix d'une discrimination à rebours.

Les droits fondamentaux devront bien sûr être respectés. Mais il convient de souligner que, en rejetant la balle dans le camp du législateur, le Tribunal ne lui a pas enjoint de réaliser l'égalité de traitement. S'il a constaté *prima facie* une violation du principe d'égalité, il n'a pas exclu que le législateur puisse maintenir une disparité de traitement en motivant ce choix, s'il le peut, à satisfaction de droit¹⁰⁶. Le seul constat effectué sans équivoque par le Tribunal concerne la contradiction entre le but déclaré de l'art. 42 et sa lettre¹⁰⁷.

L'ALCP, pour sa part, laisse au législateur une liberté complète dans ses choix. L'existence même d'une discrimination à rebours est le reflet de cette liberté, car elle prend naissance de la coexistence d'un régime supra- ou international, applicable aux situations transfrontalières, et d'une sphère de compétence nationale pour tout ce qui concerne les «situations purement internes».

Le législateur dispose donc librement, sous réserve du respect des droits fondamentaux, du choix d'aligner le droit interne sur le droit bilatéral, ou d'en décider autrement. Si on appréhende la question sous cet angle, on constate combien il serait erroné de plaider pour la solution du non-alignement en invoquant la «conservation» d'une «marge de manœuvre» pour «le politique»¹⁰⁸.

102 ATF 136 II 120, consid. 3.5.2.

103 Initiative Tschümperlin du 10 mars 2010, n° 10.427.

104 Communiqué de presse de la CIP-N du 20 août 2010.

105 Communiqué de presse de la CIP-E du 29 octobre 2010.

106 ATF 136 II 120, consid. 3.4 et 3.5. Comme le Tribunal fédéral, on laissera ici ouverte la question de savoir si le respect des droits fondamentaux imposerait au législateur le choix de l'alignement. Dans ce sens, SPESCHA (note 62), p. 1437 s.

107 ATF 136 II 120, consid. 3.3.1. Voir déjà, en sens critique, ATF 136 II 5, consid. 3.6.1.

108 Il s'agit là d'une paraphrase, puisque la minorité de la CIP-E se référerait à l'autonomie du politique par rapport au judiciaire plutôt que par rapport à l'«Europe».

Qu'il tranche dans un sens ou dans l'autre, «le politique» aura pris une décision autonome sous sa propre responsabilité. Le point essentiel est ailleurs.

Avec l'art. 42 LEtr le législateur a effectué le choix de l'alignement, certes, mais il l'a fait en tablant sur le caractère statique du droit bilatéral. Il n'est pas accidentel que ce choix se soit révélé, en fin de compte, contreproductif. Car dans la gestion des interdépendances entre droit européen, droit bilatéral et droit interne, le fait d'ignorer les dynamiques inhérentes à la voie bilatérale s'apparente un peu à la politique de l'autruche. La conclusion que l'on entend suggérer n'est nullement celle de l'abdication du législateur et de l'alignement mécanique du droit interne sur le droit européen ou bilatéral. Bien au contraire: dans le développement d'un ordre juridique si profondément imbriqué dans son contexte européen, il revient encore et toujours au législateur de décider pour ou contre l'eurocompatibilité de ses actes. Encore faut-il que cette décision soit prise sans arrière-pensées et exprimée sans équivoque.

F. Conclusions et perspectives

Quoique conçue de manière «sélective» et «statique», la reprise du droit européen dans le cadre de la voie bilatérale n'en développe pas moins une dynamique expansive et évolutive. La gestion de cette dynamique, à la croisée des chemins entre droit européen, droit bilatéral et droit interne, incombe largement au législateur et au juge fédéral. Comme le montre le feuilleton politico-judiciaire, dont le développement vient d'être relaté, le pragmatisme n'est pas nécessairement une vertu dans ce contexte. Certes, le suivi ponctuel, au cas par cas, et quelque peu réticent du droit européen préserve toute entière la marge de manœuvre des autorités suisses – ou à tout le moins, l'image qu'il est politiquement convenable d'en donner. Il a l'avantage, aussi, d'éviter des débats de principe qui risquent fort de tourner à la controverse dès lors qu'ils touchent à la question européenne. Cependant, dans le cas d'étude que nous avons examiné, la recette éprouvée du pragmatisme a mené juge et législateur dans l'impasse. Le premier s'est retrouvé pris dans le principe de non-contradiction; le deuxième a été renvoyé à la case départ et forcé de se ressaisir d'une question réglée à peine cinq ans plus tôt. Le tout, dans un contexte marqué par une insécurité juridique latente et par la réapparition cyclique d'incohérences normatives dont chacun s'accordait pour dire qu'elles n'avaient pas lieu de subsister.

Au terme d'un long exercice de *trial and error*¹⁰⁹, le Tribunal fédéral a franchi un premier pas, résolu, pour se sortir de l'ornière. L'arrêt ATF 136 II 5 consacre une nouvelle doctrine à l'égard de la reprise de la jurisprudence postérieure de la Cour qui, sans introduire un automatisme contraire à l'esprit du droit bilatéral, et sans restreindre indûment la liberté des juges suprêmes, porte

109 COTTIER *et al.* (note 77), p. 358.

la promesse d'une plus grande prévisibilité et transparence dans l'application de l'ALCP.

Naturellement, il s'agit d'un premier pas. D'une part, nous l'avons déjà relevé, il reste à voir si le Tribunal s'engagera à développer une pratique cohérente avec sa propre doctrine, et à préciser cette dernière en concrétisant les contours des «motifs sérieux» pouvant motiver une déviation par rapport à la jurisprudence européenne. D'autre part, nous le relevons maintenant, la question se posera sans doute de savoir si la doctrine de l'arrêt ATF 136 II 5 peut être étendue à l'interprétation des autres accords sectoriels, voire même à l'interprétation des dispositions de droit interne adoptées dans un but d'eurocompatibilité. Fournirait-elle les bases d'une «théorie unifiée» de l'interprétation eurocompatible en droit suisse? Une généralisation indiscriminée nous semble exclue en raison des particularités de chaque accord et, *a fortiori*, des différences entre droit bilatéral et droit interne¹¹⁰. Pourtant, la doctrine énoncée dans l'ATF 136 II 5 paraît suffisamment flexible pour s'accommoder de ces différences. Par ailleurs, son fondement dogmatique premier n'est pas l'art. 16, al. 2 ALCP, mais bien le but du parallélisme qui inspire l'ALCP. Or, ce but est commun, dans une certaine mesure, également à d'autres accords ainsi que – par définition – au droit résultant d'une adaptation autonome¹¹¹.

En ce qui concerne le législateur, celui-ci a pu constater qu'un effort supplémentaire pour intégrer dans ses décisions les dynamiques de la voie bilatérale apparaît nécessaire. Les vicissitudes de l'art. 42 LEtr suggèrent, plus spécifiquement, ce qui suit: en légiférant dans des matières étroitement liées au droit européen ou bilatéral, même des compromis qui paraissent satisfaisants dans l'immédiat peuvent se révéler contreproductifs à plus long terme s'ils n'intègrent pas une décision claire quant au «taux d'eurocompatibilité» qui est effectivement visé dans le temps. Nous avons pu constater, par référence à l'art. 42 LEtr, tout l'éventail des inconvénients que peut entraîner une décision d'alignement viciée par son ambiguïté: l'échec dans la poursuite des buts originellement poursuivis, la réémergence des incohérences normatives que l'on entendait éliminer et aussi, nous croyons pouvoir le dire, un risque accru de politisation de la justice. Pour élargir la perspective, on se référera utilement aux travaux scientifiques qui détaillent les incertitudes herméneutiques que comporte, presque par définition, le non-dit en matière de reprise unilatérale de l'*acquis*¹¹².

110 A ce sujet, cf. COTTIER *et al.* (note 77).

111 Cf. EPINEY (note 32); HANS-PETER WALTER, Das rechtsvergleichende Element – Zur Auslegung vereinheitlichten, harmonisierten und rezipierten Rechts, RDS 2007 I, p. 259–277.

112 Cf. notamment FRANZ NYFFELER, Die Anwendung autonom nachvollzogener Normen des EU-Rechts, in: Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, 2005, p. 35 ss, spécialement les propositions formulées aux p. 54 s. Pour une vue d'ensemble, cf. FRANCESCO MAIANI, Legal Europeanization as Legal Transformation, EUI Working Papers MWP 2008/32, p. 9 ss.

Insistons sur un point: il ne s'agit nullement, pour le législateur, d'abdiquer ses responsabilités et de se limiter à «enregistrer» en droit interne les évolutions du droit européen ou bilatéral. Il s'agit, au contraire, d'assumer pleinement ses responsabilités au nom d'intérêts supérieurs tels que la cohérence de l'ordre juridique et la sécurité juridique. Ce qui, dans la perspective de la voie bilatérale, signifie aussi opter avec clarté pour ou contre l'alignement sur les règles européennes, et endosser le prix politique qui accompagne, parfois, de tels choix.

Résumé

«Sélective» et «statique» en théorie, la reprise de l'*acquis* de l'Union européenne dans le cadre de la voie bilatérale n'en donne pas moins lieu à une dynamique évolutive et expansive, exigeant un travail constant de coordination entre le droit européen, le droit bilatéral et le droit interne. Appelés à gérer ce travail de coordination, le juge et le législateur fédéraux ont traditionnellement opté pour un suivi «au cas par cas» de l'*acquis*, propre à préserver leur marge de manœuvre ou à tout le moins l'image qu'il est politiquement convenable d'en donner. Cette approche pragmatique est toutefois inapte à maîtriser les dynamiques de la voie bilatérale. Elle est par ailleurs dommageable pour la cohérence de l'ordre juridique suisse tout comme pour sa lisibilité et prévisibilité, comportant de surcroît un risque accru de courts-circuits entre droit et politique. Les vicissitudes du régime du regroupement familial en Suisse, sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et notamment de l'arrêt *Metock* de 2007, fournissent une illustration exemplaire de ces propos. En retraçant les étapes de cette saga politico-judiciaire, le présent article met en exergue les choix stratégiques effectués par les autorités fédérales et, surtout, l'évolution de leur approche à l'égard du «suivi» du droit européen – évolution dont l'ATF 136 II 5, qui énonce la «nouvelle doctrine» du Tribunal fédéral en la matière, représente à ce jour l'aboutissement.

Zusammenfassung

Obwohl in der Theorie «selektiv» und «statisch», führt die Übernahme des EU-Rechts im Rahmen des bilateralen Weges dennoch zu einer dynamische Entwicklung und Erweiterung, die eine konstante Koordination zwischen dem europäischen, dem bilateralen und dem internen Recht erfordert. Bei der Bewältigung dieser Koordinationsarbeit haben die Gerichte und der Bundesgesetzgeber traditionell dafür optiert, dem *Acquis* «von Fall zu Fall» zu folgen, um damit ihren Bewegungsspielraum oder zumindest den aus politischer Sicht geforderten entsprechenden Eindruck zu wahren. Dieser pragmatische Ansatz kann jedoch der Dynamik des bilateralen Weges nicht gerecht werden. Er schadet sowohl der Kohärenz als auch der Lesbarkeit und der Voraussehbarkeit der schweizerischen Rechtsordnung. Zudem birgt er ein erhöhtes Risiko von Zirkelschlüssen zwischen Recht und Politik in sich. Die Wechselfälle der Handhabung des Familiennachzugs in der Schweiz unter dem Einfluss der Rechtsprechung des EuGH und hier insbesondere des Entscheides *Metock* aus dem Jahr 2007 belegen dies beispielhaft. Der vorliegende Beitrag verfolgt die Etappen dieser «polit-juristischen Saga» nach und zeigt die strategischen Entscheide der Bundesbehörden, namentlich die Entwicklung ihres Ansatzes hinsichtlich des «Nachvollzugs» des EU-Rechts, auf. BGE 136 II 5 bringt die «neue Doktrin» des Bundesgerichts in diesem Bereich zum Ausdruck und ist für diese Entwicklung repräsentativ.



Zeitschrift für Schweizerisches Recht
Revue de droit suisse
Rivista di diritto svizzero
Revista da dretg svizzer

Gegründet 1852, Neue Folge seit 1882

Band 130 (2011), ISSN 0254-945X

Band 130 I: 5 Hefte jeweils Mitte der Monate März, Mai, Juli, September und Dezember

Band 130 II: Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins (SJV)

Zitiervorschlag: ZSR 2011 I

Proposition de citation: RDS 2011 I

Herausgeber: Prof. Bernard Dutoit, Prof. Stephen V. Berti, Dr. Peter Isler,
Prof. Pascal Pichonnaz, Prof. Daniel Thürer, Prof. Hans Peter Walter

Verlag: Helbing Lichtenhahn Verlag, Elisabethenstrasse 8, CH-4051 Basel
Telefon 061 228 90 70, Telefax 061 228 90 71, E-Mail: zeitschriften@helbing.ch

Beiträge sind per E-Mail (zeitschriften@helbing.ch) an den Verlag (Lektorat Zeitschriften) einzureichen. Richtlinien zur Textfassung sind beim Verlag anzufordern.

© 2011 by Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift und ihre Teile sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages.

Vertrieb: Abo-Service, Postfach 382, CH-6048 Horw

Telefon +41 (41) 349 17 70, Telefax +41 (41) 349 17 18, E-Mail: helbing@edp.ch

Adressänderungen: Bitte Kontrollnummer und Name der Zeitschrift angeben.

Abonnementspreise pro Jahr	Schweiz		Europa		Übersee	
	ohne	mit	ohne	mit	ohne	mit
Band 130 I = 5 Hefte						
Band 130 II = SJV-Referate						
Abonnement	248.-	333.-	267.-	352.-	276.-	361.-
Abonnement für Studierende	98.-	183.-	117.-	202.-	126.-	211.-

Alle Abonnementspreise in CHF, inkl. 2,5% MwSt., inkl. Versandkosten.

Einzelheft: CHF 65.-, inkl. 2,5% MwSt., exkl. Versandkosten.

Einbanddecken: CHF 85.-, inkl. 8% MwSt., exkl. Versandkosten.

Preisänderungen vorbehalten

Kündigungen für die neue Abonnementsperiode sind schriftlich und bis spätestens 31. Oktober des vorangehenden Jahres mitzuteilen.

Inserate und Beilagen: Zürichsee Werbe AG, Seestrasse 86, 8712 Stäfa,

Tel. 044 928 56 11, Fax 044 928 56 00, E-Mail: info@zs-werbeag.ch. Verlangen Sie die Mediadaten.

Beihefte zur ZSR: Vergünstigung für ZSR-Abonnenten: 20% Rabatt auf Verkaufspreis.

SJV: Sämtliche Mitglieder des SJV erhalten die ZSR im Rahmen ihrer Mitgliedschaft.

SSJ: Les membres du SSI reçoivent la RDS dans le cadre de leur cotisation.