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

von **Christine Kaddous**¹ / **Christa Tobler**²

Table des matières – Inhaltsverzeichnis

- 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
 - a) Änderung des Personenfreizügigkeitsabkommens: Anhang über die Koordination der Sozialversicherungssysteme
 - b) Bilaterales Sozialversicherungsrecht: Wagerer
 - 2. Rechtsprechung zum EU-Recht – Jurisprudence relative au droit de l'UE
 - 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. Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP)
 - a) Droit de séjour au titre du regroupement familial
 - i) Regroupement familial en faveur d'un ascendant
 - ii) Regroupement familial en faveur du conjoint
 - b) Droit de séjour avec exercice d'une activité lucrative
 - i) Exception de « l'exercice de la puissance publique »
 - ii) Notion de travailleur
 - c) Notion d'aide sociale
 - d) Limites au droit de séjour pour des motifs liés à l'ordre et la sécurité publics
 - i) Infractions liées au trafic de drogue
 - ii) Meurtres
 - iii) Infractions multiples

¹ Christine Kaddous, Professeur à l'Université de Genève. Chaire Jean Monnet ad personam. Directeur du Centre d'études juridiques européennes (www.unige.ch/ceje). La présente chronique a été rédigée en collaboration avec Stefanie Schacherer, assistante au Centre d'études juridiques européennes de l'Université de Genève.

² Christa Tobler, Professorin für das Recht der europäischen Integration am Europainstitut der Universität Basel (www.europa.unibas.ch) sowie am Europainstitut der Universität Leiden (www.law.leiden.edu/organisation/publiclaw/europainstitute/europa_institute.jsp).

- e) ALCP et principe de non-discrimination en matière fiscale
 - i) Imposition à la source
 - ii) Impôt fédéral direct et prise en compte charges liées à des immeubles sis à l'étranger
 - iii) Déduction des cotisations du 3^e pilier A
- 2. Accord de libre-échange de 1972
- 3. Accord d'association de la Suisse à Dublin
- 4. Accord sur le transport aérien de 1999

I. Législation – Gesetzgebung

Im vergangenen Jahr zeigten sich bezüglich der Entwicklung des bilateralen Rechts zwei entgegengesetzte Trends: Zum einen Weiterentwicklung und thematische Ausweitung, zum anderen einen möglichen Rückschritt als Folge der Volksabstimmung vom 9. Februar 2014 über die sog. Masseneinwanderungsinitiative.

Das Stichwort der Weiterentwicklung bezieht sich sowohl auf die Änderung von bestehenden als auch den Abschluss von neuen Abkommen. Bezüglich Änderungen stehen wie immer die dynamisch ausgestalteten Schengen³ und Dublin-Assoziationsabkommen im Vordergrund⁴. Besonders erwähnenswert sind hier drei vom Bundesrat im Frühling 2014 vorgelegte Botschaften über die Präzisierung und Ergänzung der Regeln zur vorübergehenden Wiedereinführung der Personenkontrollen an den Binnengrenzen des Schengen-Raums (also zwischen den teilnehmenden Staaten) und den sog. Schengen-Evaluierungsmechanismus⁵ sowie über neues Dublin-Recht der EU. Im letzteren Zusammenhang betont der Bundesrat in einer Medienmitteilung, dass die Schweiz von diesem Abkommen stark profitiert, weil in seinem Anwendungsbereich der Aufwand für Asylverfahren kleiner und die Verfahrensdauer deutlich kürzer ist als im national-schweizerischen Verfahren⁶.

³ 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.

⁴ 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.

⁵ Medienmitteilung vom 9. April 2014, <<https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=-de&msg-id=52603>>.

⁶ Medienmitteilung vom 7. März 2014, <<https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=-de&msg-id=52246>>.

Für die Weiterentwicklung der meisten anderen Abkommen spielen die Gemischten Ausschüsse eine wichtige Rolle⁷. Zu erwähnen sind hier etwa die Änderung der Anhänge des Abkommens über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen⁸ bezüglich Druckgeräten und Bauprodukten vom April 2014⁹, die Änderung von Anhang 12 (Schutz von Ursprungsbezeichnungen und geografischen Angaben für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel) des Abkommens über die verarbeiteten Landwirtschaftsprodukte, ebenfalls vom April 2014¹⁰, und die Aktualisierung des (als drittes dynamisch ausgestalteten) Zollabkommens¹¹ betr. die Übermittlung von sicherheitsrelevanten Daten vom Oktober 2014¹². Eine formelle Revision ist mit Bezug auf das Zinsbesteuerungsabkommen¹³ im Gange; die Verhandlungen laufen seit dem Januar 2014¹⁴.

Weiter wurden drei neue Zusammenarbeitsabkommen abgeschlossen, nämlich am 18. Dezember 2013 über die Satellitennavigation (Galileo und EGNOS; vorläufige Anwendung ab dem 1. Januar 2014 bis zum formellen Inkrafttreten)¹⁵, am 10. Juni 2014 über die Beteiligung der Schweiz am Europäischen Unterstützungsbüro für Asylfragen (*European Asylum Support Office*, EASO; das EASO unterstützt diejenigen Schengen-Staaten, deren Asyl- und Aufnahmesysteme besonderem Druck ausgesetzt sind) sowie am 4. Juni 2014 über die

⁷ Liste ihrer Beschlüsse: <<http://www.europa.admin.ch/dokumentation/00438/00465/index.html?lang=de>>.

⁸ 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.

⁹ Hierzu <<http://www.admin.ch/opc/de/european-union/joint-committees/003.000.000.000.000.000.html>>.

¹⁰ 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). Für die Änderungen siehe <<http://www.admin.ch/opc/de/european-union/joint-committees/004.001.000.000.000.000.html>>.

¹¹ Abkommen vom 25. Juni 2009 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Erleichterung der Kontrollen und Formalitäten im Güterverkehr und über zollrechtliche Sicherheitsmassnahmen, für die Schweiz SR 0.631.242.05, für die EG (heute die EU) ABl. 2009 L 199/24.

¹² Siehe hierzu <<https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=54791>>.

¹³ Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über Regelungen, die den in der Richtlinie 2003/48 des Rates im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen festgelegten Regelungen gleichwertig sind, für die Schweiz SR 0.642.026.81, für die EG (heute die EU) ABl. 2004 L 385/30.

¹⁴ Siehe <<http://www.europa.admin.ch/themen/00500/00506/00511/index.html?lang=de>>.

¹⁵ Siehe <<http://www.europa.admin.ch/themen/00499/00503/00564/index.html?lang=de>>.

einjährige Beteiligung der Schweiz an der *European Union Border Assistance Mission in Libya* (EUBAM Libya, zur Friedensförderung in Lybien).

Weiterhin in der Verhandlungsphase befinden sich dagegen die geplanten Abkommen über die institutionellen Fragen, den Emissionshandel und den Strom sowie über die Landwirtschaft, Lebensmittelsicherheit, Produktsicherheit und öffentliche Gesundheit. Bekanntlich hat die EU den Abschluss von neuen Marktzugangsabkommen (also von Abkommen, welche den freien Verkehr von Waren, Personen und Dienstleistungen betreffen; der Kapitalverkehr wird vom bilateralen Recht bisher nicht erfasst) von einer Lösung der institutionellen Fragen abhängig gemacht, die zu einem Rahmenabkommen führen sollen¹⁶. Diese Thematik betrifft, wie in der letztjährigen Chronik ausgeführt, die Funktionsweise des bilateralen Rechts. Sie gründet auf dem Wunsch der EU nach mehr Homogenität der bilateralen Marktzugangsabkommen mit dem EU-Recht, von denen sie sich ja ableiten. Nach der Abstimmung vom 9. Februar 2014 verzögerte sich vorerst die Verabschiedung des EU-Mandats zu den institutionellen Fragen. Inzwischen haben mehrere Verhandlungsrunden stattgefunden. Ein Abschluss ist zurzeit (Oktober 2014) nicht in Sicht.

Mit der Abstimmung vom 9. Februar 2014 verankerte die Schweiz in der Bundesverfassung den Grundsatz der «eigenständigen Steuerung der Zuwanderung» mit Inländervorrang, Höchstzahlen und Kontingenten für die Anstellung von ausländischem Personal (Art. 121a BV; Übergangsbestimmung Art. 197 Abs. 11 BV). Der Abschluss neuer Abkommen, welche diesem Grundsatz widersprechen, wird ausdrücklich verboten. Der Bundesrat teilte der EU deshalb mit, dass er das an sich unterschriftsbereite Protokoll zur Ausdehnung des Freizügigkeitsabkommens auf das jüngste EU-Mitgliedland Kroatien nicht unterzeichnen könne. Als Folge davon (erst später führte die Schweiz zur Schadensbegrenzung einseitig eine begrenzte Kontingentsregelung für die Zuwanderung aus Kroatien ein) ist es der Schweiz nicht gelungen, im Bereich von drei bestehenden, auf zeitlich begrenzte EU-Programme bezogenen Abkommen eine Fortsetzung der Zusammenarbeit mit der EU im gewünschten Umfang zu erreichen. Es betrifft dies die Forschung¹⁷ und das neue EU-Programm *Horizon*

¹⁶ Hierzu neuestens insbes. DIETER FREIBURGHANUS, «Die Europapolitik im Jahre 2013 – Die «institutionelle Frage» rückt ins Zentrum», in: ASTRID EPINEY/ROBERT MOSTERS, «Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen», in: Astrid Epiney/Stefan Diezig (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014, Bern: Stämpfli/Zürich: Schulthess 2014, 3–13.

¹⁷ Das ursprüngliche Abkommen von 1999 wurde letztmals 2007 erneuert: Abkommen vom 25. Juni 2007 über wissenschaftlich-technische Zusammenarbeit zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und der Europäischen Atomgemeinschaft andererseits, für die Schweiz SR 0.420.513.1, für die Europäischen Gemeinschaften (bzw. heute statt der EG die EU) ABl. 2007 L 189/26.

2020¹⁸, weiter die Bildung¹⁹ und das neue Erasmus+-Programm der EU²⁰ sowie die Filmförderung²¹ und das neue EU-Programm *Creative Europe*²². In allen diesen Bereichen setzte die EU die Verhandlungen mit der Schweiz aus. Für die Forschung ist inzwischen eine Übergangslösung in der Form einer Teilassozi-ation der Schweiz an das Programm *Horizon 2020* von Mitte September 2014 bis Ende 2016 ausgehandelt worden. Das Abkommen ist am 4. Dezember 2014 unterzeichnet worden. Es sieht für die Zeit ab 2017 eine Vollassoziierung der Schweiz vor, sofern bis dann im Bereich der Personenfreizügigkeit einschliesslich Kroatien eine Lösung gefunden werden kann²³. In den anderen beiden Be-reichen (Bildung und Filmförderung) hat die Schweiz Ersatzmassnahmen ge- troffen, die aber angesichts ihres einseitigen Charakters in der Wirkung notwendigerweise beschränkt bleiben müssen²⁴.

Mit Blick auf die Umsetzung des Abstimmungsergebnisses ins geltende Recht hat der Bundesrat einen doppelten Auftrag erhalten. Zum einen soll er auf ein Bundesgesetz hinarbeiten, das innert dreier Jahre in Kraft tritt und die neu in der Verfassung festgelegten Grundsätze umsetzt. Im Juni 2014 stellte der Bundesrat die Grundzüge der vom ihm angepeilten Regelung vor²⁵; der Gesetz- esentwurf soll im Januar 2015 vorgelegt werden. Zum anderen soll der Bundesrat versuchen, eine Änderung von bestehenden und den neuen verfassungsrechtli- chen Grundsätzen widersprechenden internationalen Abkommen auszuhan- deln. Hierzu gehört neben der EFTA-Konvention mit Island, Liechtenstein und Norwegen insbes. auch das bilaterale (Personen-)Freizügigkeitsabkommen mit

¹⁸ Hierzu <<http://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/>>.

¹⁹ Abkommen vom 15. Februar 2010 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Euro- päischen Gemeinschaft zur Festlegung der Voraussetzungen und Bedingungen für die Beteili- gung der Schweizerischen Eidgenossenschaft am Programm «Jugend in Aktion» und am Aktions- programm im Bereich des lebenslangen Lernens (2007–2013), für die Schweiz SR 0.402.268.1, für die EG (heute die EU) ABI. 2010 L 87/9.

²⁰ Hierzu <http://ec.europa.eu/programmes/erasmus-plus/index_de.htm>.

²¹ Das ursprüngliche Abkommen von 2004 wurde letztmals in 2007 erneuert: Abkommen vom 11. Oktober 2007 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemein- schaft im audiovisuellen Bereich zur Festlegung der Voraussetzungen und Bedingungen für die Beteiligung der Schweizerischen Eidgenossenschaft am Gemeinschaftsprogramm MEDIA 2007, für die Schweiz SR 0.784.405.226.8, für die EG (heute die EU) ABI. 2007 L 303/9.

²² Hierzu <http://ec.europa.eu/programmes/creative-europe/index_en.htm>.

²³ Hierzu <<https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=55555>>.

²⁴ Betr. Erasmus+: <<http://www.sbf.admin.ch/themen/01369/01689/index.html?lang=de>>; betr. Media: Verordnung des EDI über die MEDIA-Ersatz-Massnahmen (MEDIA-Ersatz-Verordnung) vom 16. Juni 2014, rückwirkend in Kraft seit 1. Januar 2014, SR 433.122.

²⁵ Medienmitteilung vom 20. Juni 2014, <[https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang= de&msg-id=53415](https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=53415)>.

der EU und ihren Mitgliedstaaten²⁶. Der Bundesrat übermittelte den Wunsch nach Verhandlungen über eine Anpassung dieses Abkommens nach Brüssel, erhielt aber eine abschlägige Antwort (übrigens ähnlich wie umgekehrt vor einigen Jahren die EU, als sie über eine Aufdatierung des Abkommens i.S. der Richtlinie 2004/38²⁷ verhandeln wollte und der Bundesrat dies ablehnte). Dennoch formulierte der Bundesrat im Oktober 2014 den Entwurf eines Verhandlungsmandats, offenbar in der Hoffnung, mit der EU im Rahmen von informellen Gesprächen über Umsetzungsprobleme doch noch über eine Anpassung des Abkommens reden zu können. Da die EU aber mehrfach signalisiert hat, zu Änderungen i.S.d. Abstimmung nicht bereit zu sein, erscheint es bei konsequenter Umsetzung unvermeidlich, dass es längerfristig zu einem Bruch des Abkommens durch die Schweiz kommt. In der öffentlichen Diskussion werden in diesem Zusammenhang auch die Möglichkeit einer Kündigung des Abkommens und ihre Folgen für verschiedene andere Abkommen diskutiert. Seitens der Schweiz ist eine solche Kündigung rechtlich nicht zwingend vorgegeben, selbst wenn es nicht gelingt, das Abkommen i.S. der Abstimmung anzupassen. In diesem Punkt unterscheidet sich die Masseneinwanderungsinitiative von der Ecopop-Initiative, die in der Schweiz Ende November 2014 abgelehnt wurde, und welche ebenfalls die Einwanderung begrenzen wollte (und zwar weit strikter, als dies die Masseneinwanderungsinitiative vorsieht).

Im April 2014 verabschiedete der Bundesrat ein Verhandlungsmandat über die Teilnahme der Schweiz am Kulturförderungsprogramm der EU, das ebenfalls Teil des *Creative Europe*-Programms ist²⁸. Weiter avisiert der Bundesrat eine engere polizeiliche Zusammenarbeit mit der EU zur Bekämpfung des Terrorismus und der grenzüberschreitenden Kriminalität auf der Grundlage des Vertrages von Prüm bzw. des Prüm-Beschlusses des EU-Ministerrats²⁹. Der Bundesrat hat einen Mandatsentwurf zu diesem Thema in die Konsultation der Kantone und der Aussenpolitischen Kommissionen des Bundesparlaments gegeben³⁰.

²⁶ Abkommen 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.

²⁷ Richtlinie 2004/38/EG 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, 68/360, 72/194, 73/148, 75/34, 75/35, 90/364, 90/365 und 93/96, ABl. 2004 L 158/77.

²⁸ Hierzu <<https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=52692>>.

²⁹ Beschluss 2008/615/JI zur Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus und der grenzüberschreitenden Kriminalität, ABl. 2008 L 120/1.

³⁰ Hierzu <<https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=54302>>.

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

In der Berichtsperiode sind zwei Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) unmittelbar zum bilateralen Recht ergangen. Beide betreffen das Sozialversicherungsrecht nach dem bereits erwähnten (Personen-)Freizügigkeitsabkommen (FZA).

a) Änderung des Personenfreizügigkeitsabkommens: Anhang über die Koordination der Sozialversicherungssysteme

Die Rechtssache *VK gegen Rat*³¹ betrifft die Anpassung des Freizügigkeitsabkommens an neues EU-Sozialversicherungsrecht. Der Fall ist nicht zuletzt darum interessant, weil er am Rande das zurzeit stark diskutierte Thema des Sozialtourismus berührt. Ebenfalls zur Sprache kommt das Verhältnis der Schweiz zur EU im Vergleich zum EWR.

Bekanntlich ist das Freizügigkeitsabkommen gleich wie die überwiegende Mehrzahl der bilateralen Abkommen im Grundsatz statisch angelegt, d.h. es besteht anders als im EWR-Recht und in den bilateralen Schengen-, Dublin- und Zollabkommen kein Prinzip der dynamischen Weiterentwicklung, um den Inhalt des Abkommens an neues EU-Recht anzupassen. Weiterentwicklungen sind aber möglich. Dabei ist für Anpassungen im Bereich der Anhänge II (Koordination der Sozialversicherungssysteme der beteiligten Staaten) und III (gegenseitige Anerkennung von beruflichen Qualifikationen) der für das FZA zuständige Gemischte Ausschuss zuständig. Dieser beschloss im März 2012, den Anhang II durch eine neue Fassung zu ersetzen³². In seiner ursprünglichen

³¹ EuGH, Rs. C-656/11 *VK gegen Rat*, Urteil vom 27. Februar 2014, noch nicht in der Sammlung.

³² Beschluss 1/2012 des Gemischten Ausschusses, eingesetzt im Rahmen des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit vom 31. März 2012 zur Ersetzung des Anhangs II dieses Abkommens über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. 2012 L 103/51.

Form verwies dieser Anhang auf die Verordnungen 1408/71³³ und 574/72³⁴, welche in der EU später durch die Verordnungen 883/2004³⁵ und 987/2009³⁶ abgelöst wurden. In der neuen Version des Anhangs II sind die Verweisungen auf das alte Recht mit Wirkung ab dem 1. April 2012 durch Verweisungen auf das neue EU-Recht ersetzt worden, um so eine kohärente und korrekte Anwendung der EU-Rechtsakte zu gewährleisten und administrative und rechtliche Schwierigkeiten zu vermeiden.

Das neue EU-Sozialversicherungsrecht aktualisiert und vereinfacht die früher geltende Koordinationsregelung. Die Ansprüche auf Sozialversicherungsleistungen richten sich weiterhin nach nationalem Recht, werden also nicht auf der EU-Ebene harmonisiert. Jedes Land kann deshalb selbst bestimmen, ob und auf welchem Niveau es Ansprüche schafft. Allerdings statuiert das EU-Koordinationsrecht innerhalb seines Anwendungsbereichs die Pflicht zur Gleichbehandlung von ausländischen (EU-)Staatsangehörigen mit den eigenen Staatsangehörigen. Vor diesem Hintergrund ist der Einbezug von nicht erwerbstätigen Personen ins EU-Koordinationsystem eine wesentliche Änderung in der neuen Generation der EU-Sozialversicherungsgesetzgebung. Dieses Element liegt dem zu besprechenden Fall *VK gegen Rat* zugrunde, weil das Vereinigte Königreich diese Neuerung nicht auf die Schweiz ausdehnen wollte.

Das Änderungsverfahren im Gemischten Ausschuss verlangt, dass die Vertragsparteien vorab ihre jeweiligen Positionen festlegen. In der EU erfolgt dies in der Form eines sog. Standpunktes, der vermittels eines Beschlusses des Ministerrates festgelegt wird. Den Entwurf dazu erarbeitet die Kommission. Im vorliegenden Fall legte die Kommission zuerst einen auf die Art. 79 Abs. 2 Buchst. b in Verbindung mit Art. 218 Abs. 9 AEUV gestützten Entwurf vor. Gestützt darauf erliess der Rat einen ersten Beschluss. Dies war für das VK günstig, weil Art. 79 AEUV zum EU-Politikbereich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts gehört, an welchem das VK, Irland und Dänemark nicht voll beteiligt sind, sondern sog. «*opt in, opt out*»-Möglichkeiten geniessen. Im vorliegenden Fall zeigte das VK an, dass es sich am erwähnten Beschluss nicht beteiligen wolle und stattdessen mit der Schweiz ein Abkom-

³³ Verordnung 1408/71/EWG zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABl. 1971 L 149/2.

³⁴ Verordnung 574/72/EWG über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABl. 1972 L 74/1.

³⁵ Verordnung 883/2004/EG zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. 2004 L 166/1.

³⁶ 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.

men anstrebe, das nicht erwerbstätige Personen von der Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit ausschliesse. Darüber in Kenntnis gesetzt, teilte die Schweiz ihrerseits der EU mit, dass sie unter diesen Umständen die Änderung des Freizügigkeitsabkommens nicht akzeptieren könne. In der Folge legte die Kommission einen neuen Vorschlag für den EU-Standpunkt mit einer anderen Rechtsgrundlage vor, nämlich Art. 48 AEUV i.V.m. Art. 218 Abs. 9 AEUV. Dieser wurde im Rat mit einer qualifizierten Mehrheitsentscheidung angenommen und führte zum Beschluss 2011/863³⁷. Einzig das VK und Irland waren dagegen, wurden jedoch überstimmt. Für sie hatte der neue Beschluss den Nachteil, dass sie nun keine Möglichkeit des Ausschierens mehr hatten. Folglich konnte das VK nun nicht wie geplant mit der Schweiz über ein eingeschränkteres Regime unter Ausschluss der Nichterwerbstätigen verhandeln. Aus diesem Grund erhob das VK beim EuGH Klage auf Nichtigklärung des Beschlusses 2011/863 mit dem Argument, dass Art. 48 AEUV nicht die richtige Rechtsgrundlage sei. Dabei argumentierte das VK insbes., dass in anderen, ähnlich gelagerten Fällen nicht Art. 48 AEUV als Rechtsgrundlage gewählt worden war, sondern Art. 79 AEUV.

Der Gerichtshof ruft vorab seine ständige Rechtsprechung in Erinnerung, wonach die Wahl der Rechtsgrundlage für einen Rechtsakt der Union auf objektiven und gerichtlich nachprüfaren Umständen beruhen muss, zu denen insbesondere das Ziel und der Inhalt des Rechtsakts gehören. Ergibt die Prüfung eines Rechtsakts, dass er zwei Zielsetzungen hat oder zwei Komponenten umfasst, und lässt sich eine von ihnen als die hauptsächliche oder vorherrschende ausmachen, während die andere nur nebensächliche Bedeutung hat, so ist der Rechtsakt auf nur eine Rechtsgrundlage zu stützen, und zwar auf diejenige, welche die hauptsächliche oder vorherrschende Zielsetzung oder Komponente erfordert. Dabei spielt es keine Rolle, welche Rechtsgrundlage für den Erlass anderer Handlungen der Union, die gegebenenfalls ähnliche Merkmale aufweisen, herangezogen wurde, da die Bestimmung der Rechtsgrundlage einer Handlung in Ansehung des Ziels und des Inhalts der *konkret* zur Diskussion stehenden Handlung zu erfolgen hat.

Bezüglich des Kontexts im konkreten Fall hebt der EuGH das rechtliche Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU hervor. Er erwähnt das EWR-Nein vom 6. Dezember 1992 ebenso wie den Abschluss der Bilateralen I im Jahr 1999. Laut dem EuGH hat sich die Schweiz zwar nicht für die Teilnahme

³⁷ Beschluss 2011/863/ über den Standpunkt der Europäischen Union im Gemischten Ausschuss, der mit dem Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit eingesetzt wurde, zur Ersetzung des Anhangs II des Abkommens über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. 2011 L 341/I.

am EWR und am Binnenmarkt der EU entschieden, ist aber gleichwohl durch eine Vielzahl bilateraler Abkommen mit dieser verbunden. Diese Abkommen decken weite Bereiche ab und sehen Rechte und Pflichten vor, die in mancher Hinsicht dem EU-Recht entsprechen. Was das Personenfreizügigkeitsabkommen anbelangt, so zielt dieses darauf, zwischen den Vertragsparteien die Freizügigkeit auf der Grundlage der in der EU geltenden Bestimmungen zu verwirklichen. Zum speziellen Unterbereich der Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit bemerkt der Gerichtshof, dass Art. 8 FZA die Bestimmungen übernimmt, die sich gegenwärtig in Art. 48 Buchst. a und b AEUV finden. Die Schweiz ist daher laut dem EuGH in diesem Rahmen einem Mitgliedstaat der Union gleichzustellen. Vor diesem Hintergrund besteht das Ziel des durch das VK angefochtenen Beschlusses darin, dass in der Folge des Inkrafttretens der neuen EU-Sozialversicherungsrechts auch die Regelung, die durch das Freizügigkeitsabkommen auf die Schweiz ausgedehnt wurde, zu aktualisieren und so die bereits 1999 (bzw. ab dem Inkrafttreten des Abkommens in 2002) gewollte und bewirkte Ausdehnung der sozialen Rechte zugunsten der Bürger der betroffenen Staaten beizubehalten. Der EuGH schliesst daraus, dass der angefochtene Beschluss angesichts seines Kontexts sowie seines Inhalts und seines Ziels zu Recht auf der Grundlage von Art. 48 AEUV erlassen worden war. Im Ergebnis weist er daher die Nichtigkeitsklage des VK ab, das somit an die gemeinsame und umfassende Regelung zwischen der EU und der Schweiz gebunden bleibt.

Entscheidend für dieses Ergebnis ist somit die Aussage, dass die Schweiz im spezifischen Bereich der Koordinierung der Sozialversicherungssysteme einem EU-Mitgliedstaat gleichzustellen ist. Im Gegensatz dazu hatte das VK mit dem Unterschied zwischen dem Gesamtsystem des bilateralen Rechts und jenem des EWR argumentiert. Es griff dabei zurück auf einen parallelen, den EWR betreffenden Fall, den der EuGH im September 2013 entschieden hatte, und in dem er die Parallelen des EWR-Rechts mit dem Binnenmarktrecht der EU betonte, um die Klage des VK abzuweisen³⁸. Im hier besprochenen, das bilaterale Recht mit der Schweiz betreffenden Fall rief das VK in Erinnerung, dass der EWR auf die möglichst umfassende Verwirklichung des freien Verkehrs von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital zielt, sodass der innerhalb des Gebiets der EU verwirklichte Markt auf die teilnehmenden EFTA-Mitgliedstaaten ausgeweitet wird. Mit Bezug auf die Schweiz argumentierte das VK, es gebe kein entsprechendes Instrument zwischen der EU und der Schweiz. Ausserdem bleibe das Freizügigkeitsabkommen in vielerlei Hinsicht hinter dem EWR-Abkommen zurück. In seiner Urteilsbegründung legte der EuGH die Be-

³⁸ EuGH, Rs. C-431/11 *VK gegen Rat*, Urteil vom 13. September 2013, noch nicht in der Slg.

tonung nun aber eben nicht auf einen Vergleich des Gesamtsystems, sondern auf die Vergleichbarkeit im speziellen, zur Diskussion stehenden Bereich (Kordinierung der Sozialversicherungssysteme).

In der wissenschaftlichen Diskussion ist die Vermutung geäußert worden, die EU könnte die Entscheidung des EuGH als Stärkung ihrer Position gegenüber der Schweiz nach dem 9. Februar 2014 interpretieren. Dies dann, wenn sie aus dem Urteil ableite, Art. 48 AEUV sei nun für das gesamte Abkommen die korrekte Rechtsgrundlage, sodass das dort vorgesehene Verfahren mit qualifizierter Mehrheitsentscheidung im Ministerrat auch für eine Kündigung des Abkommens gelten würde³⁹. Dies entspricht allerdings nicht der allgemeinen Interpretation. Das Abkommen äußert sich nicht explizit zum Verfahren einer Kündigung. Es wird deshalb entsprechend allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätzen davon ausgegangen, dass dasselbe Verfahren wie für den Abschluss oder die ordentliche Revision auch für die Kündigung gilt, nämlich mit Einstimmigkeit im Ministerrat. In diesem Rahmen würde der Widerstand eines einzigen Mitgliedstaates reichen, um eine Kündigung durch die EU zu verhindern. Dies wäre im Verfahren nach Art. 48 AEUV gerade nicht möglich. Dazu ist allerdings zu bemerken, dass das vereinfachte Änderungsverfahren via den Gemischten Ausschuss (anstelle eines ordentlichen Revisionsverfahrens), wie oben erwähnt, nur für einen Teil des Abkommens gilt. Nach der hier vertretenen Meinung kann deshalb aus der besprochenen Entscheidung, welche genau einen solchen Teil betrifft, nicht abgeleitet werden, dass Art. 48 AEUV für das ganze Abkommen die korrekte Rechtsgrundlage darstellt.

b) Bilaterales Sozialversicherungsrecht: Wagener

In der Rechtssache *Wagener*⁴⁰ geht es um die konkrete Anwendung des bilateralen Sozialversicherungsrechts in dem soeben beschriebenen, sich wandelnden Kontext. Der Fall betrifft einen Rechtsstreit zwischen Frau Wagener und der Familienkasse Villingen-Schwenningen der deutschen Bundesagentur für Arbeit wegen der Berechnung der Euro-Beträge von Zulagen für unterhaltsberechtigten Kinder in Deutschland.

Die Familie Wagener (Mutter, Vater und drei Kinder) wohnt in Deutschland. Nur der Vater ist erwerbstätig, und zwar in der Schweiz, wo er in der Zeit von Oktober 2006 bis November 2011 Familienzulagen in Schweizer Franken für die drei Kinder erhielt. Gleichzeitig bezog er aber auch in Deutschland vol-

³⁹ Siehe hierzu Steve Peers' Blog unter <<http://eulawanalysis.blogspot.co.uk/2014/02/non-eu-benefit-claimants-and.html>>.

⁴⁰ EuGH, Rs. C-250/13 *Birgit Wagener gegen Bundesagentur für Arbeit – Familienkasse Villingen-Schwenningen*, Urteil vom 30. April 2014, noch nicht in der Sammlung.

les Kindergeld. Der deutschen Familienkasse war die Aufnahme der Erwerbstätigkeit in der Schweiz nicht mitgeteilt worden. Als sie davon erfuhr, hob sie die Kindergeldfestsetzung nach deutschem Recht auf und forderte die bereits geleisteten Beträge zurück. Zugleich ging die Familienkasse aber davon aus, dass Frau Wagener ein Anspruch auf sog. «Differenzkindergeld» zustehe, und zwar in Höhe der Differenz zwischen dem Betrag des deutschen Kindergelds und dem Betrag der Schweizer Familienzulagen. Die Familienkasse forderte deshalb Frau Wagener auf, einen entsprechenden Antrag zu stellen. Später zeigte sich, dass die Schweizer Familienzulagen für die beiden älteren Kinder das deutsche Kindergeld überstiegen, sodass hier keine Ansprüche nach deutschem Recht bestanden. In Bezug auf das dritte Kind gewährte die Familienkasse Frau Wagener Differenzkindergeld in Höhe von 39,42 Euro.

Für die diesem Befund zugrunde liegenden Berechnungen musste die Familienkasse die Familienleistungen in Euro umrechnen, die der Schweizer Staat für den Zeitraum von Oktober 2006 bis November 2011 Herrn Wagner ausgezahlt hatte. Dafür legte sie einen für das vierte Quartal 2012 von der Bundesagentur für Arbeit festgesetzten Umrechnungskurs zugrunde. Dies focht Frau Wagener an (vermutlich, weil sie bei einer anderen Umrechnung wegen der Entwicklung der Wechselkurse profitiert hätte). Streitig war, welche der sich im Laufe veränderten EU-rechtlichen Regelungen für diese Frage im Rahmen des bilateralen Freizügigkeitsabkommens EU-Schweiz relevant seien. Die Praxis der deutschen Gerichte hierzu war uneinheitlich. Das für den Fall *Wagener* zuständige, deutsche Gericht war der Auffassung, dass die Verordnungen 883/2004 und 987/2009 (dazu oben, unter I.1.a) hinsichtlich der Schweiz erst ab dem 1. April 2012 anwendbar seien, und damit nicht für den vollen, im Fall *Wagener* zur Diskussion stehenden Zeitraum. Die Frage führte zur Vorlage an den EuGH.

Der EuGH verweist auf Art. 1 Abs. 1 des Anhangs II des Freizügigkeitsabkommens i.V.m. dem oben erwähnten Änderungsbeschluss des Gemischten Ausschusses. Daraus geht hervor, dass die Verordnungen 1408/71 und 574/72 im Zeitraum vom 1. Juni 2002 bis 31. März 2012 und die Verordnungen 883/2004 und 987/2009 ab dem 1. April 2012 anwendbar waren. Für den Zeitraum von Oktober 2006 bis November 2011 richtet sich der Anspruch auf Leistungen daher nach dem alten Recht, konkret nach den Bestimmungen der Verordnung 574/72 in der im relevanten gültigen Zeitpunkt Version. Danach hatte die Umrechnung zu dem amtlichen Wechselkurs zu erfolgen, der am Tag der Zahlung der Leistungen durch den Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet der betreffende Arbeitnehmer eine unselbstständige Erwerbstätigkeit ausübt (d.h. im Falle *Wagener* der Schweiz), galt.

Der Fall *Wagner* zeigt somit die praktischen Folgen, die sich aus der Entwicklung des EU-Rechts und der entsprechenden Aufdatierung des bilateralen Rechts ergeben können.

2. Rechtsprechung zum EU-Recht – Jurisprudence relative au droit de l'UE

Auch in diesem Berichtsjahr sind zahlreiche EuGH-Entscheide zum EU-Recht ergangen, welche für die Schweiz von Interesse sind, auch wenn sie sich nicht direkt auf das bilaterale Recht beziehen. Im Folgenden wird aus Platzgründen lediglich ein Beispiel herausgegriffen, das den freien Kapitalverkehr betrifft. Im Übrigen sei für die Personenfreizügigkeit auf die Rechtsprechungsübersicht im Schweizerischen Jahrbuch für Europarecht hingewiesen⁴¹.

Der hier besprochene Fall *Welte*⁴² betrifft die Erhebung von Erbschaftssteuern in einer Situation, wo sowohl Erblasserin und Erbe Wohnsitz in der Schweiz hatten. Wie bereits bemerkt, gibt es kein bilaterales Abkommen Schweiz-EU über den freien Kapitalverkehr. Allerdings erstreckt sich das EU-Recht zu diesem Thema – anders als bei den anderen Aspekten des Binnenmarktes – über die EU-Staaten hinaus und erfasst auch Kapitalverkehr zwischen der EU und Drittländern (Art. 63 ff. AEUV). Mit Bezug auf Drittländer gelten aber Einschränkungen. So können die EU-Mitgliedstaaten gewisse Beschränkungen aufrecht erhalten, die nach ihrem nationalen Recht bereits vor dem 31. Dezember 1993 (bzw. für spätere Mitgliedstaaten zu späteren Zeitpunkten) bestanden. Art. 64 Abs. 1 AEUV lautet:

«Artikel 63 berührt nicht die Anwendung derjenigen Beschränkungen auf dritte Länder, die am 31. Dezember 1993 aufgrund einzelstaatlicher Rechtsvorschriften oder aufgrund von Rechtsvorschriften der Union für den Kapitalverkehr mit dritten Ländern im Zusammenhang mit Direktinvestitionen einschliesslich Anlagen in Immobilien, mit der Niederlassung, der Erbringung von Finanzdienstleistungen oder der Zulassung von Wertpapieren zu den Kapitalmärkten bestehen. Für in Bulgarien, Estland und Ungarn bestehende Beschränkungen nach innerstaatlichem Recht ist der massgebliche Zeitpunkt der 31. Dezember 1999.»

⁴¹ ASTRID EPINEY/ROBERT MOSTERS, «Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen», in: Astrid Epiney/Stefan Diezig (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014, Bern: Stämpfli/Zürich: Schulthess 2014, 57–101.

⁴² EuGH, Rs. C-181/12 *Yvon Welte gegen Finanzamt Velbert*, Urteil vom 17. Oktober 2013, noch nicht in der Sammlung.

Dies hat in früheren Fällen vor dem EuGH dazu geführt, dass sich Personen und Unternehmen aus der Schweiz im konkreten Fall doch nicht auf die EU-rechtliche Kapitalverkehrsfreiheit berufen konnten (*Holböck*⁴³, *Fokus Invest*)⁴⁴. Im Fall *Welte* kommt nun Art. 64 Abs. 1 AEUV erstmals nicht zur Anwendung. Das Ehepaar Welte wohnte in der Schweiz, als die Ehefrau verstarb. Sie war in Deutschland geboren, er war Schweizer. Frau Welte war Eigentümerin eines Grundstücks im deutschen Düsseldorf, das nun in die Erbmasse fiel. Die deutschen Behörden erhoben darauf eine Erbschaftsteuer in Höhe von 41'450 EUR und auferlegten diese dem Erben, also Herrn Welte. Der Berechnung war ein Freibetrag von 2'000 EUR zugrunde gelegt worden. Herr Welte erhob dagegen Einspruch, weil nach deutschem Recht für den Ehegatten ein Freibetrag in Höhe von 500'000 EUR gilt, wenn an der Erbschaft zumindest ein Gebietsansässiger beteiligt ist. Diese Bedingung war vorliegend nicht erfüllt, weil Herr Welte als einziger Erbe in der Schweiz wohnte.

Dem EuGH wurde im Vorabentscheidungsverfahren die Frage vorgelegt, ob die Art. 63 ff. AEUV eine solche Ungleichbehandlung zulasse. Der Gerichtshof ruft zuerst in Erinnerung, dass grenzüberschreitende Erbschaften unter den Begriff des Kapitalverkehrs fallen («Kapitalverkehr mit persönlichem Charakter» nach der Terminologie im Anhang einer früheren Richtlinie, die der EuGH – obwohl nicht mehr gültig – noch immer heranzieht)⁴⁵. Darauf stellt der EuGH fest, dass eine Regelung der fraglichen Art zu einer Beschränkung des Kapitalverkehrs führt (*Welte*, Erw. 25): «Es ist festzustellen, dass eine solche Regelung, die im Fall der betreffenden Immobilie die Anwendung eines Freibetrags auf die Bemessungsgrundlage vom Wohnsitz des Erblassers und des Erwerbers zum Zeitpunkt des Erbfalls abhängig macht, dazu führt, dass Erwerbe von Todes wegen zwischen Gebietsfremden, die einen solchen Gegenstand umfassen, einer höheren Besteuerung unterliegen als Erwerbe, an denen zumindest ein Gebietsansässiger beteiligt ist, und daher eine Wertminderung des betreffenden Nachlasses bewirken [...]»

Vor dem EuGH vertraten Deutschland, Belgien und die Europäische Kommission nun aber die Meinung, es gelte die oben erwähnte Bestimmung von Art. 64 Abs. 1 AEUV (zur Zeit des Sachverhaltes noch Art. 57 Abs. 1 EG). Der EuGH weist jedoch darauf hin, dass diese sich nur auf bestimmte, abschliessend aufgezählte Investitionen bezieht. Erbschaften bzw. Vermögensanlagen in Immobilien wie die im Ausgangsverfahren fraglichen, die sich auf das Haus der Eltern der Erblasserin beziehen, zu privaten Zwecken getätigt wurden und

⁴³ EuGH, Rs. C-541/08 *Fokus Invest AG gegen Finanzierungsberatung-Immobilientreuhand und Anlageberatung GmbH (FIAG)*, Slg. 2010, I-1025.

⁴⁴ EuGH, Rs. C-4051 *Winfried L. Holböck gegen Finanzamt Salzburg-Land*, Slg. 2007, I-4051.

⁴⁵ Richtlinie 88/361/EWG zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages, ABl. 1988 L 178/5.

nicht mit der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit verbunden sind, gehören nicht dazu.

Damit stellte sich noch die Frage nach einer allfälligen Rechtfertigung der zur Diskussion stehenden Beschränkung, z.B. aufgrund von Art. 65 Abs. 1 Buchst. 1 AEUV. Dieser behält das Recht der Mitgliedstaaten vor, «die einschlägigen Vorschriften ihres Steuerrechts anzuwenden, die Steuerpflichtige mit unterschiedlichem Wohnort oder Kapitalanlageort unterschiedlich behandeln». Hierzu führte der EuGH aus, dass die Höhe des Freibetrags nicht von der Höhe der Steuerbemessungsgrundlage abhängt. Deshalb kann die beschränkte Steuerpflicht des gebietsfremden Erben eines gebietsfremden Erblassers kein relevanter Umstand sein, der im Hinblick auf den Freibetrag zu einem objektiven Unterschied zwischen der Situation dieses Erben einerseits und der Situation eines gebietsfremden Erben eines gebietsansässigen Erblassers oder der eines gebietsansässigen Erben eines gebietsansässigen oder gebietsfremden Erblassers andererseits führen könnte. Laut dem EuGH ist daher die Situation von Herrn Welte mit der Situation jedes Erben vergleichbar, der eine in Deutschland gelegene Immobilie von Todes wegen von einem Erblasser erwirbt, der in diesem Mitgliedstaat seinen Wohnsitz hatte und dessen Ehegatte er war, sowie mit der Situation eines in Deutschland wohnenden Erben, der eine solche Immobilie von einem nicht in diesem Mitgliedstaat wohnenden Erblasser, der sein Ehegatte war, erwirbt. Subsidiär hatte Deutschland auch noch vorgebracht, eine Regelung der fraglichen Art sei aus einem zwingenden Grund des Allgemeininteresses objektiv gerechtfertigt, weil sie dem Gebot der steuerlichen Kohärenz diene. Der EuGH befand jedoch, dass der dafür erforderliche unmittelbare Zusammenhang zwischen dem steuerlichen Vorteil und dessen Ausgleich durch eine bestimmte steuerliche Belastung vorliegend fehlte. Weiter konnte auch das Anliegen der Wirksamkeit der steuerlichen Kontrollen nicht helfen.

Im Ergebnis entschied deshalb der EuGH, dass die Art. 63 und 65 AEUV (heutige Nummerierung) dahin auszulegen sind, dass sie einer Regelung eines Mitgliedstaats über die Berechnung von Erbschaftsteuern entgegenstehen, die für den Fall des Erwerbs eines im Gebiet dieses Staates gelegenen Grundstücks durch Erbanfall vorsieht, dass der Freibetrag auf die Steuerbemessungsgrundlage dann, wenn der Erblasser und der Erwerber – wie unter den Umständen des Ausgangsverfahrens – zum Zeitpunkt des Erbfalls ihren Wohnsitz in einem Drittland wie der Schweizerischen Eidgenossenschaft hatten, niedriger ist als der Freibetrag, der zur Anwendung gekommen wäre, wenn zumindest eine dieser beiden Personen zu diesem Zeitpunkt ihren Wohnsitz in dem genannten Mitgliedstaat gehabt hätte.

Diese Auslegung bedeutet, dass Herr Welte vor dem deutschen Gericht, wo sein Fall anhängig ist, obsiegen dürfte, weil das deutsche Recht den Erfordernissen des freien Kapitalverkehrs des EU-Rechts widerspricht. Aus der Sicht

der Schweiz ist das Urteil interessant, weil es illustriert, wie ein Drittstaat u.U. vom vollen Regime der EU-rechtlichen Kapitalverkehrsfreiheit profitiert, ohne dass hierzu ein bilaterales Abkommen nötig wäre. In diesem Bereich – aber möglicherweise auch nur hier – kommt zudem die klassische, EU-rechtliche Analyse zum Tragen, einschliesslich eines weit gefassten Beschränkungsverbots, statt «nur» eines Diskriminierungsverbots. Zur Erinnerung: Es ist bisher ungeklärt, ob eine solch weite Auslegung z.B. auch für das Freizügigkeitsabkommen gelten könnte oder ob hier lediglich ein Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit gilt.

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

Abschliessend sei kurz eine Entscheidung des EuGH zum EWR-Recht erwähnt, welche ein schweizerisches Element aufweist. Im Fall *Astrazeneca*⁴⁶ ging es um ein ergänzendes Schutzzertifikat für Arzneimittel und um die Frage, ob eine erste Genehmigung für das Inverkehrbringen dieses Arzneimittels im EWR i.S.d. EU-Verordnung 469/2009⁴⁷ (welche zum EWR-Acquis gehört) vorliegt, wenn die Genehmigung zuerst vom Schweizerischen Heilmittelinstitut Swissmedic erteilt worden ist. Auf den ersten Blick mag diese Frage merkwürdig erscheinen. Bekanntlich ist die Schweiz anders als Liechtenstein nicht EWR-Mitglied (könnte dies aber nach Art. 128 EWR-Abkommen jederzeit werden). Allerdings besteht zwischen diesen beiden Ländern eine Zollunion, die sich auch auf den Patentbereich erstreckt und in deren Rahmen schweizerische Genehmigungen von Swissmedic in Liechtenstein automatisch anerkannt werden. Der Fall illustriert die rechtlich komplexe Situation, in welcher eine Zollunion zwischen zwei Staaten besteht, von denen nur eines zum EWR gehört.

Konkret ging es im Fall *Astrazeneca* um ein Unternehmen, das sich im EWR auf eine solche Genehmigung stützte und geltend machte, sie sei als EWR-relevant einzustufen. Dies wurde vom EuGH bejaht, wenn bestimmte Voraussetzungen gegeben sind. Konkret: Eine verwaltungsrechtliche Genehmigung von Swissmedic, die automatisch in Liechtenstein anerkannt wird, gilt als erste Genehmigung für das Inverkehrbringen dieses Arzneimittels im EWR, wenn sie vor den Genehmigungen ergangen ist, die für dasselbe Arzneimittel entweder von der Europäischen Arzneimittel-Agentur oder von den Behörden der Mitgliedstaaten der EU gemäss den Erfordernissen der Richtlinie

⁴⁶ EuGH, Rs. C-617/12 *Astrazeneca AB gegen Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, Urteil vom 14. November 2013, noch nicht in der Sammlung.

⁴⁷ Verordnung 469/2009/EG über das ergänzende Schutzzertifikat für Arzneimittel (kodifizierte Fassung), ABl. 2009 L 152/1.

2001/83⁴⁸ zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel oder aber von den Behörden der Republik Island und des Königreichs Norwegen erteilt wurden. Dabei ist irrelevant, dass die Europäische Arzneimittel-Agentur auf der Grundlage vergleichbarer klinischer Daten zu einem späteren Zeitpunkt die Erteilung einer Genehmigung für das Inverkehrbringen verweigerte oder dass Swissmedic die schweizerische Genehmigung vorübergehend aussetzte.

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 quatre accords entre la Suisse et l'Union européenne⁴⁹: l'accord sur la libre circulation des personnes de 1999 (ALCP)⁵⁰ (1), l'accord de libre-échange de 1972 (ALE)⁵¹ (2), l'accord d'association de la Suisse à Dublin de 2004⁵² (3) et l'accord sur le transport aérien de 1999⁵³ (4).

1. Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP)

Cette section est articulée autour de cinq thèmes principaux relatifs à la libre circulation des personnes. Elle examine successivement le droit de séjour au titre du regroupement familial (a), le droit de séjour avec exercice d'une activité lucrative (b), la notion d'aide sociale (c), les limites au droit de séjour pour des motifs liés à l'ordre et la sécurité publics (d), ainsi que le principe de non-discrimination en matière fiscale (e).

⁴⁸ Richtlinie 2001/83/ zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel, ABl. 2001 L 311/67.

⁴⁹ La présente chronique couvre la période du 16 août 2013 au 12 août 2014.

⁵⁰ 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.

⁵¹ Accord entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne, du 22 juillet 1972, RS 0.632.401.

⁵² 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.

⁵³ Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien, du 21 juin 1999, RS 0.748.127.192.68.

a) Droit de séjour au titre du regroupement familial

Les affaires relatives au droit de séjour dont le fondement est le regroupement familial ont été nombreuses durant l'année écoulée⁵⁴, mais les recours ont rarement été couronnés de succès⁵⁵. Dans la présente chronique, il convient de présenter en particulier le regroupement familial invoqué en faveur d'un ascendant (i) puis en faveur du conjoint (ii).

ij) Regroupement familial en faveur d'un ascendant

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'examiner cette question dans deux arrêts de 2014, dans lesquels il s'est référé à la jurisprudence-clé de la Cour de justice de l'Union européenne, en particulier aux arrêts bien connus *Zhu et Chen*⁵⁶ d'une part, et *Baumbast*⁵⁷, d'autre part.

Le premier arrêt du 4 avril 2014⁵⁸ concernait le cas d'un ressortissant brésilien qui avait noué une relation avec une citoyenne portugaise séjournant en Suisse. Un enfant de nationalité portugaise est né de cette relation en juillet 2007. Le père s'était vu refuser l'octroi d'un permis de séjour par le Service des migrations du canton de Vaud, une première fois en 2009, alors qu'il séjournait en Suisse de façon illégale. N'ayant pas la garde de l'enfant, l'intéressé ne pouvait pas invoquer l'ALCP en vue du regroupement familial. Toutefois, en mars 2012, l'autorité cantonale⁵⁹ a approuvé une convention passée entre les parents, prévoyant une autorité parentale conjointe ainsi qu'une garde partagée sur l'enfant. Sur cette base, l'intéressé a sollicité une nouvelle fois une autorisation de séjour en invoquant le regroupement familial, en vertu des articles 7, lettre d, ALCP et 3, annexe I, ALCP. Cette demande a été rejetée par le Service cantonal. La décision de rejet a fait l'objet d'un recours devant le tribunal cantonal qui a annulé la décision en considérant que la garde partagée constituait un fait nouveau justifiant le réexamen et l'octroi d'une autorisation de séjour. L'Office fédéral des migrations (ODM) a intenté un recours contre ce jugement.

Pour le Tribunal fédéral, la question était de savoir si le père pouvait, en vertu de l'ALCP, obtenir un titre de séjour compte tenu de la garde partagée exercée sur l'enfant. La Cour de justice de l'Union européenne, dans l'arrêt *Zhu et Chen*, avait accordé à une ressortissante d'un Etat tiers, mère d'une citoyenne de l'Union européenne en bas âge, le droit de séjourner avec son enfant sur le

⁵⁴ La présente chronique couvre la période du 16 août 2013 au 12 août 2014.

⁵⁵ Voir les arrêts du Tribunal fédéral, du 6 décembre 2013, réf. 2C_1050/2012; du 25 janvier 2014, réf. 2C_822/2013; du 17 avril 2014, réf. 2C_1069/2013; du 12 juin 2014, réf. 2C_330/2014.

⁵⁶ CJCE, arrêt *Zhu et Chen* du 19 octobre 2004, aff. C-200/02, Rec. 2004, p. I-9925.

⁵⁷ CJCE, arrêt *Baumbast* et R du 17 septembre 2002, aff. C-413/1999, Rec. 2002, p. I-7091.

⁵⁸ Arrêt du Tribunal fédéral du 4 avril 2014, réf. 2C_606/2013.

⁵⁹ En l'occurrence, la Justice de paix du district de la Riviera-pays-d'Enhaut.

territoire de l'Union européenne. La juridiction de l'Union avait considéré que la directive 90/364⁶⁰ ainsi que l'article 21 du traité CE (devenu article 21 du traité FUE) conféraient un droit de séjour de durée indéterminée au ressortissant d'un Etat membre mineur en bas âge qui était couvert par une assurance-maladie appropriée et qui était à la charge d'un parent, lui-même ressortissant d'un Etat tiers, dont les ressources étaient suffisantes pour que le premier ne devienne pas une charge pour les finances publiques de l'Etat membre d'accueil. Ces mêmes dispositions permettaient au parent qui a effectivement la garde de l'enfant de séjourner avec l'enfant dans l'Etat membre d'accueil⁶¹. Le Tribunal fédéral avait déjà pris en compte, en 2010, l'arrêt *Zhu et Chen* et admis qu'une ressortissante brésilienne, mère d'un ressortissant portugais, pouvait se prévaloir d'un titre de séjour en raison de la nationalité de son fils, à condition de disposer de ressources suffisantes pour elle-même et son enfant⁶². Contrairement au Tribunal cantonal, le Tribunal fédéral a considéré que le cas d'espèce se présentait différemment de l'affaire *Zhu et Chen*. Compte tenu du fait que l'enfant, né en Suisse, vivait avec sa mère, le père, dont rien n'indiquait s'il avait vécu ou s'il envisageait de vivre avec la mère de son enfant, ne disposait en réalité que d'un droit de visite. La garde partagée obtenue par le père ne remettait pas en cause le séjour de l'enfant en Suisse. Selon le Tribunal fédéral, l'enfant pouvait de toute façon continuer à vivre en Suisse auprès de sa mère. Le refus de l'octroi d'un titre de séjour pour le père ne revenait pas à « priver [...] de tout effet utile le droit de séjour [de l'enfant] » comme cela était le cas dans l'arrêt *Zhu et Chen*⁶³. Toutefois, d'autres éléments ont été pris en considération par le Tribunal fédéral, tels que les liens familiaux particulièrement forts entre le père et son enfant ainsi que le fait qu'il a toujours assumé ses obligations parentales tant sur le plan affectif qu'économique⁶⁴. Il s'est référé au bien-être de l'enfant et à la Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant⁶⁵ et a admis l'intérêt de maintenir le lien parental. Dans ces conditions, le recours de l'ODM a été rejeté et le Tribunal fédéral a confirmé le réexamen de la situation du père et l'octroi potentiel d'une autorisation de séjour.

Dans le second arrêt, rendu le 11 février 2014⁶⁶, il s'agissait d'une ressortissante nigériane qui avait vécu dans la clandestinité en Suisse de 2003 à 2005. En mars 2005, elle a donné naissance à un enfant dont le père est ressortissant

⁶⁰ Directive 90/364 du Conseil, du 28 juin 1990, relative au droit de séjour, JO n° L 180 du 13 juillet 1990, p. 26.

⁶¹ CJCE, arrêt *Zhu et Chen* du 19 octobre 2004, aff. C-200/02, Rec. 2004 I-9925, pt 47.

⁶² Arrêt du Tribunal fédéral du 15 novembre 2010, réf. 2C_574/2010, consid. 2.2.2.

⁶³ Ibid, pt 45.

⁶⁴ Arrêt du Tribunal fédéral du 4 avril 2014, réf. 2C_606/2013, consid. 6.3

⁶⁵ RS 0.107.

⁶⁶ Arrêt du Tribunal fédéral du 11 février 2014, réf. 2C_792/2013.

italien. Le couple s'était marié en 2006, et l'intéressée avait obtenu une autorisation de séjour de courte durée. Le mariage n'a toutefois pas duré, le père se trouvait en détention, et le divorce a finalement été prononcé en 2010. Le père avait définitivement quitté la Suisse en 2011. La demande de prolongation de l'autorisation de séjour de la mère a été transmise par l'office cantonal à l'ODM. Celui-ci l'a refusée et l'intéressée a fait valoir, dans son recours, l'existence d'un droit de séjour en vertu des articles 7, lettre d, ALCP et 3, annexe I, ALCP. Au moment du recours, l'enfant était âgé de neuf ans et avait commencé l'école obligatoire en Suisse.

Le Tribunal fédéral s'est référé à l'article 3, paragraphe 6, annexe I, ALCP, selon lequel les enfants d'un ressortissant d'une partie contractante qui exerce ou non, ou qui a exercé une activité économique sur le territoire de l'autre partie contractante, sont admis aux cours d'enseignement général, d'apprentissage et de formation professionnelle dans les mêmes conditions que les ressortissants de l'Etat d'accueil, si ces enfants résident sur son territoire. Cette règle correspond à l'article 12 du règlement n° 1612/68⁶⁷. Il a ensuite rappelé l'arrêt *Baumbast*⁶⁸ dans lequel la Cour de justice de l'Union européenne a donné l'interprétation suivante de l'article 12 dudit règlement : les enfants d'un citoyen de l'Union qui se sont installés dans un Etat membre alors que leur parent exerçait des droits de séjour en tant que travailleur migrant dans cet Etat membre sont en droit d'y séjourner afin d'y poursuivre des cours d'enseignement général. Le fait que les parents des enfants concernés ont entre-temps divorcé ou qu'un seul des parents est un citoyen de l'Union et que ce dernier n'est plus un travailleur migrant dans l'Etat membre d'accueil, ou encore le fait que les enfants ne sont pas eux-mêmes citoyens de l'Union n'ont à cet égard aucune incidence⁶⁹. Sur la base de cet arrêt, le Tribunal fédéral a estimé que le droit d'obtenir une autorisation de séjour en vertu de l'article 3, paragraphe 6, annexe I, ALCP concernait les enfants ayant commencé leur formation alors que la communauté conjugale était encore intacte, dans un but d'intégration. Or, en l'espèce, il a considéré que la question de la formation de l'enfant n'était pas déterminante car la communauté conjugale avait pris fin en novembre 2006, lorsque l'enfant avait moins de deux ans et qu'il n'allait pas encore à l'école. L'intégration de l'enfant en Suisse n'a pas été jugée comme suffisamment importante pour empêcher le retour de

⁶⁷ Règlement n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, *JO n° L 257 du 19 octobre 1968*, p. 2.

⁶⁸ CJCE, arrêt *Baumbast et R* du 17 septembre 2002, aff. C-413/99, Rec. 2002, p. I-7091.

⁶⁹ L'arrêt *Baumbast* a été confirmé par deux arrêts ultérieurs du 23 février 2010 : CJUE, arrêt *Ibrahim* du 23 février 2010, aff. C-310/08, Rec. 2010, p. I-1065 et CJUE, arrêt *Teixeira contre Royaume-Uni*, du 23 février 2010, aff. C-480/08, Rec. 2010, p. I-1107, avec la précision dans ce dernier que le parent qui exerçait la garde de l'enfant avait également un droit de séjour, indépendamment de ses moyens d'existence.

l'enfant avec sa mère dans le pays d'origine de cette dernière. Dans ces conditions, l'intéressée n'était pas en droit d'invoquer une autorisation de séjour sur la base de l'article 3, paragraphe 6, annexe I, ALCP en lien avec la présence de son enfant en Suisse.

ii) *Regroupement familial en faveur du conjoint*

En décembre 2013⁷⁰, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt concernant un regroupement familial en faveur du conjoint. C'est un des rares cas où le recours a été couronné de succès. Il s'agissait d'un ressortissant pakistanaï qui s'était marié en 2004 avec une citoyenne portugaise. Il disposait d'un titre de séjour valable jusqu'en octobre 2009. En 2010, il avait demandé une prolongation de son titre de séjour à l'Office de l'immigration du canton de Zurich, qui lui a été refusée. Le divorce a été prononcé en mai 2011. La question était de savoir si l'Office cantonal avait violé les dispositions de l'ALCP en décidant de refuser la prolongation du permis de séjour pour regroupement familial. Était ici en cause le maintien du droit de séjour après la dissolution du mariage. L'article 3, paragraphes 1 et 2, annexe I, ALCP en lien avec l'article 7, lettre d) dudit accord, indique que la rupture définitive de l'union conjugale entraîne en principe l'extinction du droit de séjour⁷¹. Tout abus de droit peut en outre justifier un refus de prolongation du titre de séjour⁷². Dans le cas d'espèce, l'intéressé avait vécu séparément de son épouse de nationalité portugaise depuis février 2008 et l'échec du mariage était déjà constaté à ce moment-là. Le Tribunal fédéral a considéré que, dans de telles circonstances, il convenait de tenir compte de l'article 50, alinéa 1, de la Loi fédérale sur les étrangers (LEtr)⁷³, lequel est susceptible de conférer un droit de séjour à l'intéressé, si l'« union conjugale a duré au moins trois ans » et si l'« intégration » de l'intéressé en Suisse est réussie. La première condition était remplie. S'agissant de la seconde, le Tribunal fédéral a relevé que l'intéressé avait toujours exercé une activité lucrative, qu'il disposait de très bonnes connaissances de l'allemand, qu'il n'avait jamais fait appel à l'aide sociale et qu'il n'avait jamais commis d'infractions. Sur la base de ces éléments, le Tribunal fédéral a jugé que les conditions de l'article 50 LEtr étaient remplies et a invité l'Office cantonal à octroyer à l'intéressé un permis de séjour.

⁷⁰ Arrêt du Tribunal fédéral du 6 décembre 2013, réf. 2C_1050/2012.

⁷¹ Dans ce sens, CJCE, arrêt *Diatta* du 13 février 1985, aff. C-267/83, Rec. 1985, p. 567.

⁷² Arrêt du Tribunal fédéral du 22 mars 2013, réf. 2C_65/2012, consid. 2.1

⁷³ Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr), RS 142.20.

b) Droit de séjour avec exercice d'une activité lucrative

Deux arrêts très intéressants en matière du droit de séjour avec exercice d'une activité lucrative ont été rendus au cours de la période sous examen. Le premier concerne l'exercice de la puissance publique (i) et le second apporte des précisions sur la notion de travailleur (ii).

i) Exception de « l'exercice de la puissance publique »

Un ressortissant letton a demandé son inscription au « registre des interprètes de la justice » (*Justizdolmetscherverzeichnis*) de la ville de Zurich pour la langue lettonne. L'autorité compétente zurichoise (*Zentralstelle Dolmetscherwesen*) a rejeté cette requête, au motif que l'intéressé ne disposait que d'un permis de séjour de courte durée. Selon l'autorité compétente, il est nécessaire de séjourner de façon durable à Zurich car les interprètes sont contactés pour intervenir dans des délais très brefs. Cette décision de refus a été confirmée par la Commission administrative du Tribunal cantonal de Zurich⁷⁴. Selon cette dernière, malgré le fait que l'intéressé était de nationalité lettonne, il ne pouvait pas se prévaloir de l'ALCP et des dispositions quant au séjour pour une activité lucrative indépendante, du fait que l'exercice de la profession d'interprète relève du domaine de l'exercice de puissance publique et constitue une exception au champ d'application de l'ALCP, sur la base de l'article 16, annexe I, ALCP.

L'intéressé a fait recours contre la décision zurichoise⁷⁵. Dans son arrêt, le Tribunal fédéral a considéré que les travailleurs provenant d'un Etat membre de l'Union européenne et exerçant une activité lucrative indépendante pouvaient se prévaloir de l'ALCP et se voyaient, en principe, octroyés un permis de séjour de cinq ans, sur la base de l'article 12, annexe I, ALCP. En l'espèce, il s'agissait d'interpréter la notion de l'exercice de la puissance publique et d'en déterminer les effets s'agissant d'un travail d'interprète effectué au service d'une administration ou d'un tribunal étatique. En vertu de l'article 16, annexe I, ALCP, l'indépendant peut se voir refuser le droit de pratiquer une activité participant, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique. Cette disposition de l'ALCP reprend en substance la formule de l'article 51 du traité FUE. Le Tribunal fédéral a donc pris en considération la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative à cette notion⁷⁶.

Selon cette jurisprudence, la notion d'« exercice de la puissance publique » ancrée dans l'article 51 du traité FUE, doit être interprétée de façon stricte. Sont comprises dans cette notion les activités qui, prises en elles-mêmes, constituent

⁷⁴ Verwaltungskommission am Obergericht des Kantons Zürich.

⁷⁵ Arrêt du Tribunal fédéral du 31 janvier 2014, réf. 2C_187/2013.

⁷⁶ En vertu de l'art. 16, par. 2, ALCP.

une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique⁷⁷. En ce qui concerne les professions qui sont en contact avec des juridictions, la Cour de justice de l'Union européenne considère que des prestations professionnelles comportant des contacts, même réguliers et organiques, avec les juridictions ne constituent pas, pour autant, une participation à l'exercice de l'autorité publique⁷⁸. De simples activités auxiliaires ou préparatoires par rapport aux entités qui exercent effectivement l'autorité publique ne sont pas couvertes par la notion d'exercice de la puissance publique⁷⁹. Les traductions réalisées par un expert ne revêtent qu'un caractère auxiliaire et laissent intacts l'appréciation de l'autorité judiciaire et le libre exercice du pouvoir juridictionnel, de telles prestations de traduction ne sauraient donc être considérées comme des activités participant à l'exercice de l'autorité publique⁸⁰.

En l'espèce, le Tribunal fédéral a considéré que l'intéressé ne relevait pas de l'exception de l'exercice de l'autorité publique. En outre, la durée du permis de séjour de l'intéressé et le fait que celui-ci ne disposait d'un permis de séjour que depuis peu ne pouvaient constituer un critère de sélection pour l'intégration dans le répertoire des interprètes⁸¹. S'agissant de la disponibilité immédiate à laquelle fait référence la décision cantonale, le Tribunal fédéral a considéré que cet élément était important en vue d'assurer le bon fonctionnement des tribunaux notamment en vue de sauvegarder les droits de la défense des inculpés. Ce critère pouvait donc être admis s'il était appliqué de manière proportionnée et non-discriminatoire afin de ne pas contrevenir à l'ALCP. Sur la base de ces considérations, le Tribunal fédéral a admis le recours et renvoyé le dossier à l'autorité compétente zurichoise pour le réexamen de l'inscription de l'intéressé au registre des interprètes.

ii) *Notion de travailleur*

Une ressortissante portugaise est entrée en Suisse en janvier 2009 pour y travailler en tant que barmaid à plein temps. Elle a obtenu une autorisation de séjour valable pour cinq ans, du 1er mars 2009 au 28 février 2014. Elle n'a cependant exercé cette activité que pendant trois mois à 100%, puis à 50% le reste de l'année. Au début de 2010, elle a été licenciée. Elle a perçu des indemnités de l'assurance-chômage de mars 2010 à mars 2011. Son droit aux indemnités ayant

⁷⁷ CJCE, arrêt *Reyners* du 21 juin 1974, aff. 2/74, Rec. 1974, p. 631, pts 44-45 et 54/55.

⁷⁸ CJCE, arrêt *Reyners* du 21 juin 1974, aff. 2/74, Rec. 1974, p. 631, pt 51.

⁷⁹ Voir, en ce sens, CJCE, arrêt *Thijssen*, du 13 juillet 1993, aff. C-42/92, Rec. 1993 I-4047, pt 22; et CJCE, arrêt *Commission c. Allemagne* du 29. novembre 2007, aff. C-404/05, Rec. 2007, p. I-10239, pt 38.

⁸⁰ CJCE, arrêt *Josep Penarroja Fa* du 17 mars 2011, aff. C-372/09, Rec. 2011, p. I-1785, pts 41-45.

⁸¹ Arrêt du Tribunal fédéral du 31 janvier 2014, réf. 2C_187/2013, consid. 3.4.

été épuisé, elle a ensuite bénéficié de prestations de l'aide sociale dès le printemps 2011. Après avoir occupé un emploi temporaire d'insertion, elle a encore été employée trois mois en 2011 et trois mois en 2012. Ces engagements ont, à chaque fois, été interrompus pour cause de maladie. En septembre 2012, le Service de la population du canton de Vaud a révoqué son autorisation de séjour avec renvoi de Suisse. Le faible nombre d'heures de travail hebdomadaire effectué par l'intéressée ne lui permettait plus de se prévaloir de la qualité de travailleur. Elle ne disposait que d'un très faible revenu, de surcroît, aléatoire qui n'assurait pas son autonomie financière, si bien qu'elle percevait des prestations de l'aide sociale. Elle ne remplissait dès lors pas les conditions lui permettant de séjourner en Suisse sans l'exercice d'une activité lucrative. Le Tribunal cantonal vaudois avait admis le recours de l'intéressée en considérant que son titre de séjour était en cours de validité et qu'il ne pouvait lui être retiré du seul fait qu'elle n'occupait plus un emploi. Le Service cantonal de la population a recouru au Tribunal fédéral.

Dans son arrêt du 10 avril 2014⁸², le Tribunal fédéral a précisé la notion de qualité de travailleur. Il a rappelé le principe, selon lequel, en vertu de l'article 6, paragraphe 1, annexe I, ALCP, « le travailleur salarié ressortissant d'une partie contractante qui occupe un emploi d'une durée égale ou supérieure à un an au service d'un employeur de l'Etat d'accueil reçoit un titre de séjour d'une durée de cinq ans au moins à dater de sa délivrance ». Lorsque son détenteur se trouve dans une situation de chômage involontaire depuis plus de douze mois consécutifs, l'article 6, paragraphe 6, annexe I, ALCP, prévoit que le titre de séjour en cours de validité ne peut être retiré au travailleur salarié du seul fait qu'il n'occupe plus d'emploi, soit que l'intéressé ait été frappé d'une incapacité temporaire de travail résultant d'une maladie ou d'un accident, soit qu'il se trouve en situation de chômage involontaire dûment constatée par le bureau de main-d'œuvre compétent.

Prenant en considération la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative à la libre circulation des travailleurs⁸³, le Tribunal fédéral a rappelé que celle-ci doit être interprétée de façon extensive, alors que les exceptions et dérogations à cette liberté fondamentale doivent, au contraire, faire l'objet d'une interprétation stricte⁸⁴. Doit ainsi être considérée comme un « travailleur » la personne qui accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre personne et sous la direction de celle-ci, des prestations en contre-

⁸² Arrêt du Tribunal fédéral du 10 avril 2014, réf. 2C_390/2013.

⁸³ Art. 16, par. 2, ALCP.

⁸⁴ CJCE, arrêts *Kempf* du 3 juin 1986, aff. C-139/85, Rec. 1986, p. 1741, pt 13 et *Levin* du 23 mars 1982, aff. C-53/1981, Rec. 1982, p. 1035, pt 13.

partie desquelles elle touche une rémunération⁸⁵. Cela suppose l'exercice d'activités réelles et effectives⁸⁶. Une fois que la relation de travail a pris fin, l'intéressé perd en principe la qualité de travailleur, étant entendu cependant que, d'une part, cette qualité peut produire certains effets après la cessation de la relation de travail et que, d'autre part, une personne à la recherche réelle d'un emploi doit être qualifiée de travailleur⁸⁷. En se référant à sa propre jurisprudence, le Tribunal fédéral a précisé que les intentions ou le comportement de l'intéressé avant ou après sa période d'emploi ne sont pas déterminants pour examiner sa qualité de travailleur salarié⁸⁸. En outre, les autorisations de séjour peuvent être révoquées si les conditions requises pour leur délivrance ne sont plus remplies⁸⁹. Le Tribunal fédéral a considéré que cela ne signifiait cependant pas que les conditions initiales devaient rester remplies à long terme. Ainsi, une personne qui a obtenu une autorisation de séjour au regard de sa qualité de travailleur, puis tombe au chômage involontaire ou se trouve en incapacité temporaire de travail due à une maladie ou à un accident, continue à bénéficier de son autorisation et celle-ci peut même, à certaines conditions, être prolongée⁹⁰. En revanche, une personne qui serait au chômage volontaire ou qui se comporterait de façon abusive pourrait se voir retirer son autorisation⁹¹.

En l'espèce, l'intéressée était, au moment de son premier licenciement, une année après le début de son activité lucrative en Suisse, un travailleur salarié au sens de l'article 6, paragraphe 1, annexe I, ALCP. Elle avait donc bénéficié des mêmes droits que les nationaux en matière de prestations sociales à savoir les indemnités de l'assurance-chômage puis, dans un second temps, les prestations de l'aide sociale. La question décisive était celle de savoir si, compte tenu de l'évolution de sa situation, l'intéressée avait gardé le statut de travailleur salarié ou si, au contraire, elle l'avait perdu. Les emplois temporaires d'insertion qu'elle avait occupés sont destinés aux personnes au chômage et consistent en des postes de durée déterminée. Bien que dénommés «emplois», ils s'en distinguent par deux caractéristiques principales. Premièrement, la personne concernée, soit l'assuré au chômage, ne conclut pas de contrat de travail; la «mesure d'emploi» lui est

⁸⁵ CJCE arrêt *Lawrie-Blum* du 3 juillet 1986, aff. C-66/85, Rec. 1986 p. 2121 pts 16 et 17.

⁸⁶ CJUE arrêt *Petersen* du 28 février 2013, aff. C-544/11, non encore publié au Recueil, pt 30.

⁸⁷ CJCE arrêt *Martínez Sala* du 12 mai 1998, aff. C-85/96, Rec. 1998, p. I-2719, pt 32.

⁸⁸ ATF 131 II 339 consid. 4.3.

⁸⁹ Art. 23 al. 1 de l'ordonnance fédérale 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 Etats membres, ainsi qu'entre les Etats membres de l'Association européenne de libre-échange (ordonnance sur l'introduction de la libre circulation des personnes, OLCP; RS 142.203).

⁹⁰ Arrêt du Tribunal fédéral du 10 avril 2014, réf. 2C_390/2013, consid. 3.2.

⁹¹ ATF 131 II 339, consid. 3.4.

assignée et il ne peut pas la refuser, sous peine de sanction⁹². Deuxièmement, aucun salaire ne lui est versé, la personne concernée continue en principe à toucher les prestations de l'assurance-chômage auxquelles elle a droit. Compte tenu notamment de ces deux éléments, le Tribunal fédéral a considéré qu'un tel emploi ne confère pas la qualité de travailleur à la personne qui l'exerce.

La question se posait ensuite de savoir si, au cours de son chômage, l'intéressée avait perdu la qualité de travailleur. Le Tribunal fédéral n'a jamais déterminé à partir de quel moment un étranger perd la qualité de travailleur une fois tombé au chômage involontaire. Il a en revanche déjà jugé qu'un détenteur d'une autorisation de séjour au chômage involontaire pendant dix-huit mois, qui était resté inactif durant cette période, et qui a touché des indemnités de chômage puis des prestations d'assistance, perdait le statut de travailleur⁹³. Le Tribunal fédéral s'est aussi référé au droit allemand sur cette question, selon lequel la qualité de travailleur s'éteint lorsque le placement du ressortissant de l'Union européenne au chômage, sans être toutefois durablement en incapacité de travail, est définitivement exclu et que l'intéressé n'avait plus droit aux indemnités de chômage; il en allait de même de celui qui n'avait pas sérieusement l'intention de trouver un travail.

En l'espèce, l'intéressée s'était trouvée dans une situation de chômage involontaire, qui lui permettait de garder initialement la qualité de travailleur jusqu'à la fin du mois de septembre 2011, celle-ci ne pouvait toutefois plus être qualifiée de travailleur au sens de l'ALCP car elle était au chômage depuis dix-huit mois, avait épuisé son droit aux indemnités de chômage et émergeait à l'aide sociale. Elle ne semblait pas non plus être en mesure de trouver un emploi durable au regard notamment des dix-huit mois passés sans activité lucrative (hormis les emplois d'insertion), de ses très nombreux arrêts maladie et de son manque de qualification professionnelle. En conséquence, les conditions requises pour la délivrance de l'autorisation de séjour n'étaient plus réalisées à la fin du mois de septembre 2011. Le fait que l'intéressée avait obtenu deux emplois temporaires n'a pas amené le Tribunal fédéral à considérer qu'elle avait retrouvé sa qualité de travailleur, compte tenu de la brièveté des engagements (deux mois pour l'un, trois pour l'autre), et du fait que ces emplois suivaient de longues périodes de chômage et qu'ils avaient été séparés par plus de six mois d'inactivité, et qu'au surplus l'intimée touchait des prestations sociales.

L'intéressée ne pouvait pas non plus se prévaloir de l'article 2, paragraphe 1, alinéa 2, annexe I, ALCP, car cette disposition prévoit un droit de séjour de six mois pour les ressortissants d'un Etat membre afin de prendre connaissance des

⁹² Voir art. 30, al. 1, let. d, art. 59, al. 1-1bis et art. 64a, al. 1 de la Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI). RS 837.0.

⁹³ Arrêt du Tribunal fédéral du 17 juin 2011, réf. 2C_967/2010.

offres d'emplois correspondant à leurs qualifications professionnelles et d'effectuer, le cas échéant, les démarches nécessaires aux fins d'être engagés⁹⁴. Après les six premiers mois de recherche d'emploi, l'autorisation accordée peut être prolongée jusqu'à une année au plus pour autant que la personne concernée soit en mesure de prouver les efforts déployés à cet effet et qu'il existe une réelle perspective d'engagement⁹⁵. A cet égard, le Tribunal fédéral a simplement souligné que l'intéressée n'avait démontré ni les efforts déployés à cet effet ni l'existence d'une réelle perspective d'engagement. De surcroît, elle ne remplissait pas non plus les conditions pour séjourner en Suisse en qualité de personne n'exerçant pas d'activité lucrative au sens de l'article 24, annexe I, ALCP, dès lors qu'elle ne disposait pas de moyens suffisants d'existence⁹⁶. Dans ces conditions, le Tribunal fédéral a admis le recours et annulé l'arrêt attaqué. La décision de révoquer l'autorisation de séjour de l'intéressée a été rétablie.

c) Notion d'aide sociale

Le Tribunal fédéral a précisé la portée de la notion d'aide sociale au sens de l'ALCP. L'arrêt du 8 juillet 2014⁹⁷ concernait une ressortissante polonaise, divorcée d'un citoyen suisse. L'office compétent du canton de Soleure lui avait refusé la prolongation de son permis. Cette décision avait été confirmée par le tribunal cantonal, lequel avait estimé que les conditions de l'article 6 ALCP en relation avec l'article 24, paragraphe 1, lettre a, annexe I, ALCP n'étaient plus remplies puisque l'intéressée était au chômage et qu'elle dépendait de l'aide sociale. Le Tribunal fédéral a affirmé qu'afin de déterminer le risque pour une personne de tomber à l'assistance sociale, il convenait d'apprécier la situation au moment du prononcé de la décision relative au droit de séjour. Il a insisté sur deux aspects. Premièrement, il a considéré qu'il y avait lieu, en l'espèce, d'examiner si un droit de séjour basé sur l'article 4, paragraphe 1, annexe I, ALCP pouvait être attribué à l'intéressée, car le droit de séjourner en Suisse en vertu de l'article 24, paragraphe 1, lettre a, annexe I, ALCP est subsidiaire par rapport aux autres droits contenus dans l'ALCP. Or, l'article 4, paragraphe 2, annexe I, ALCP renvoie au règlement n° 1251/70⁹⁸, lequel prévoit que le travailleur a le droit de demeurer après une incapacité de travail totale, si son séjour avec exer-

⁹⁴ Cette règle est concrétisée à l'art. 18 de l'Ordonnance sur l'introduction de la libre circulation des personnes (OLCP), RS 142.203.

⁹⁵ Art. 18, al. 2 et 3 OLCP.

⁹⁶ Arrêt du Tribunal fédéral du 10 avril 2014, réf. 2C_390/2013, consid. 6.

⁹⁷ Arrêt du Tribunal fédéral du 8 juillet 2014, réf. 2C_1102/2013.

⁹⁸ Règlement n°1251/70 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 emploi, JO L 142 du 30.6.1970, p. 24. Ce règlement a depuis été abrogé dans l'Union européenne et remplacé par la directive 2004/38.

cice d'une activité lucrative a duré au moins deux ans⁹⁹. Compte tenu de la situation de l'intéressée, un droit sur la base de l'application de l'article 4 devait être examiné¹⁰⁰. Deuxièmement, s'agissant de l'analyse de l'article 24, paragraphe 1, lettre a, annexe I, ALCP, qui prévoit qu'un ressortissant de l'Union européenne peut séjourner en Suisse, sans activité lucrative, s'il dispose de moyens financiers suffisants pour ne pas devoir faire appel à l'aide sociale pendant son séjour et d'une assurance-maladie couvrant l'ensemble des risques, le Tribunal fédéral a considéré qu'une décision positive d'octroi d'une rente d'invalidité pouvait bel et bien constituer un élément qui éviterait un appel futur éventuel à l'aide sociale. Ainsi, le droit à une rente d'invalidité est susceptible d'influencer la question du droit de séjour basé sur l'article 6 ALCP en relation avec l'article 24, alinéa 1, lettre a, annexe I, ALCP¹⁰¹, et le Tribunal fédéral a donc admis le recours.

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

En vertu de l'article 5, annexe I, ALCP, seuls des motifs liés à l'ordre public peuvent restreindre les droits conférés par l'accord. Le Tribunal fédéral est tenu d'interpréter la notion d'ordre public en se référant à la directive 64/221¹⁰² ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne antérieure à la date de signature de l'accord (21 juin 1999)¹⁰³. La jurisprudence en lien avec l'ordre public peut être résumée comme suit¹⁰⁴: la notion d'ordre public, qui est d'application restrictive, suppose l'existence d'une menace réelle d'une certaine gravité, laquelle doit affecter un intérêt fondamental de la société. Le danger doit être actuel et présent, la seule existence d'une condamnation antérieure ne suffit pas¹⁰⁵. L'évaluation du risque de récidive sera d'autant plus rigoureuse que le bien juridique menacé est important. Enfin, les mesures d'ordre public doivent respecter le principe de proportionnalité. Dans la mise en œuvre de ce principe, il y a lieu de prendre en compte, entre autres éléments, la durée du

⁹⁹ Art. 2, par. 1, lit. b, règlement n° 1251/70.

¹⁰⁰ Arrêt du Tribunal fédéral du 8 juillet 2014, réf. 2C_1102/2013, consid. 4.3.

¹⁰¹ Arrêt du Tribunal fédéral du 8 juillet 2014, réf. 2C_1102/2013, consid. 5.3.

¹⁰² Directive 64/221 du Conseil, du 25 février 1964, pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, JO 56 du 4.4.1964, p. 850.

¹⁰³ Conformément à l'art. 5, par. 2, annexe I, ALCP et à l'art. 16, par. 2 ALCP.

¹⁰⁴ KADDOUS Christine/ GRISEL Diane, *Libre circulation des personnes et des services*, Dossier de droit européen n° 26, Bâle (Helbing & Lichtenhahn), 2012, p. 123 ss.

¹⁰⁵ Dans ce sens CJCE, arrêts *Boucherau*, du 27 octobre 1977, aff. C-30/77, Rec. 1977, p.1999, pt 28 et *Commission c. Allemagne*, du 27 avril 2006, aff. C-441/02, Rec. 2006, p. I-3449, pt 33.

séjour en Suisse, l'âge d'arrivée dans le pays, les relations sociales, familiales et professionnelles, le niveau d'intégration et les conséquences d'un renvoi¹⁰⁶.

Le nombre d'affaires portant sur les limites au droit de séjour pour des motifs liés à l'ordre et la sécurité publics pendant la période sous examen dans la présente chronique, est considérablement réduit par rapport aux années précédentes. Toutefois, le Tribunal fédéral a procédé selon son analyse habituelle en deux étapes. Il s'est interrogé sur l'existence d'un risque de récidive et a examiné ensuite la proportionnalité de la mesure. L'ordre public a notamment été invoqué à l'encontre de ressortissants de l'Union européenne qui ont commis des infractions liées au trafic de drogue (i), à des meurtres (ii) ou à d'autres infractions (iii).

i) Infractions liées au trafic de drogue

Deux affaires¹⁰⁷ avec des faits très similaires ont amené le Tribunal fédéral à continuer à développer son approche stricte en la matière. Les deux affaires concernaient des ressortissants italiens, nés en Suisse, en contact permanent avec la drogue depuis leurs jeunes âges. Les intéressés sont dépendants et financent leur consommation en commettant des infractions liées au trafic de drogues. Ils n'exercent par ailleurs pas d'activité lucrative et reçoivent des prestations de l'aide sociale. Dans ces circonstances, l'office cantonal compétent avait révoqué leurs permis d'établissement.

Le Tribunal fédéral s'est référé à l'arrêt *Tskouridis*¹⁰⁸, dans lequel la Cour de justice de l'Union européenne a jugé que le trafic de drogues est particulièrement grave lorsqu'il représentait une menace pour la santé, la sécurité et la qualité de la vie des citoyens de l'Union ainsi que pour l'économie légale, la stabilité et la sécurité des Etats membres¹⁰⁹. Dans ces deux arrêts, le Tribunal fédéral a précisé que ce type d'infraction ne constituait pas un risque abstrait mais concret et imminent étant donné que les drogues, une fois vendues, étaient consommées¹¹⁰. Les deux requérants, dépendants de la drogue, avaient en outre une motivation de nature financière. En l'espèce, il ressortait des dossiers que toute thérapie pour lutter contre la drogue avait échoué et qu'un pronostic ne pouvait être fait de sorte qu'il existait un risque considérable que les requérants continuent à commettre des infractions liées au trafic de drogue. L'existence du risque de récidive était donc établie et le Tribunal fédéral a conclu, dans les deux cas, que les mesures prises à l'égard des ressortissants italiens étaient

¹⁰⁶ ATF 135 II 110, consid. 2.1.

¹⁰⁷ Arrêts du Tribunal fédéral du 15 novembre 2013, réf. 2C_407/2013 et 2C_408/2013.

¹⁰⁸ CJUE, arrêt *Tskouridis* du 23 novembre 2010, aff. C-145/09, Rec. 2010, p. I-11979.

¹⁰⁹ Ibid, pt 46.

¹¹⁰ Arrêts du Tribunal fédéral du 15 novembre 2013, réf. 2C_407/2013 et 2C_408/2013, consid. 4.2.

proportionnées. Les décisions attaquées ont donc été confirmées et les permis d'établissement révoqués.

ii) *Meurtres*

Le Tribunal fédéral a également adopté une approche sévère en matière d'infraction grave, telle que le meurtre. Deux arrêts examinent le risque de récidive dans ce cadre.

Le premier arrêt¹¹¹ concernait un ressortissant espagnol, entré en Suisse à l'âge de trois ans, marié avec une Suisseuse, et père d'un enfant. Il a été condamné à une peine privative de liberté de 17 ans pour un meurtre commis en 2002. En 2011, l'Office de migration du canton de Lucerne a révoqué son permis d'établissement après sa libération de prison avec une expulsion du territoire suisse. En l'espèce, le Tribunal fédéral a souligné que l'intéressé avait commis le meurtre à l'âge de 19 ans, qu'il avait mis en danger de manière très grave l'ordre juridique suisse et qu'il avait été motivé par des sentiments primitifs et égoïstes. En outre, son comportement durant la détention n'avait pas laissé apparaître d'amélioration. L'intéressé constituait donc une menace actuelle à l'ordre public, malgré le fait que le crime avait été commis il y a dix ans¹¹². Le Tribunal fédéral a considéré que l'intéressé avait tendance «à maintenir»¹¹³ un comportement criminel. Il était dépendant de la drogue, et cela augmentait le risque de récidive à commettre des infractions. Sur la base de ces éléments, la révocation du permis d'établissement a été considérée conforme aux exigences de l'article 5, annexe I, ALCP et de la jurisprudence y relative.

Dans le second arrêt¹¹⁴, il était question d'un ressortissant brésilien au bénéfice d'un permis de séjour grâce à sa mère de nationalité italienne. Il avait commis un meurtre avec dol éventuel. Pour cette infraction et pour d'autres commises en Suisse, il avait été condamné à une peine privative de liberté de sept ans et demi. L'Office de l'immigration du canton de Zurich a décidé la révocation de son permis de séjour. Le Tribunal fédéral a confirmé cette décision en indiquant, comme dans le premier arrêt, que le meurtre faisait partie des infractions les plus graves de l'ordre juridique suisse et qu'un risque de récidive même moins important ne pouvait être accepté. L'intéressé souffrait en outre de schizophrénie et abusait de l'alcool, son risque de récidive ne pouvait être considéré comme faible. Le recours a donc été rejeté et la mesure déclarée conforme aux exigences de l'ALCP.

¹¹¹ Arrêt du Tribunal fédéral du 19 août 2013, réf. 2C_236/2013.

¹¹² Arrêt du Tribunal fédéral du 19 août 2013, réf. 2C_236/2013, consid. 6.5.

¹¹³ Voir CJCE, arrêt *Boucherau*, du 27 octobre 1977, aff. C-30/77, Rec. 1977, p. 1999, pts 27-30.

¹¹⁴ Arrêt du Tribunal fédéral du 8 juillet 2014, réf. 2C_1148/2013.

iii) Infractions multiples

Outre les infractions liées au trafic de drogue et aux meurtres, le Tribunal fédéral a rendu plusieurs arrêts concernant les « multirécidivistes »¹¹⁵, dont le dernier en novembre 2013¹¹⁶.

Cet arrêt, rendu le 15 novembre 2013, concernait un ressortissant portugais âgé de 28 ans, vivant en Suisse depuis son enfance. Son permis d'établissement avait été révoqué. Dès son adolescence, l'intéressé avait fait l'objet de nombreuses condamnations pénales dont plusieurs peines privatives de liberté¹¹⁷. Outre des infractions graves comprenant des atteintes à l'intégrité physique telles que des voies de fait graves, des brigandages répétés et des agressions, des infractions à la législation fédérale sur les stupéfiants, il avait aussi fait l'objet d'une enquête pénale pour infraction à la loi fédérale sur les armes.

Selon une jurisprudence constante, l'appréciation du risque de récidive se fait sur la base de l'ensemble des circonstances du cas. En l'espèce, l'intéressé avait un passé pénal lourd, et rien ne permettait d'affirmer que sa dangerosité avait diminué avec les diverses peines encourues. Il n'avait pas de formation professionnelle et n'avait jamais exercé d'emploi stable. L'appui de sa famille et de son entourage (famille et amie) en Suisse ne constituait pas une garantie suffisante d'amélioration, puisqu'il n'avait pas cessé de commettre des actes délictueux et ne s'était pas comporté de manière irréprochable en prison¹¹⁸. Le fait qu'il n'avait pas commis d'infraction entre 2007 et 2011 était sans pertinence pour le Tribunal fédéral. Les sanctions disciplinaires qui lui avaient été infligées durant sa détention avaient permis de conclure à l'existence d'une menace actuelle pour l'ordre public démontrant que, même au cours de l'exécution d'une peine privative de liberté, l'intéressé n'était pas parvenu à se conformer aux règles établies. Le risque de récidive ne pouvait donc pas être écarté et la mesure prise à son égard n'a pas été considérée disproportionnée. Le recours a donc été rejeté et son permis d'établissement révoqué.

¹¹⁵ Voir arrêts du Tribunal fédéral du 7 avril 2011, réf. 2C_908/2010, consid. 4.1, et du 17 mars 2009, réf. 2C_447/2008, consid. 5.3.

¹¹⁶ Arrêt du Tribunal fédéral du 15 novembre 2013, réf. 2C_579/2013.

¹¹⁷ Dans la période allant de 2002 à 2006 on peut noter des lésions corporelles simples, voies de fait, vol, vol en bande, tentative de vol en bande, brigandage, brigandage en bande, dommages à la propriété, escroquerie, extorsion, extorsion qualifiée, contrainte, séquestration, violation de domicile, incendie par négligence, violence ou menace contre les autorités et les fonctionnaires, faire évader des détenus, tentative de faire évader des détenus, vol d'usage d'un véhicule automobile, vol d'usage d'un cycle, conduite d'un véhicule automobile sans être titulaire du permis de conduire, infraction à la loi fédérale sur les armes, infractions diverses à la loi fédérale sur les stupéfiants, dont le transport et l'exportation de 2926 cachets d'ecstasy.

¹¹⁸ Arrêt du Tribunal fédéral du 15 novembre 2013, réf. 2C_579/2013, consid. 2.4.

e) ALCP et principe de non-discrimination en matière fiscale

Trois arrêts rendus en 2014 concernent le principe de non-discrimination en matière fiscale. Le premier arrêt concerne l'imposition à la source (i), le deuxième porte sur l'impôt fédéral direct et la prise en compte de charges liées à des immeubles sis à l'étranger (ii), et le troisième a trait à la déduction des cotisations du 3^e pilier A (iii).

i) Imposition à la source

L'arrêt rendu, le 29 janvier 2014¹¹⁹, porte sur l'impôt à la source imposé à un ressortissant de l'Union européenne. Il s'agissait d'un citoyen allemand qui avait déménagé au cours de l'année du canton de St-Gall au canton de Schwyz. N'ayant pas de permis d'établissement, il a été soumis à l'imposition à la source¹²⁰. Généralement, lorsqu'une personne change de domicile pendant la période fiscale, seul le canton où la personne a sa résidence à la fin de la période fiscale impose son taux¹²¹. La règle est différente en ce qui concerne le régime de l'impôt à la source. Conformément à l'article 38, alinéa 4, de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID)¹²², en cas de transfert du domicile ou de la résidence des personnes physiques imposables à l'intérieur de la Suisse, chaque canton exerce son droit d'imposition proportionnellement à la durée de l'assujettissement. Selon un arrêt du Tribunal fédéral, du 23 septembre 2013, cette façon de procéder a également été considérée pour la déclaration des frais supplémentaires déductibles à la fin de l'année civile¹²³. En l'espèce, la différence entre les contribuables soumis au régime de l'imposition à la source et ceux soumis au régime de l'imposition ordinaire, faisait perdre à l'intéressé environ CHF 120'000, compte tenu des taux d'imposition moins élevés à Schwyz qu'à St-Gall. La disposition en cause était, selon l'intéressé, contraire à l'article 2, ALCP et à l'article 9, annexe I.

Le Tribunal fédéral a commencé par souligner que le principe d'égalité de traitement découle de l'article 2 ALCP et de l'article 9, paragraphe 2, annexe I, ALCP lesquelles correspondent à des dispositions du droit de l'Union eu-

¹¹⁹ Arrêt du Tribunal fédéral du 29 janvier 2014, réf. 2C_490/2013.

¹²⁰ Art. 32, al. 1, loi fédérale du 14 décembre 1990, sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID), RS 641.24. Pour le droit cantonal, voir l'art.105 et ss Steuergesetz du canton de St-Gall, du 9.4.1998, (811.1); et l'art. 87 et ss du Schwyzersteuerbuch, Steuergesetz, du 9.2.2000 (21.10).

¹²¹ Art. 68, al. 1, LHID

¹²² *Op. cit.* note 68.

¹²³ Arrêt du Tribunal fédéral du 2 septembre 2013, réf. 2C_116+117/2013.

ropéenne¹²⁴. Il s'est ensuite référé à la jurisprudence de la Cour de justice¹²⁵, laquelle établit que les règles sur l'égalité de traitement prohibent non seulement les discriminations ostensibles fondées sur la nationalité (discriminations directes), mais aussi toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat (discriminations indirectes). Dans le domaine de la fiscalité directe, qui relève de la compétence des Etats membres, ceux-ci doivent s'abstenir de toute discrimination ostensible ou déguisée fondée sur la nationalité¹²⁶. Le Tribunal fédéral a aussi rappelé que la Suisse n'avait pas adhéré au marché intérieur de l'Union qui vise à lever tous les obstacles pour créer un espace de liberté de circulation totale analogue à celui offert par un marché national¹²⁷ et en a conclu, que l'interprétation donnée aux dispositions du droit de l'Union concernant le marché intérieur ne pouvait pas être automatiquement transposée à l'interprétation de l'accord bilatéral sauf dispositions expresses prévues par l'accord lui-même¹²⁸. Or, la notion d'« avantages fiscaux » de l'article 9, paragraphe 2, annexe I, ALCP, est une notion de droit de l'Union européenne¹²⁹, ancrée pour ce qui concerne la relation Suisse-Union européenne, dans le règlement n° 1612/68¹³⁰.

En l'espèce, la question concernait l'imposition à la source. Celle-ci est rattachée non pas à la nationalité mais au titre du permis de séjour. Les travailleurs étrangers qui, sans être au bénéfice d'un permis d'établissement, sont domiciliés ou en séjour en Suisse, quelle que soit leur nationalité, sont assujettis à un impôt perçu à la source sur le revenu de leur activité lucrative dépendante. Sans se prononcer sur la question de savoir s'il s'agissait en l'espèce d'une discrimination indirecte ou directe¹³¹, le Tribunal fédéral s'est référé à un arrêt qu'il avait rendu en 2010¹³², dans lequel il avait constaté une violation du principe d'égalité de traitement selon l'ALCP, lorsqu'un frontalier, résidant en France, réalisait plus de 90 % de son revenu en Suisse, était incapable de faire valoir certaines déductions¹³³. Suite à cet arrêt de 2010, la Conférence suisse des impôts avait

¹²⁴ Voir art. 45 et 49 TFUE.

¹²⁵ Art. 16, al. 2, ALCP.

¹²⁶ KADDOUS CHRISTINE/GRISEL DIANE, *Libre circulation des personnes et des services*, op. cit. note 56, p. 292 ss.

¹²⁷ Voir les arrêts CJUE, *Grimme* du 12 novembre 2009, aff. C-351/08, Rec. 2009, p. I-10777, pt 27, et *Hengartner et Gasser* du 15 juillet 2010, aff. C-70/09, Rec. 2010, p. I-7233, pt 41.

¹²⁸ Arrêt du Tribunal fédéral du 29 janvier 2014, réf. 2C_490/2013, consid. 4.4.

¹²⁹ En vertu de l'art. 16, par. 2, ALCP.

¹³⁰ Règlement n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, *JO L 257 du 19 octobre 1968*, p. 2.

¹³¹ Arrêt du Tribunal fédéral du 29 janvier 2014, réf. 2C_490/2013, consid. 4.6.

¹³² ATF 136 II 241.

¹³³ Voir pour plus de détails, KADDOUS CHRISTINE/TOBLER CHRISTA, *Droit européen : Suisse – Union européenne / Europarecht: Schweiz – Europäische Union*, 20 SZIER / RSDIE (2010), p. 628.

notamment admis que les ressortissants de l'Union européenne soumis à l'ALCP pouvaient demander à être mis au bénéfice d'une taxation ultérieure ordinaire (selon l'article 34, alinéa 2, LHID)¹³⁴. Le Tribunal fédéral a mentionné les conclusions de ladite Conférence et a considéré que la situation, en l'espèce, devait aussi être examinée à la lumière de l'article 21, paragraphe 3, ALCP. Cette dernière disposition permet d'adopter ou d'appliquer «une mesure destinée à assurer l'imposition, le paiement et le recouvrement effectif des impôts ou à éviter l'évasion fiscale conformément aux dispositions de la législation fiscale nationale d'une partie contractante ou aux accords visant à éviter la double imposition liant la Suisse, d'une part, et un ou plusieurs Etats membres de la Communauté européenne, d'autre part, ou d'autres arrangements fiscaux». Dès lors, un traitement différent qui se baserait sur ces objectifs pourrait être compatible avec l'ALCP¹³⁵. Comme l'article 21 ALCP ne se réfère pas à une notion de droit de l'Union européenne, le Tribunal fédéral précise que la jurisprudence de la Cour de justice n'a pas été prise en considération pour son interprétation¹³⁶.

Le Tribunal fédéral a souligné que l'imposition à la source était en principe compatible avec l'ALCP, compte tenu de la fonction de sécurisation de l'imposition des contribuables qui ne restaient en Suisse que pour une période limitée. Il a ajouté que cette interprétation était corroborée par le fait qu'il n'existe pas d'entraide administrative en matière d'imposition directe entre la Suisse et l'Union européenne, alors que la situation est différente à l'intérieur de l'Union européenne entre Etats membres¹³⁷. Les conséquences découlant du principe de sécurisation étaient donc compatibles avec l'ALCP en vertu de l'article 21, paragraphe 3, ALCP. Cependant, la fonction de sécurisation avait, en l'espèce, été assurée puisque l'impôt avait déjà été perçu pour toute l'année civile. Il convenait donc de déterminer si le désavantage fondé sur l'article 38, alinéa 4, LHID, subi par l'intéressé était une conséquence du système de l'imposition à la source. A cet égard, le Tribunal fédéral a souligné que l'article 38, alinéa 4, LHID avait pour objectif de faciliter l'administration fiscale. Le Tribunal fédéral a notamment conclu que la réglementation spéciale prévue à l'article 38, alinéa 4, LHID ne se justifiait pas par l'article 21, paragraphe 3, ALCP et qu'elle

¹³⁴ Conférence suisse des impôts, Analyse relative aux arrêts du Tribunal fédéral du 26 janvier 2010 et du 4 octobre 2010 et à l'arrêt du Tribunal administratif (NE) du 2 juin 2010, pt 5.1, <http://www.steuerkonferenz.ch/downloads/analyse_ag_biq_fpdf> .

¹³⁵ Arrêt du Tribunal fédéral du 29 janvier 2014, réf. 2C_490/2013, consid. 5.5.1.

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Ibid, consid. 5.5.2.

n'était pas requise par le système de l'imposition à la source. Elle constituait donc une discrimination incompatible avec l'ALCP¹³⁸.

ii) *Impôt fédéral direct et prise en compte charges liées à des immeubles sis à l'étranger*

Dans cet arrêt important, rendu le 23 janvier 2014¹³⁹, il s'agissait d'époux français, domiciliés dans le canton de Genève, où ceux-ci possèdent une villa. Ils ont également une résidence secondaire en France. Dans leur déclaration fiscale pour l'année 2008, les époux ont mentionné trois emprunts hypothécaires: le premier grevait l'immeuble situé dans le canton de Genève; les deux autres concernaient des travaux de rénovation de leur immeuble en France. L'Administration fiscale genevoise avait fixé les montants d'impôt dus par les contribuables pour la période en question, de sorte que l'impôt fédéral direct (IFD) ainsi que l'impôt cantonal et communal (ICC) avaient été calculés sur la base du revenu des époux et de leur fortune. Elle avait procédé, au titre du revenu, à une reprise du montant correspondant à un excédent de charges en relation avec l'immeuble situé en France, les revenus de celui-ci ne suffisant pas à couvrir les intérêts passifs. Cette façon de procéder a été confirmée par le tribunal cantonal. Ainsi, en vertu du droit interne, en particulier de l'article 6, alinéa 3, 3^e phrase, LFID¹⁴⁰, un excédent de charges liées aux immeubles sis à l'étranger ne pouvait être pris en considération lors de la détermination du revenu imposable, mais seulement lors du calcul du taux d'imposition. Il n'en allait pas différemment sur la base de l'ALCP.

Le Tribunal fédéral a examiné si la disposition de l'article 6, alinéa 3, 3^e phrase, LFID, violait le principe de la libre circulation des personnes et si elle était contraire à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. En excluant la déduction des pertes étrangères de l'assiette imposable en Suisse, les requérants avaient invoqué un nombre d'arrêts qui portent d'une part, sur la discrimination entre contribuables résidents et non-résidents en matière de fiscalité directe et d'autre part, sur les mesures fiscales indistinctement applicables susceptibles d'entraver la libre circulation des personnes.

Sur la question d'une éventuelle discrimination, la jurisprudence de la Cour de justice a considéré, de manière générale, que la situation des résidents et des non-résidents dans un Etat n'est pas comparable. Le revenu perçu sur le territoire d'un Etat par un non-résident ne constitue le plus souvent qu'une partie de son revenu global, centralisé au lieu de sa résidence, et sa capacité contributive

¹³⁸ Ibid, consid. 5.5.6.

¹³⁹ Arrêt du Tribunal fédéral du 23 janvier 2014, réf. 2C_960/2012 / 2C_961/2012.

¹⁴⁰ Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD), RS 642.11.

personnelle tenant compte de l'ensemble de ses revenus et de sa situation personnelle et familiale peut s'apprécier le plus aisément à l'endroit où il a le centre de ses intérêts personnels et patrimoniaux, qui correspond en général à sa résidence habituelle. Par conséquent, le fait pour un Etat membre de ne pas faire bénéficier un non-résident de certains avantages fiscaux qu'il accorde au résident n'est, en règle générale, pas discriminatoire, compte tenu des différences objectives entre la situation des résidents et celle des non-résidents. Il peut en revanche y avoir discrimination entre résidents et non-résidents si, nonobstant leur résidence dans des Etats membres différents, il est établi que, au regard de l'objet et du contenu des dispositions nationales en cause, les deux catégories de contribuables se trouvent dans une situation comparable¹⁴¹. Tel est le cas notamment lorsque, comme dans l'affaire *Schumacker*¹⁴², le non-résident tire l'essentiel de ses ressources imposables d'une activité exercée dans l'Etat d'emploi¹⁴³. Le fait que l'Etat d'emploi traite ces contribuables non-résidents différemment de personnes résidentes constitue alors une discrimination contraire à la libre circulation des travailleurs et à la liberté d'établissement¹⁴⁴. Or, dans le cas d'espèce, cette jurisprudence qui concerne le statut fiscal des non-résidents ne trouve pas à s'appliquer puisqu'il s'agissait d'époux qui avaient leur domicile fiscal en Suisse, pays dans lequel l'activité était aussi exercée¹⁴⁵.

Sur les mesures fiscales indistinctement applicables (ou entraves à la libre circulation), le Tribunal fédéral s'est référé à l'arrêt *Schwarz*¹⁴⁶, qui concernait une réglementation allemande permettant, à diverses conditions, aux contribuables résidents de déduire de l'assiette imposable certains frais d'écolage dans des établissements privés allemands, à l'exclusion de ceux encourus dans des écoles privées d'un autre Etat membre. Cette réglementation avait été jugée contraire à la libre prestation des services (d'enseignement), ainsi qu'à la liberté de circuler sur le territoire des Etats membres, droit dont les enfants font usage en se rendant dans un autre Etat membre pour y suivre un enseignement scolaire¹⁴⁷. Même si cette réglementation s'appliquait indépendamment de la nationalité des travailleurs, elle constituait une entrave à la libre circulation des personnes. Elle désavantageait les travailleurs qui avaient transféré leur domi-

¹⁴¹ ATF 136 II 241, consid. 13.2 et 13.3.

¹⁴² CJCE, arrêt *Schumacker* du 14 février 1995, aff. C-279/93, Rec. 1995 p. I-00225.

¹⁴³ Cette configuration est désignée de « situations Schumacker » : voir KADDOUS CHRISTINE/GRISEL DIANE, Libre circulation des personnes et des services, *op. cit.* note 104, p. 430.

¹⁴⁴ KADDOUS CHRISTINE/GRISEL DIANE, Libre circulation des personnes et des services, *op. cit.* note 104, p. 297 ss et 429 ss.

¹⁴⁵ Arrêt du Tribunal fédéral du 23 janvier 2014, réf. 2C_960/2012 / 2C_961/2012, consid. 7.1.2.

¹⁴⁶ CJCE, arrêt *Herbert et Marga Schwarz* du 11 septembre 2007, aff. C-76/05, Rec. 2007, p. I-6849.

¹⁴⁷ *Ibid.*, pts 67 et 90 ss et CJCE, arrêt *Commission contre Allemagne* du 11 septembre 2007, aff. C-318/05, Rec. 2007, p. I-6957, pts 115 ss.

cile en Allemagne ou qui y travaillaient et dont les enfants continuaient à fréquenter une école payante située dans un autre Etat membre. Elle était en outre susceptible de placer les ressortissants nationaux dans une position désavantageuse lorsque ceux-ci transféraient leur domicile dans un autre Etat membre¹⁴⁸. La Cour de justice avait alors considéré que le régime en question représentait une entrave à l'entrée (dans un Etat membre) et à la sortie, en limitant l'accès au marché du travail¹⁴⁹.

La notion de discrimination au sens de la jurisprudence comprend, outre les discriminations directes et indirectes, les restrictions indistinctement applicables de la libre circulation (ou entraves à la libre circulation). Ces dernières sont définies comme des mesures qui, applicables sans aucune distinction sur la base de la nationalité, sont susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice, par les ressortissants des Etats membres, des libertés fondamentales garanties par le traité¹⁵⁰. Dans le domaine de la fiscalité, ces entraves consistent notamment en des restrictions à la sortie d'un Etat membre ou, à l'entrée et à la sortie¹⁵¹. Au demeurant, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne considère les restrictions indistinctement applicables compatibles avec le traité lorsqu'elles remplissent quatre conditions: elles doivent s'appliquer de manière non discriminatoire, être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général, être propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ledit objectif¹⁵². Le Tribunal fédéral n'a pas tranché de façon définitive la question de savoir si les restrictions indistinctement applicables à la libre circulation tombaient sous le coup de l'interdiction des discriminations au sens de l'article 2, ALCP et si elles étaient prohibées par cette disposition¹⁵³.

En l'occurrence et sous l'angle de la libre circulation, l'article 6, alinéas 1 et 3, LIFD n'avait pas pour objet de conditionner l'accès au marché du travail. Il s'agissait d'une réglementation qui limite la compétence de la Suisse d'imposer, dans le cadre d'un assujettissement illimité, le rendement d'immeubles situés à l'étranger. Corrélativement, selon le Tribunal fédéral, lesdites règles empêchent de déduire un excédent d'intérêts passifs de l'assiette de l'impôt dû en Suisse. Il n'y avait pas lieu de voir en cela une entrave à la libre circulation des personnes,

¹⁴⁸ CJCE, arrêt *Commission contre Allemagne* du 11 septembre 2007, aff. C-318/05, Rec. 2007, p I-6957, pts 115 ss.

¹⁴⁹ KADDOUS CHRISTINE/ GRISEL DIANE, *Libre circulation des personnes et des services*, op. cit. note 104, p. 266.

¹⁵⁰ Ibid, p. 251.

¹⁵¹ Ibid, p. 266.

¹⁵² Voir notamment, MAIER JULIAN, *Die steuerlichen Implikationen der Mobilitätsgarantien des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU*, 2013, p. 189.

¹⁵³ ATF 133 V 33.

en ce sens que des contribuables établis dans un Etat membre de l'Union européenne où ils posséderaient une résidence secondaire seraient dissuadés de venir s'établir en Suisse du fait que cela les priverait de la possibilité de déduire de leurs revenus un éventuel rendement négatif de cet immeuble. La réglementation en cause serait en effet à l'avantage des contribuables, lorsque le rendement immobilier est positif. Dans ce cas, le revenu de l'immeuble sis à l'étranger ne serait pas ajouté aux autres revenus imposables en Suisse, ce qui serait plus favorable en raison de la progressivité de l'impôt. En conclusion, le régime en question ne constituait donc pas une entrave à la libre circulation et il n'était pas nécessaire de trancher le point de savoir si de telles restrictions étaient de manière générale prohibées par l'ALCP.

iii) Déduction des cotisations du 3^e pilier A

L'arrêt du 23 juin 2014¹⁵⁴ portait sur le cas d'une personne, domiciliée en Suisse mais qui travaille en France pour une entreprise allemande. Elle payait les cotisations pour l'assurance-chômage et pour l'assurance-invalidité en Allemagne et n'était donc pas assujettie à l'AVS en Suisse. Néanmoins, cette personne cotisait au 3^e pilier A. Dans sa déclaration fiscale couvrant les années 2005 et 2006, elle avait déduit les montants cotisés durant ces années. L'office cantonal compétent n'a pas accepté cette déduction en raison du fait que l'intéressé n'avait pas le droit de constituer un 3^e pilier A et qu'il ne pouvait, par conséquent, pas déduire les montants en cause. Dans le recours, l'intéressé a invoqué deux arguments. Premièrement, la non-prise en compte des cotisations versées en Allemagne afin de lui accorder le droit de cotiser au 3^e pilier A serait contraire à l'article 8, ALCP relatif à la coordination des systèmes de sécurité sociale. Selon l'article 1, annexe II, ALCP, les parties sont convenues d'appliquer les actes du droit de l'Union européenne auxquels il est fait référence dans ladite annexe ou des règles équivalentes à ceux-ci. Pour le Tribunal fédéral, il convenait d'examiner si la réglementation relative au 3^e pilier A entraînait dans le système de sécurité sociale. Il a souligné que l'ALCP prévoyait une coordination des systèmes de sécurité sociale nationaux qui devaient être distingués de la prévoyance complémentaire de la retraite en vertu de la directive 98/49¹⁵⁵. Pour la prévoyance professionnelle, seules les cotisations obligatoires entrent dans la définition¹⁵⁶. Dès lors, le 3^e pilier A ne fait pas partie du système de sécurité sociale suisse et ne constitue pas un régime de prévoyance complémen-

¹⁵⁴ Arrêt du Tribunal fédéral du 23 juin 2014, réf. 2C_348/2013, 2C_349/2013.

¹⁵⁵ Directive 98/49 du Conseil, du 29 juin 1998, relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire des travailleurs salariés et non-salariés qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, JO L 209 du 25. 7. 98, p. 46.

¹⁵⁶ Arrêt du Tribunal fédéral du 23 juin 2014, réf. 2C_348/2013, 2C_349/2013, consid. 6.4.

taire de la retraite puisqu'il s'agit d'une prévoyance individuelle. Il ne fait donc pas non plus partie du système de sécurité sociale selon l'ALCP.

Deuxièmement, le requérant avait invoqué une violation du principe de non-discrimination, inscrit à l'article 9, paragraphe 2, annexe I, ALCP. Les alinéas 1 et 2 de cette disposition correspondent au contenu de l'article 45 du traité FUE. En droit de l'Union européenne, ces prérogatives s'appliquent uniquement aux travailleurs¹⁵⁷. Ainsi, l'article 9, annexe I, ALCP, ne s'applique pas à une personne qui réside en Suisse sans exercer une activité lucrative en vertu de l'article 24, paragraphe 1, annexe I, ALCP, ce qui était le cas du requérant. Subsidiairement, le Tribunal fédéral a examiné si une violation basée sur la disposition générale de l'article 2 ALCP entrait en ligne de compte. En l'espèce, il ne pouvait pas y avoir de discrimination directe basée sur la nationalité puisqu'afin de pouvoir bénéficier d'une déduction des cotisations du 3^e pilier A, il faut être soumis à l'obligation de cotiser à l'AVS et cette condition est indépendante de la nationalité de la personne assurée. S'agissant d'une éventuelle discrimination indirecte, la question était celle de savoir si le fait de ne pas pouvoir déduire les cotisations du 3^e pilier A constituait une discrimination dans les faits. Comme l'assujettissement à l'AVS se fait selon le principe du lieu du travail, le critère est neutre puisqu'un ressortissant suisse travaillant à l'étranger mais domicilié en Suisse serait soumis à la même réglementation¹⁵⁸. Aucune discrimination n'entrait donc en ligne de compte et le recours a été rejeté. N'étant pas assujéti à l'AVS, l'intéressé ne pouvait pas constituer une prévoyance individuelle liée sous forme de 3^e pilier A et ne pouvait par conséquent pas déduire de cotisation à ce titre en Suisse.

2. Accord de libre-échange de 1972

Dans un arrêt important, rendu le 25 mars 2014¹⁵⁹, le Tribunal fédéral a examiné la notion de « produit originaire » au sens de l'accord de libre-échange et de son protocole additionnel n° 3¹⁶⁰. Le cas concernait une entreprise suisse active dans le nettoyage et le reconditionnement de toutes sortes d'emballages, dont des tonneaux pour lesquels un traitement spécial était nécessaire afin de permettre leur réutilisation ultérieure. A cette fin, lesdits tonneaux étaient exportés en Allemagne où ils subissaient ce « reconditionnement ». Après traitement, ils étaient réexpédiés en Suisse. En décembre 2010, le Hauptzollamt de Münster a

¹⁵⁷ CJCE, arrêt *Orfanopoulos* du 29 avril 2004, aff. jtes C-482/01 et 431/01, Rec. 2004, p. I-5257, pt 49.

¹⁵⁸ Arrêt du Tribunal fédéral du 23 juin 2014, réf. 2C_348/2013, 2C_349/2013, consid. 6.4.

¹⁵⁹ Arrêt du Tribunal fédéral du 25 mars 2014, réf. 2C_907/2013.

¹⁶⁰ Protocole n° 3 relatif à la définition de la notion de « produits originaires » et aux méthodes de coopération administrative de l'accord du 15 décembre 2005, RS 0.632.401.3.

demandé à l'Office des douanes de Schaffhouse de bien vouloir vérifier l'origine des tonneaux. L'entreprise suisse a fourni des factures *pro forma* avec une « déclaration sur facture » sur l'origine du produit. L'Office des douanes a constaté que sur 134 tonneaux, 133 n'avaient pas de preuve d'origine valable. En conséquence, ces tonneaux ne pouvaient pas être considérés comme des produits originaires de Suisse et devaient dès lors être assujettis aux droits de douane. L'entreprise suisse s'y était opposée et dans le recours devant le Tribunal fédéral, la question était de savoir si les tonneaux en cause, pouvaient être qualifiés de « produit originaire » suisse au sens du protocole n°3 en vue de leur exportation vers l'Allemagne. Si tel devait être le cas, ils seraient exemptés des droits de douane sur la base de l'accord de libre-échange de 1972. Il convenait dès lors d'examiner si lesdits tonneaux avaient été « entièrement obtenus » en Suisse au sens de l'article 2, du protocole n°3. L'entreprise suisse s'était prévalu de l'article 5, lettre h, du protocole, en vertu duquel sont considérés comme entièrement obtenus dans l'Union européenne ou en Suisse « les articles usagés ne pouvant servir qu'à la récupération des matières premières, y compris les pneumatiques usagés ne pouvant servir qu'au rechapage ou ne pouvant être utilisés que comme déchets ».

Le Tribunal fédéral a rappelé que l'article 11 de l'accord de libre-échange précise que le protocole n° 3 détermine les règles d'origine. Les produits originaires de Suisse bénéficient des dispositions de l'accord de libre-échange sur présentation des preuves d'origine, lesquelles sont typiquement des certificats de circulation des marchandises « EUR.1 » ou « EUR-MED »¹⁶¹, mais aussi des « déclarations sur facture », établies par l'exportateur sur facture, bon de livraison ou tout autre document commercial, décrivant les produits concernés d'une manière suffisamment détaillée pour pouvoir les identifier, suffisent le cas échéant également¹⁶². Dans la pratique lors de l'exportation, les offices des douanes se contentent de vérifier formellement les documents sans entamer un contrôle matériel de la marchandise¹⁶³. Les offices de douane du pays importateur sont tenus d'accepter les preuves d'origine¹⁶⁴. Ils peuvent toutefois demander un contrôle des preuves de l'origine des produits aux autorités de l'Etat exportateur¹⁶⁵. Cet examen est régi pour le droit de l'Etat requis, l'Etat requérant est par la suite aussi tenu d'accepter la qualification finale. Des preuves quant à

¹⁶¹ Art. 16, par. 1, protocole n° 3.

¹⁶² Art. 16, par. 2, protocole n° 3.

¹⁶³ Arrêt du Tribunal fédéral du 19 novembre 2007, réf. 2C_355/2007.

¹⁶⁴ Arrêt du Tribunal fédéral du 25 mars 2014, réf. 2C_907/2013, consid. 2.2.5

¹⁶⁵ Voir art. 33, par. 1, protocole n°3.

l'authenticité des certificats d'origine sont en principe seulement nécessaires dans cette procédure de r  examen¹⁶⁶.

Le Tribunal fédéral a rappelé sa jurisprudence constante, selon laquelle il considère l'accord de libre-échange comme un accord purement commercial, qui ne vise pas la création d'un marché intérieur mais seulement une zone de libre-  change¹⁶⁷. Il a considéré que les dispositions dudit accord s'interprètent et s'appliquent de manière autonome et que les principes d'interprétation de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969¹⁶⁸ sont applicables. Il a toutefois souligné que le droit de l'Union européenne et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne pouvaient être utiles dans ce contexte¹⁶⁹.

En l'espèce, la disposition au cœur de l'analyse était l'article 5, paragraphe 1, protocole né 3, relative aux produits originaires, pour déterminer si les tonneaux en cause entraient dans la qualification d'« articles usagés » selon la lettre h de ladite disposition et pouvaient, par conséquent, être considérés comme « entièrement produits » en Suisse. Le Tribunal fédéral a d'abord souligné qu'« entièrement produit » en Suisse signifiait qu'aucun produit de départ, provenant d'un Etat tiers, n'avait été utilisé afin de produire le produit en cause¹⁷⁰. Il s'est ensuite référé, pour la qualification d'articles usagés, au règlement né 2913/92¹⁷¹ qui traite également d'articles usagés, et pour lesquels la doctrine a proposé que seules les marchandises qui ne servent plus à remplir leur fonction du départ pouvaient être considérées comme tels. Le simple fait, qu'elles aient été usées et usagées ne suffisait pas¹⁷². Ainsi, le Tribunal fédéral a considéré que le reconditionnement en Allemagne permettait de réutiliser les tonneaux dans leur fonction d'origine. Ils n'entraient donc pas dans la définition de la lettre h de l'article 5 du protocole né 3 et devaient donc être assujettis aux droits de douane.

3. Accord d'association de la Suisse    Dublin

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer sur l'applicabilité de l'accord d'association à Dublin à trois reprises. En vertu de l'article 1^{er} de cet accord

¹⁶⁶ Ibid. Et arrêt du Tribunal fédéral du 25 mars 2014, réf. 2C_907/2013.

¹⁶⁷ Arrêt du Tribunal fédéral du 25 mars 2014, réf. 2C_907/2013, consid. 2.2.6.

¹⁶⁸ Convention de Vienne sur le droit des traités, du 23 mai 1969, RS 0.111.

¹⁶⁹ Ibid, consid. 2.2.6. et 2.2.7.

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ Règlement né 2913/92 du Conseil, du 12 octobre 1992, établissant le code des douanes communautaire, JO L 302 du 19.10.1992, p. 1, qui a été refondu dans le règlement né 952/2013 du Parlement européen et du Conseil, du 9 octobre 2013, établissant le code des douanes de l'Union, JO L 269, 10.10.2013, p. 1.

¹⁷² PRIESS HANS JOACHIM, in Peter Witte (  d.): *Zollkodex*, 3^e   d., 2002, N 22 article 23.

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, le règlement de Dublin¹⁷³ est appliqué dans les relations entre la Suisse et les Etats membres de l'Union européenne. Ce règlement 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. Il vise donc en premier lieu à régler la compétence en matière d'asile.

Deux des arrêts rendus concernent des requérants d'asile qui ont introduit un recours contre une décision de détention en vue du renvoi ou de l'expulsion du territoire suisse. Dans l'arrêt du 11 novembre 2013¹⁷⁴, le Tribunal fédéral a jugé le cas d'un ressortissant marocain qui avait demandé l'asile en Suisse alors qu'il avait auparavant demandé asile en Hongrie. En vertu de l'accord d'association, l'Etat responsable de la demande d'asile était la Hongrie dans ce cas de figure. La Suisse avait ainsi le droit de renvoyer le demandeur d'asile en vertu de l'article 16, paragraphe 1, lettre c¹⁷⁵. L'office compétent du canton d'Argovie avait considéré que le renvoi devait être organisé sur la base de la décision de renvoi prise en août 2013. Or, le demandeur d'asile avait réussi à s'enfuir en Allemagne. La police l'avait arrêté et renvoyé en Suisse. Les autorités suisses l'avaient ensuite emprisonné en vue de son renvoi. Le Tribunal fédéral devait, en l'espèce, déterminer si la décision de renvoi pouvait être considérée comme exécutée avec le départ du requérant vers l'Allemagne ou s'il fallait considérer que le renvoi ne pouvait être exécuté que par le transfert vers l'Etat responsable du traitement de la demande d'asile, soit la Hongrie en l'occurrence.

Le Tribunal fédéral a considéré que l'article 19, paragraphe 1, du règlement de Dublin signifiait que l'Etat où une demande d'asile a été introduite pour la deuxième fois est d'une part, tenu notifier au requérant qu'il ne va pas examiner sa demande, et d'autre part, qu'il a l'obligation de le transférer vers l'Etat membre responsable. Si les autorités compétentes décident qu'un renvoi doit être organisé par les autorités, celui-ci est réputé exécuté lorsque l'Etat responsable a effectivement confirmé l'arrivée du demandeur d'asile. En l'espèce, le renvoi n'avait donc pas été exécuté, au sens de l'accord, par le départ du requérant en Allemagne.

¹⁷³ Règlement n° 343/2003 du Conseil (Règlement Dublin II) du 18 février 2003, JO L 50, du 25.2.2003, p. 1.

¹⁷⁴ Arrêt du Tribunal fédéral du 11 novembre 2013, réf. 2C_861/2013.

¹⁷⁵ La disposition prévoit que «l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile en vertu du présent règlement est tenu de reprendre en charge, dans les conditions prévues à l'article 20, le demandeur d'asile dont la demande est en cours d'examen et qui se trouve, sans en avoir reçu la permission, sur le territoire d'un autre Etat membre».

Le deuxième arrêt, rendu le 21 janvier 2014¹⁷⁶, concernait un ressortissant tunisien qui avait fait l'objet d'un renvoi, en novembre 2013, vers l'Etat responsable conformément à l'accord d'association à Dublin. A la différence de l'arrêt précédent, la décision de renvoi avait été exécutée, car les autorités de l'Etat responsable, en l'espèce l'Allemagne, avaient notifié l'arrivée du demandeur d'asile. Nonobstant, l'intéressé était revenu en Suisse en demandant à nouveau l'asile. Quelques jours plus tard, il a été mis en détention en vue de son renvoi. Le requérant contestait le fondement juridique de cette détention, dans la mesure où il n'y avait pas encore de nouvelle décision quant à son nouveau renvoi et que l'ancienne décision ne pouvait pas servir de fondement dans la mesure où elle avait été déjà exécutée.

En l'espèce, le Tribunal fédéral a confirmé que la première décision ne pouvait pas constituer le fondement de la décision de détention¹⁷⁷. Il convenait toutefois d'examiner si les conditions pour une détention étaient satisfaites pendant que la décision sur révision de la demande d'asile de l'intéressé était pendante. En vertu de l'article 75, alinéa 1, lettre c, LETr¹⁷⁸, une personne peut être mise en détention pendant la préparation de la décision sur le séjour si cette personne « franchit la frontière malgré une interdiction d'entrer en Suisse et ne peut pas être renvoyée immédiatement ». En l'espèce, le demandeur d'asile était entré en Suisse illégalement et n'avait pas pu être renvoyé directement. Se référant à la directive 2008/115¹⁷⁹ et à l'arrêt *Aslan*¹⁸⁰, le Tribunal fédéral a rappelé que le système de Dublin avait pour objectif qu'une demande d'asile ne pouvait être examinée qu'une fois et que tout « forum shopping » devait être évité. L'intéressé semblait considérer être mieux traité en Suisse qu'en Allemagne. Rien dans le dossier ne permettait toutefois de soutenir l'existence de défauts structurels dans le régime allemand d'asile qui aurait pu constituer le fondement d'une compétence exceptionnelle de la Suisse¹⁸¹. Dès lors, la détention a été jugée fondée dans l'attente d'un nouveau renvoi.

Un troisième arrêt¹⁸² a été rendu dans le domaine de l'application de l'accord de Dublin mais portait sur la question de l'aide sociale. Il s'agissait d'un ressortissant étranger qui avait déposé pour la deuxième fois une demande d'asile en Suisse. En janvier 2012, l'Office fédéral des migrations (ODM) avait prononcé

¹⁷⁶ Arrêt du Tribunal fédéral du 21 janvier 2014, réf. 2C_1223/2013.

¹⁷⁷ Ibid, consid. 1.5.

¹⁷⁸ *Op. cit.* note 21.

¹⁷⁹ Directive 2008/115 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO L 348 du 24.12.2008, p. 98.

¹⁸⁰ CJUE, arrêt *Aslan* du 30 mai 2013, aff. C-534/11, non encore publié au Recueil.

¹⁸¹ CJUE, arrêt *Puid* du 14 novembre 2013, aff. C-4/11, non encore publié au Recueil.

¹⁸² Arrêt du Tribunal fédéral du 11 mars 2014, réf. 8C_221/2013.

une décision de non-entrée en matière, en ordonnant le renvoi de l'intéressé en Italie, où son droit d'asile devait être examiné en vertu de l'accord de Dublin, et avait ordonné l'exécution de cette mesure. L'intéressé ne s'était pas opposé à cette décision mais s'était opposé à une décision dont l'objet était le refus de son transfert d'un hébergement de protection civile vers un logement individuel. Il se plaignait d'être hébergé depuis plusieurs mois dans un abri de protection civile, qui est un lieu impropre à mener une vie conforme à la dignité humaine. Il avait invoqué le droit à la protection de la dignité humaine consacrée aux articles 7 et 12 de la Constitution suisse, ainsi que les garanties des articles 3 et 8 CEDH. Le recourant a aussi fait valoir qu'il avait droit, au même traitement que les requérants d'asile, à savoir le bénéfice de l'aide sociale dans la mesure où il se trouvait en procédure de renvoi. Il a invoqué la directive 2003/9¹⁸³ qui prévoit des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres. Il s'est également prévalu de l'arrêt de la Cour de justice rendu dans l'affaire *Cimade et Groupe d'information et de soutien des immigrés (GIS-TI)*¹⁸⁴.

Le Tribunal fédéral a rappelé le contenu de la directive 2003/9, qui fixe notamment des normes minimales concernant les conditions matérielles des demandeurs d'asile, à savoir la nourriture, l'habillement et les soins médicaux nécessaires. Il a aussi fait référence à la jurisprudence de la Cour de justice, invoquée par le recourant, selon laquelle un Etat membre saisi d'une demande d'asile était tenu d'accorder les conditions minimales d'accueil des demandeurs d'asile établies par la directive, même à un demandeur d'asile pour lequel cet Etat décidait, en application du règlement n° 343/2003, de requérir un autre Etat membre aux fins de prendre en charge ou de reprendre en charge ce demandeur en tant qu'Etat membre responsable de l'examen de sa demande d'asile. Il a aussi précisé que la Cour de justice avait admis 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'accueil¹⁸⁵.

Cela étant, le Tribunal fédéral, se référant à la réponse apportée par le Conseil fédéral à l'interpellation de la conseillère nationale Amarelle selon laquelle la directive 2003/9 ne ferait pas partie de l'acquis de Dublin, a considéré qu'il n'y avait pas lieu de préciser la portée exacte de cette directive et de la jurisprudence y relative. Il a toutefois précisé qu'il n'apparaissait pas que la directive 2003/9 ouvrait un droit à des prestations plus étendues que les prestations mi-

¹⁸³ 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.

¹⁸⁴ CJUE, arrêt *Cimade et Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI)* du 27 septembre 2012, aff. C-179/11, non encore publié au Recueil.

¹⁸⁵ Arrêt du Tribunal fédéral du 11 mars 2014, réf. 8C_221/2013, consid. 6.2.

nimales garanties par l'article 12 de la Constitution suisse. Dans ce contexte, il a noté que la directive 2003/9 prévoyait que les conditions d'accueil matérielles pouvaient être fournies en nature ou sous la forme d'allocations financières ou de bons ou en combinant ces formules¹⁸⁶, que le logement pouvait être fourni dans des centres d'hébergement¹⁸⁷, à entendre comme hébergement collectif et non un droit à un logement individuel. Il a en outre ajouté que la directive réservait la possibilité de fixer des modalités matérielles d'accueil différentes de celles qui étaient prévues lorsque les capacités de logement normalement disponibles étaient temporairement épuisées¹⁸⁸, ce qui était le cas en l'espèce. Se basant sur ces différents éléments, le Tribunal fédéral a rejeté le recours.

4. Accord sur le transport aérien de 1999

Deux affaires ont donné l'occasion au Tribunal fédéral de se prononcer sur l'accord relatif au transport aérien de 1999, dont une seule est commentée dans la présente chronique.

L'arrêt du 8 août 2013¹⁸⁹ concernait une société – Swiss pour ne pas la nommer – qui ne respectait pas les règles en matière de « Aircraft Security Search » et de « Aircraft Protection ». L'Office fédéral de l'aviation civile (OFAC), en sa qualité d'autorité de surveillance, avait mené des inspections sur la sûreté des aéronefs, en particulier sur la fouille et la protection des appareils quel que soit l'endroit où ils sont stationnés. Ces inspections ont révélé des résultats insatisfaisants qui semblaient ne pas pouvoir être améliorés. Dans ces conditions, l'OFAC a pris une décision contraignante à l'égard de la société afin de l'obliger à se conformer immédiatement aux exigences de sécurité contenues notamment dans la loi fédérale de l'aviation (LA)¹⁹⁰ et dans le règlement n° 185/2010¹⁹¹. La société a fait recours contre cette décision.

Le Tribunal fédéral a commencé par rappeler que l'accord sur le transport aérien, conclu entre la Suisse et l'Union européenne, intégrait la Suisse dans le système de la réglementation européenne en matière de transport aérien¹⁹² et qu'il constituait un accord d'intégration partielle. Sur cette base, les règlements

¹⁸⁶ Art. 13, par. 5, directive 2003/9.

¹⁸⁷ Art. 14, par. 1, let. b, directive 2003/9.

¹⁸⁸ Art. 14, par. 8, directive 2003/9.

¹⁸⁹ Arrêt du Tribunal fédéral du 8 août 2013, réf. 2C_950/2012. L'autre affaire est l'arrêt du Tribunal fédéral du 13 novembre 2013, réf. 2C_391/2013.

¹⁹⁰ Loi fédérale du 21 décembre 1948 de l'aviation (LA), RS 748.0.

¹⁹¹ Règlement n° 185/2010 de la Commission, du 4 mars 2010, fixant des mesures détaillées pour la mise en œuvre des normes de base communes dans le domaine de la sûreté de l'aviation civile, JO L 55 du 5.3.2010, p. 1.

¹⁹² ATF 138 II 42, consid. 2.1.

et directives mentionnés dans l'annexe à l'accord s'appliquaient également en Suisse dans les conditions mentionnées dans l'accord¹⁹³. Il s'avère qu'une partie importante de la réglementation européenne porte sur la sécurité aérienne, laquelle est principalement contenue dans le règlement n° 300/2008¹⁹⁴. Le règlement n° 185/2010, quant à lui, porte sur les mesures de mise en œuvre des principes de base en matière de sûreté aérienne. Cela étant, le Tribunal fédéral s'est référé au système moniste en Suisse, et a affirmé que le droit dérivé de l'Union européenne de mise en œuvre de l'accord vaut en tant que droit suisse lorsqu'il ne requiert pas d'actes de transposition. Il a ajouté que, dans la mesure où le droit dérivé de l'Union européenne est « self-executing », il est aussi directement applicable en Suisse¹⁹⁵.

En l'espèce, la société contestait la compétence de l'OFAC d'émettre des actes relatifs à la sécurité aérienne. Le Tribunal fédéral a souligné à cet égard que la manière de procéder de l'OFAC était parfaitement conforme aux règlements n° 300/2008 et n° 185/2010, puisqu'en vertu de ceux-ci, chaque Etat membre élaborait, appliquait et maintenait un programme national de contrôle de la qualité de la sécurité. Un tel programme permettait à l'Etat de contrôler la sûreté de l'aviation civile afin de veiller au respect tant du règlement que de son programme national de sûreté de l'aviation civile¹⁹⁶. Or, le droit suisse prévoit que l'OFAC est l'autorité compétente en Suisse¹⁹⁷. Celle-ci avait donc bien la compétence de décider les mesures qui devaient être prises par Swiss en vue de se conformer aux exigences de sécurité. L'OFAC n'a pas outrepassé ses compétences puisqu'elle n'avait pas dicté les modalités de mise en œuvre, laissées à l'appréciation de la société¹⁹⁸. En revanche, le Tribunal fédéral a partiellement admis le recours de la société, dans la mesure où la menace de sanctions pénales, en particulier le paiement d'une amende de la somme de CHF 20'000.–, a été considérée comme disproportionnée. Le Tribunal fédéral a donc accueilli cet argument et a jugé que la décision de l'OFAC devait être modifiée sur ce point en accordant un délai de trois mois à la société pour s'exécuter et en formulant une amende qui pourrait aller jusqu'à CHF 20'000.– en cas de non-exécution¹⁹⁹.

¹⁹³ Art. 1, par. 2, accord sur le transport aérien.

¹⁹⁴ Règlement n° 300/2008 du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 2008, relatif à l'instauration de règles communes dans le domaine de la sûreté de l'aviation civile et abrogeant le règlement n° 2320/2002, L 97 du 9.4.2008, p. 72.

¹⁹⁵ Arrêt du Tribunal fédéral du 8 août 2013, réf. 2C_950/2012, consid. 2.2.

¹⁹⁶ Art. 11, par. 1., règlement n° 300/2008.

¹⁹⁷ Art. 122c, al. 3, ordonnance du 14 novembre 1973 sur l'aviation (OSAv), RS 748.01.

¹⁹⁸ Ibid, consid. 5. 2.

¹⁹⁹ Ibid, consid. 6.1-6.5.