

Libre circulation des personnes et des services

Astrid Epiney*/Robert Mosters*

En collaboration avec Nathalie Schneider et Julien Gander

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney/Robert Mosters, Droit européen. La libre circulation des personnes et des services / Europarecht. Personenfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit, in: Fiches Juridiques Suisses, Fiche No 94, 35 S., juin 2003. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript Abweichungen enthält.

I. Introduction

- A. Aperçu
- B. Quelques observations générales

II. Libre circulation des services (art. 49 ss TCE)

- A. Champ d'application
 - 1) Ratione personnae
 - 2) Ratione materiae : la notion de « service »
 - 3) Exceptions
- B. Atteinte à la libre circulation des services
 - 1) Interdiction des discriminations
 - 2) Interdiction d'entraves
- C. Motifs justificatifs à l'atteinte
 - 1) Limites expresses
 - 2) Limites non écrites
 - 3) Proportionnalité

III. Droit d'établissement (art. 43 ss TCE)

- A. Champ d'application
 - 1) Ratione personnae
 - 2) Ratione materiae : la notion de « service »
 - 3) Exceptions
- B. Atteinte au droit d'établissement
- C. Motifs justificatifs à l'atteinte

IV. Libre circulation des travailleurs (art. 39 ss TCE)

- A. Champ d'application
 - 1) Ratione personnae
 - 2) Ratione materiae : la notion de « service »

* Dr. iur., LL.M., Professeure à l'Université de Fribourg, Directrice chargée de l'administration de l'Institut de droit européen des Universités de Berne, Neuchâtel et Fribourg.

* Rechtsassessor, LL.M., collaborateur scientifique à l'Université de Fribourg et à l'Institut de droit européen des Universités de Berne, Neuchâtel et Fribourg.

- 3) Exceptions
- B. Atteinte à la libre circulation des travailleurs
- C. Motifs justificatifs à l'atteinte
 - 1) Limites expresses
 - 2) Limites non écrites
 - 3) Proportionnalité

V. L'accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et la Communauté européenne

- A. Aperçu
- B. Objectifs et champ d'application de l'accord
- C. Nature et effets juridiques de l'accord
- D. Interprétation de l'accord
- E. Introduction par étapes de la libre circulation des personnes
- F. Aperçu des droits garantis
 - 1) Libre circulation des travailleurs
 - 2) Liberté d'établissement et libre prestation de service
 - 3) Les personnes sans activité lucrative et les membres de la famille
 - 4) Acquisition d'immeubles
 - 5) Sécurité sociale
 - 6) Reconnaissance des diplômes
- G. Comité mixte

Bibliographie générale

A. Libre circulation des personnes et des services en droit communautaire

Beutler, Bengt/Bieber, Roland/Pipkorn, Jörn/Streil, Jochen, Die Europäische Union. Rechtsordnung und Politik, 5^{ème} éd., rédigé par Roland Bieber, Astrid Epiney, Marcel Haag et Bengt Beutler, Nomos, Baden-Baden 2001.

Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (éd), Kommentar EUV/EGV, 2^{ème} éd., Luchterhand, Neuwied/Kriftel 2002.

Druesne, Gérard, Droit et Politiques de la Communauté et de l'Union européennes, 5^{ème} éd., PUF/Paris 1998.

Dubouis, Louis/Blumann, Claude, Droit communautaire matériel, Montchrestien, 2^{ème} éd., Paris 2001.

Ehlers, Dirk (éd.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, de Gruyter, Berlin/New York 2002.

B. Accord sur la libre circulation des personnes Suisse - CE

Breitenmoser, Stephan/Isler, Michael, Der Rechtsschutz im Personenfreizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EG sowie den EU-Mitgliedstaaten, AJP/PJA 2002, pp. 1003-1021.

Cottier, Thomas/Oesch, Matthias (éd), Die sektoriellen Abkommen Schweiz - EG, Stämpfli, Berne 2002.

Felder, Daniel/Kaddous, Christine (éd), Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires), Helbing und Lichtenhahn, Bâle/Genève/Munich 2001.

Kahil-Wolff, Bettina/Mosters, Robert, Das Abkommen über die Freizügigkeit EG-Schweiz, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2001, pp. 5-10.

Schaffhauser René/Schürer Christian (éd), Die Durchführung des Abkommens EU/CH über die Personenfreizügigkeit (Teil Soziale Sicherheit) in der Schweiz, Referate der Tagung vom 29. November 2000 in Luzern, IRP-HSG, Band 1, St-Gall 2001.

Thürer, Daniel/Weber Rolf H./Zäch, Roger (éd), Bilaterale Verträge Schweiz-EG - Ein Handbuch, Schulthess, Zurich 2002.

I. Introduction

A. Aperçu

La libre circulation des personnes et des services fait partie des **libertés fondamentales** du Traité CE et représentent – en tant que partie intégrante du marché commun (art. 2 TCE) – un point essentiel du droit et des activités communautaires, ainsi qu’un élément important de l’ordre économique en droit européen. Ainsi nous traiterons exclusivement des aspects de la libre circulation des personnes qui concernent le droit de séjour permanent ou provisoire dans un autre Etat membre ou l’apport de services dans un autre Etat membre, soit la libre prestation des services (aussi appelée libre circulation des services) à l’art. 49 ss (II.), le droit (ou liberté) d’établissement à l’art. 43 ss (III.) et la libre circulation des travailleurs à l’art. 39 ss TCE (IV.). Nous présenterons également en *ex cursus* l’Accord sur la libre circulation des personnes entre la CE, respectivement ses Etats membres, et la Suisse (V.). Il faut encore souligner que cette contribution se limite aux libertés fondamentales précitées, alors que d’autres thèmes – souvent mentionnés en relation avec la libre circulation des personnes – tels que la citoyenneté européenne (art. 17 ss TCE) et le Titre IV TCE¹ ne seront pas traités. La réglementation secondaire que la Communauté a édictée dans l’optique de la réalisation effective des libertés fondamentales (notamment la reconnaissance des diplômes et la coordination des régimes de sécurité sociale) n’est pas non plus objet de la présente contribution, bien que partiellement reprise dans l’Accord sur la libre circulation des personnes entre la CE, respectivement ses Etats membres, et la Suisse.

B. Quelques observations générales

Toutes les libertés fondamentales du Traité – donc également la libre prestation des services, le droit d’établissement et la libre circulation des travailleurs – bénéficient de l’**effet direct**², de sorte que les particuliers peuvent se prévaloir des ces libertés devant les juridictions nationales compétentes

Les libertés fondamentales ne s’appliquent, selon la jurisprudence constante de la CJCE³, qu’en présence d’un **élément transfrontalier**⁴, de sorte que le droit accordé à travers la liberté fondamentale ne peut être exercée que dans des cas impliquant un lien avec deux Etats

¹ Visa, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes, art. 61-69 TCE.

² CJCE, aff. 33/74 (van Binsbergen), Rec. 1974, p. 1299, points 24 ss; CJCE, aff. 118/75 (Watson et Belmann), Rec. 1976, p. 1185, points 11/12; CJCE, aff. 2/74 (Reyners), Rec. 1974, p. 631, point 32.

³ Cf. par exemple CJCE, aff. 52/79 (Débaue), Rec. 1980, p. 833, point 9; CJCE, aff. 20/87 (Gauchard), Rec. 1987, p. 4879, point 13.

⁴ Cette opinion est est controversée en doctrine. Cf. pour analyse approfondie, *Astrid Epiney, Umgekehrte Diskriminierungen*, 1995.

membres⁵. Un élément transfrontalier purement hypothétique ne suffit pas⁶. Par contre, les ressortissants d'un Etat membre peuvent également se prévaloir des libertés fondamentales face à leur propre Etat s'ils ont fait usage des droits accordés par ces libertés, par exemple lorsqu'une personne souhaite se rendre dans un autre Etat membre, suite à l'acceptation d'un travail, en vue de l'établissement dans cet Etat ou de la prestation d'un service.⁷

Toute **discrimination** en raison de la nationalité est contraire aux libertés fondamentales, qu'elle soit **directe** (ouverte ou formelle), c'est-à-dire portant expressément sur la nationalité des sujets de droits, ou **indirecte** (cachée ou matériel), c'est-à-dire des règles qui n'ont pas expressément pour critère déterminant la nationalité, mais des critères qui conduisent à ce que des personnes d'une certaine nationalité soient touchées⁸. Au reste, il est controversé de déterminer si les libertés fondamentales posent le principe de **l'interdiction générale d'entraves**, à savoir qu'elles s'opposent aux mesures qui, certes, ne discriminent ni directement, ni indirectement, mais qui ont cependant un effet restrictif sur l'exercice des droits garantis par les libertés fondamentales. Alors que le caractère d'interdiction générale d'entraves de la libre circulation des marchandises et des services est reconnu depuis longtemps par la jurisprudence constante⁹, celle-ci ne le reconnaît que depuis peu pour la libre circulation des personnes et la liberté d'établissement. Il conviendra de revenir sur le sujet.¹⁰

La fonction des libertés fondamentales consiste principalement à garantir des **droits de défense** contre des comportements étatiques (mais aussi communautaires). Les libertés fondamentales – en relation avec l'art. 10 TCE – obligent néanmoins les Etats membres, en tant que « garants » à assurer une protection contre les comportements illicites des personnes privées qui entravent l'exercice des droits issus de la libre circulation. Les Etats membres détiennent une large marge de manœuvre dans l'exécution de cette **obligation de protection**.¹¹

Le **champ d'application territorial** des dispositions sur la libre circulation des personnes et des services correspond en principe à celui du Traité (art. 299 TCE). Sont visés les rapports, qui, « en raison soit du lieu où ils sont établis, soit du lieu où ils produisent leurs effets,

⁵ L'élément transfrontalier n'est précisément pas toujours facile à établir. Par exemple CJCE, aff. C-112/91 (Werner), Rec. 1993, p. I-429. Voir également *Thorsten Kingreen*, *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, 1999, p. 140 ss; *Astrid Epiney*, *Umgekehrte Diskriminierungen*, 1995, p. 272 ss.

⁶ CJCE, aff. C-299/95 (Kremzow), Rec. 1997, p. I-2629, point 16.

⁷ Voir par exemple CJCE, aff. C-224/97 (Ciola), Rec. 1999, p. I-2517; CJCE, aff. C-55/98 (Verstergaard), Rec. 1999, p. I-7641, point 20; CJCE, aff. 115/78 (Knoors), Rec. 1979, p. 399. Mais un travailleur migrant qui a cessé d'exercer son activité professionnelle dans l'Etat membre d'accueil et regagné son Etat membre d'origine ne peut plus se prévaloir de l'article 39 TCE, voir CJCE, aff. C-33/99 (Fahmi), Rec. 2001, p. I-2415.

⁸ Voir par exemple CJCE, aff. C-175/88 (Biehl), Rec. 1995, p. I-1779; CJCE, aff. C-151/94 (Commission/Luxembourg), Rec. 1995, p. I-3675; CJCE, aff. C-279/93 (Schumacker), Rec. 1995, p. I-225.

⁹ CJCE, aff. 8/74 (Dassonville), Rec. 1974, p. 837, point 5; CJCE, aff. 36/74 (van Binsbergen), Rec. 1974, p. 1299, points 10/12.

¹⁰ Dans le contexte des différentes libertés fondamentales. Voir à ce sujet infra II., III., IV.

¹¹ CJCE, aff. C-265/95 (Commission/France), Rec. 1997, p. I-6959, points 24 ss.

peuvent être localisés sur le territoire de la Communauté ».¹² Un « rattachement suffisamment étroit avec le territoire de la Communauté » existe également lorsqu'un ressortissant d'un Etat membre est employé dans une ambassade d'un autre Etat membre située hors du champ d'application du droit communautaire et que le contrat de travail a été conclu selon le droit de cet Etat¹³.

II. Libre circulation des services (art. 49 ss TCE)

Les art. 49 à 55 TCE sur la circulation des services comprennent différentes sortes de dispositions. A côté de la « véritable » liberté fondamentale de l'art. 49 TCE, ainsi que de l'art. 50 TCE qui contient la définition de la notion de service, l'art. 51 TCE comprend une norme particulière en matière de transport, l'art. 52 TCE fonde la base légale pour la réglementation secondaire idoïne et, enfin, l'art. 55 TCE renvoie aux dispositions applicables au droit d'établissement. Au vu de l'écoulement de la phase transitoire, la portée pratique des art. 53 et 54 est insignifiante.

On peut déduire, dans le cadre du champ d'application de la libre circulation des services (A.), des art. 49 s. TCE une série de droits (B.) qui sont néanmoins soumis à certaines limites (C.).

A. Champ d'application

1) Ratione personnae

Les **bénéficiaires** de l'art. 49 TCE sont « **les ressortissants des Etats membres** » (art. 49 § 1 TCE).¹⁴ Celui qui offre la prestation (le prestataire) et celui qui la reçoit (« le destinataire ») doivent être établis dans des pays différents de la Communauté. Le fait que les deux personnes possèdent la même nationalité ne s'oppose pas à l'application de l'art. 49 TCE. Seul l'établissement dans des Etats membres différents est déterminant. En vertu de l'art. 55 TCE (en relation avec l'art. 48 TCE), les sociétés qui ont leur siège statutaire, leur administration

¹² CJCE, aff. 36/74 (Walrave/Union Cycliste International), Rec. 1974, p. 1405, points 28/29, concernant une association sportive mondiale dont les compétitions ont également lieu à l'extérieur de la Communauté. Voir également CJCE, aff. 9/88 (Lopes da Veiga/Staatssecretaris van Justitie), Rec. 1989, p. 2989, points 9 ss; CJCE, aff. 3/87 (The Queen/Agate), Rec. 1989, p. 4459, points 20 ss.

¹³ CJCE, aff. C-214/94 (Ingrid Boukhalfa/Allemagne), Rec. 1996, p. I-2253.

¹⁴ L'art. 49 TCE ne vise que la nationalité du prestataire de services. Il est donc controversé de savoir si l'art. 49 TCE s'applique également si l'une des parties à la prestation est ressortissante d'un Etat tiers. Voir à ce sujet *Eckhard Pache*, Dienstleistungsfreiheit, in: Dirk Ehlers (éd.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2002, § 11, n° 30.

centrale ou leur principal établissement au sein de la Communauté sont assimilées aux citoyens de l'Union et bénéficient donc de la libre circulation des services.

Sont obligés par la libre prestation des services en premier lieu les **Etats membres**, mais aussi la **Communauté** et ses organes. Sont également visés les **organismes ou associations collectives** autonomes.¹⁵ La question de savoir si les individus y sont également soumis est controversée et n'a pas encore été clarifiée par la jurisprudence. Comme pour l'art. 39 TCE¹⁶, des arguments importants, tels que l'atteinte excessive à liberté contractuelle et à l'autonomie de la volonté, semblent s'y opposer.

2) Ratione materiae: la notion de « service »

L'art. 49 TCE ne propose pas une définition exhaustive de la **notion de « service »**, mais circonscrit tout de même ce qui doit être entendu par cette notion d'après le Traité. Selon la définition de l'art. 50 § 1 TCE, sont considérés comme services, « les prestations fournies normalement contre rémunération dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes ». L'art. 50 § 3 TCE mentionne expressément le droit (issu de la libre prestation des services) pour le prestataire de se rendre à titre temporaire dans un autre Etat membre pour l'exécution de sa prestation. L'art 50 § 2 TCE énumère quelques exemples d'activités équivalant à des services. Nous pouvons donc préciser la notion de service par les éléments suivants :

- La caractéristique de la **rémunération** est remplie dès lors qu'elle peut en principe être imputée à la vie économique. Il n'est en revanche pas nécessaire que, dans le cas concret, une prestation soit faite (« normalement », art. 50 § 1 TCE). De même, il n'est pas indispensable que la contre-prestation soit faite par le destinataire lui-même, bien qu'une relation de proximité doive pourtant exister entre le prestataire, le destinataire de la prestation et celui qui assume la rémunération (la contre-prestation). Dans le cas contraire, la relation d'échange ferait défaut.¹⁷
- Il est certes exacte que l'art. 50 § 3 TCE prévoit les cas « classiques » dans lesquels le prestataire franchit la frontière afin d'exécuter une prestation (**libre prestation des services active**). Il n'en demeure pas moins que, selon la jurisprudence constante, l'art. 49 TCE permet aussi le cas inverse dans lequel le destinataire franchit la frontière pour se rendre chez le prestataire (**libre prestation de services passive**), ainsi que le cas de

¹⁵ CJCE, aff. 36/74 (Walrave), Rec. 1974, p. 1405, points 30 ss; CJCE, aff. 13/76 (Donà/Mantero), Rec. 1976, p. 1333, points 17/18.

¹⁶ Voir également infra II.A.

¹⁷ CJCE, aff. 352/85 (Bond van Adverteerders), Rec. 1988, p. 2085, point 16, où un exploitateur de réseaux de câbles rend des services notamment aux émetteurs de programmes établis dans un autre Etat membre par l'émission de leurs programmes tandis que la rémunération provient des redevances payées par les abonnés et les revenus publicitaires.

figure où seule la prestation passe à l'étranger (**service par correspondance**).¹⁸ Notons encore que la libre prestation des services englobe également toutes les formes de préparation du contrat, de publicité et de promotion de vente, puisque des limitations dans ces domaines peuvent avoir un effet restrictif sur la libre circulation des services.¹⁹

- Les prestations de services sont faites de manière **indépendante**. Par ce caractère indépendant des prestations, la libre prestation des services se distingue de la libre circulation des travailleurs. On notera en outre que l'énumération de l'art. 50 § 2 TCE n'est pas exhaustive.
- Les prestations de services sont **immatérielles**, ce qui les distingue de la libre circulation des marchandises.²⁰
- Enfin, le fait que le prestataire ne séjourne qu'à titre **temporaire** dans un autre Etat membre pour exécuter la prestation permet de différencier la libre prestation des services du droit d'établissement.²¹

Conformément aux trois derniers critères et à la formulation de l'art. 50 § 1 TCE, la libre prestation des services est **subsidaire face aux autres libertés fondamentales**. La subsidiarité n'enlève pas à la libre prestation des services son caractère autonome.

Selon l'art. 51 TCE, les prestations de services en matière de transport sont exclues du champ d'application des art. 49 ss TCE. Ce sont, au contraire, les dispositions du titre relatif aux transports (art. 70 ss TCE), si bien que la libre prestation de services n'est en général pas applicable dans le domaine des transports.²²

3) Exceptions

La libre prestation des services ne s'applique pas aux activités permanentes ou temporaires liées à **l'exercice de l'autorité publique** dans un Etat membre (**art. 55 TCE, en relation avec l'art. 45 TCE**). Cette exception au champ d'application n'est pertinente que s'il existe une participation immédiate et spécifique à l'exercice de l'autorité publique.²³

B. Atteinte à la libre circulation des services

1) Interdiction des discriminations

¹⁸ CJCE, aff. 286/82 (Luisi/Carbone), Rec. 1984, p. 377; CJCE, aff. C-76/90 (Säger), Rec. 1991, p. 4221; CJCE, aff. C-384/93 (Alpine Investments), Rec. 1995, p. I-1141, point 22.

¹⁹ CJCE, aff. C-384/93 (Alpine Investments), Rec. 1995, I-1141, point 19.

²⁰ Voir CJCE, aff. C-275/92 (Schindler), Rec. 1994, p. I-1039, points 22 ss.

²¹ Sur les différences voir CJCE, aff. C-55/94 (Gebhard), Rec. 1995, p. I-4165.

²² Voir *Astrid Epiney/Reto Gruber*, *Verkehrsrecht in der EU. Zu den Gestaltungsspielräumen der EU-Mitgliedstaaten im Bereich des Landverkehrs*, 2001, p. 99 ss.

²³ De la jurisprudence, on retiendra par exemple CJCE, aff. C-3/88 (Commission/Italie), Rec. 1989, p. 4035, point 13; CJCE, aff. 2/74 (Reyners), Rec. 1974, p. 631, point 32.

L'art. 49 TCE interdit tout d'abord les **discriminations directes et indirectes**.²⁴ Une discrimination directe a par exemple lieu lorsqu'une activité déterminée dans un Etat membre est réservée aux ressortissants de cet Etat.²⁵ Au contraire, on pouvait, par exemple, parler de discrimination indirecte dans les cas de fixation des prix pour les activités de pilotage de bateaux sur les côtes italiennes. Le prix était en effet fixé différemment selon que le bateau en question disposait d'une autorisation spéciale pour trajets réguliers dans les eaux territoriales italiennes ou non. Dans le premier cas les prix étaient inférieurs. Evidemment, puisque plus de bateaux italiens disposaient de cette autorisation, ils étaient favorisés vis-à-vis de leurs concurrents européens. Il fallait donc admettre l'existence d'une discrimination indirecte.²⁶

2) Interdiction d'entraves

La jurisprudence constante admet depuis longtemps que l'art. 49 TCE contient une **interdiction générale d'entraves**²⁷, de sorte qu'il suffit que les prestations de services soient rendues plus difficiles ou empêchées (même potentiellement et indirectement) pour que l'art. 49 TCE s'applique, indépendamment du fait que les ressortissants du pays en question sont soumis ou non à des conditions semblables. L'application de l'art 49 TCE à ces cas de figure semble en effet nécessaire et utile dans la mesure où des restrictions – certes non-discriminatoires – peuvent tout aussi bien empêcher l'exercice de la libre circulation des services que des réglementations discriminatoires. Ainsi, les exigences d'autorisations pour l'exercice d'activités indépendantes, toujours dans des situations à caractère transfrontalier, doivent être examinées à l'aune de l'art. 49 TCE.

La question de l'applicabilité de la **jurisprudence « Keck »** – selon laquelle certaines **modalités de vente** non-discriminatoires sont exclues du champ d'application de l'art. 28 TCE²⁸ – au domaine de la libre circulation des services n'a pas encore été complètement clarifiée par la jurisprudence. La CJCE s'est toutefois fondée sur cette jurisprudence dans son arrêt « Alpine Investments », mais n'a pas répondu à la question de la transposition de celle-ci à la libre circulation des services puisque les réglementations en question entravaient l'accès au marché.²⁹ En raison de la ressemblance structurelle de la libre circulation des services et des marchandises – les services étant des « marchandises immatérielles » - en raison également de la possibilité de transposer le raisonnement de base de la jurisprudence "Keck" aux autres libertés fondamentales, il semble pertinent de restreindre le champ d'application

²⁴ Voir supra I.B.

²⁵ Cf. CJCE, aff. C-375/92 (Commission/Espagne), Rec. 1994, p. I-923.

²⁶ CJCE, aff. C-18/93 (Corsica Ferries), Rec. 1994, p. I-1783.

²⁷ CJCE, aff. 33/74 (van Binsbergen), Rec. 1974, p. 1299; CJCE, aff. C-222/95 (Parodi), Rec. 1997, p. I-3899, point 18; CJCE, aff. C-369 et 376/96 (Arblade u.a.), Rec. 1999, p. I-8453, point 33.

²⁸ CJCE, aff. C-267 et 268/91 (Keck), Rec. 1993, p. I-6097.

²⁹ CJCE, aff. C-384/93 (Alpine Investments), Rec. 1995, p. I-1141, point 38.

très large des libertés fondamentales, en excluant les réglementations non-discriminatoires qui ne concernent pas l'accès au marché ou au métier, mais bien le comportement sur le marché ou dans l'exercice du métier.

C. Motifs justificatifs à l'atteinte

1) Limites expresses

Selon l'**art. 55 TCE, en relation avec l'art. 46 TCE**, les limitations prévoyant un régime spécial pour les ressortissants étrangers, et justifiées par des **raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique** sont admises. Il s'agit là de notions autonomes du droit communautaire.³⁰ En raison du caractère d'exception de l'art. 46 TCE, elles doivent être interprétées de manière restrictive. Toujours est-il que les Etats membres disposent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer ce qui doit être compris comme relevant de l'ordre public ou de la sécurité publique.

2) Limites non écrites

En outre, des entraves (non directement discriminatoires) de la libre circulation des services peuvent être justifiées par des **raisons impératives d'intérêt général**.³¹ La jurisprudence concernant l'art. 49 TCE présente des parallèles marquants avec celle de la libre circulation des marchandises. La notion d'intérêt général est également une notion autonome du droit communautaire, même si les Etats membres peuvent concrétiser son contenu. Sont en principe considérés comme raisons impératives d'intérêt général tous les intérêts publics qui ne sont pas de nature économique, c'est-à-dire qui ne poursuivent pas des buts protectionnistes manifestes ou latents.³² Pour la libre circulation des services, on a retenu les intérêts suivants : loyauté des transactions commerciales et protection du consommateur³³, réputation des marchés³⁴, intérêts de la politique culturelle tels que la sauvegarde du patrimoine historique et culturel³⁵, maintien de l'équilibre financier des systèmes de sécurité sociale³⁶, des intérêts en

³⁰ Pour l'interprétation de ces notions, on retiendra notamment la directive 64/221 (JOCE n° L 56/1964, p. 850). Voir également CJCE, aff. 36/75 (Rutili), Rec. 1975, p. 1219, points 26/28; CJCE, aff. C-340/97 (Nazli), Rec. 2000, p. I-957, point 58; CJCE, aff. C-348/96 (Calfa), Rec. 1999, p. I-11, point 24; CJCE, aff. C-54/99 (Scientology), Rec. 2000, p. I-1335, point 17; CJCE, aff. C-355/98 (Commission/Belgique), Rec. 2000, p. I-1221, point 28.

³¹ CJCE, aff. C-158/96 (Kohll), Rec. 1998, p. I-1931, point 41; CJCE, aff. C-34/95 u.a. (de Agostini), Rec. 1997, p. I-3843, point 53; CJCE, aff. C-154/89 (Commission/France), Rec. 1991, p. I-659, point 17.

³² Voir CJCE, aff. C-158/96 (Kohll), Rec. 1998, p. I-1931, point 41.

³³ CJCE, aff. C-34/95 u.a. (de Agostini), Rec. 1997, p. I-3843, point 53.

³⁴ CJCE, aff. C-384/93 (Alpine Investments), Rec. 1995, p. I-1141.

³⁵ CJCE, aff. C-154/89 (Commission/France), Rec. 1991, p. I-659, point 17.

matière de politique sociale et de lutte contre la fraude³⁷ ou le respect des règles déontologiques et professionnelles visant à protéger les destinataires de la prestation³⁸. Par contre, des considérations de nature administrative (simplification des procédures administratives) ne représentent en principe pas des raisons impératives d'intérêt général.³⁹

3) Proportionnalité

Enfin, les mesures ou les réglementations en question doivent dans tous les cas respecter le **principe de proportionnalité**. La CJCE examine en premier lieu si la mesure est apte à atteindre le but recherché et si elle est nécessaire, alors que la proportionnalité au sens étroit ne joue qu'un rôle insignifiant⁴⁰

III. Droit d'établissement (art. 43 ss TCE)

Le chapitre sur le droit d'établissement contient également une série de dispositions différentes. Alors que l'art. 43 TCE fonde véritablement le droit d'établissement, les art. 44 et 47 TCE servent de bases juridiques au droit secondaire correspondant qui garantit ou facilite l'exercice de cette liberté fondamentale. L'art. 48 TCE traite des sociétés, l'art. 45 TCE prévoit une exception au champ d'application et l'art. 46 TCE formule le motif justificatif de l'ordre public. Comme cet aperçu l'a déjà montré, le droit d'établissement se réfère à quelques aspects dont nous avons précédemment traité dans le cadre de la libre circulation des services, de sorte que l'on pourra y renvoyer.

A. Champ d'application

³⁶ CJCE, aff. C-158/96 (Kohll), Rec. 1998, p. I-1931, point 41. Concernant le remboursement des frais d'hospitalisation engagés dans un autre Etat membre, voir les arrêts récents CJCE, aff. C-368/98 (Vanbraekel), Rec. 2001, p. I-5363 et CJCE, aff. C-157/99 (Smits und Peerbooms), arrêt du 12.7.2001, EuZW 2001, p. 478.

³⁷ CJCE, aff. C-275/92 (Schindler), Rec. 1994, p. I-1039; CJCE, aff. C-124/97 (Läärä), Rec. 1999, p. I-6067; CJCE, aff. C-67/98 (Zenatti), Rec. 1999, p. I-7289.

³⁸ CJCE, aff. 110/78 et al. (van Wesemael), Rec. 1979, p. 35, point 38; CJCE, aff. 33/74 (van Binsbergen), Rec. 1974, p. 1299.

³⁹ CJCE, aff. C-18/95 (Terhoeve), Rec. 1999, p. I-345, point 45; CJCE, aff. C-58/98 (Corsten), Rec. 2000, p. I-7919.

⁴⁰ Voir CJCE, aff. 110/78 (van Wesemael), Rec. 1979, p. 35, point 54; CJCE, aff. C-154/89 (Commission/France), Rec. 1991, p. I-659; CJCE, aff. C-275/92 (Schindler), Rec. 1994, p. I-1039; CJCE, aff. C-43/93 (van der Elst), Rec. 1994, p. I-3903; CJCE, aff. C-272/94 (Guiot), Rec. 1996, p. I-1905; CJCE, aff. C-165/98 (Mazzoleni), Rec. 2001, p. I-2189; CJCE, aff. C-51/96 (Deliège), Rec. 2000, p. I-2549; CJCE, aff. C-369/96, C-376/96 (Arblade u.a.), Rec. 1999, p. I-8453. Les Etats membres disposent d'un pouvoir d'appréciation très large concernant la détermination de l'étendue de la protection en matière de loteries et autres jeux d'argent. Voir CJCE, aff. C-275/92 (Schindler), Rec. 1994, p. I-1039; CJCE, aff. C-124/97 (Läärä), Rec. 1999, p. I-6067; CJCE, aff. C-67/98 (Zenatti), Rec. 1999, p. I-7289.

1) Ratione personae

Le champ d'application personnel de l'art. 43 TCE comprend, d'après le terme clair de la disposition, en premier lieu les **personnes physiques titulaires de la nationalité d'un des Etats membres**. A l'instar de la libre circulation des services, les **sociétés** qui ont leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement au sein de la Communauté sont assimilées aux citoyens de l'Union et bénéficient donc du droit d'établissement (art. 48 TCE).⁴¹

Sont obligés par l'art. 43 TCE : au premier chef les **Etats membres**, mais aussi la **Communauté**. Le droit d'établissement peut également être invoqué à l'égard de l'**Etat d'origine ou de siège**, notamment lorsque le droit de quitter le territoire est limité (par exemple pour des raisons fiscales).⁴² La question de l'**effet horizontal** se pose en principe telle que dans le cadre de l'art. 49 TCE, lors même que sa portée en matière de droit d'établissement est moins importante.

2) Ratione materiae

Le champ d'application matériel de l'art. 43 TCE concerne essentiellement la question de la délimitation face à l'art. 49 TCE. Cette question a toujours son importance dans la mesure où l'établissement durable dans un autre Etat membre peut plus facilement être soumis aux règles de l'Etat hôte qu'une simple prestation de service. Le champ d'application du droit d'établissement peut être précisé par les critères suivants :

- Comme pour les autres libertés fondamentales, il doit exister une **activité économique**, même si celle-ci ne doit pas forcément revêtir un caractère rémunérateur. Il suffit que cette activité soit exercée dans le cadre de la vie économique.⁴³ L'existence d'une activité économique doit donc aussi être admise lorsqu'il s'agit d'activités (prétendues) contraires aux mœurs ou socialement dommageables.⁴⁴
- L'activité économique en question doit être exercée de manière **durable** dans l'autre Etat membre ce qui distingue la liberté d'établissement de la libre prestation des services. Le critère déterminant, selon la jurisprudence de la CJCE, est – en tenant compte des circonstances du cas particulier – une intégration durable et stable dans l'économie nationale de l'Etat hôte. Les indices déterminants sont en particulier la durée

⁴¹ Voir *Christian Tietje*, Niederlassungsfreiheit, in: Dirk Ehlers (éd.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2002, § 10, n° 61 ss.

⁴² Voir par exemple CJCE, aff. C-141/99 (AMID), Rec. 2000, p. I-11619, point 21, et les références citées.

⁴³ Voir *Christian Tietje*, Niederlassungsfreiheit, in: Dirk Ehlers (éd.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2002, § 10, n° 22 (avec des références à la doctrine).

⁴⁴ Ainsi l'activité indépendante de prostitution entre aussi dans la notion d'activité économique et donc dans le champ d'application des art. 43 et 49 TCE. CJCE, aff. C-268/99 (Jany), Rec. 2001, p. I-8615.

et la continuité de l'activité dans l'autre Etat membre, ainsi que le fait que cette activité s'exerce à partir d'une infrastructure solide dans l'Etat d'accueil.⁴⁵

- Enfin le champ d'application du droit d'établissement comprend aussi bien la fondation de **l'établissement principal** que celle des **filiales et succursales** conformément à la lettre de l'art. 43 § 1, 2^{ème} phrase TCE.⁴⁶

3) Exceptions

Le droit d'établissement ne s'applique pas aux activités durables ou temporaires en relation avec **l'exercice de l'autorité publique** (art. 45 TCE). Encore une fois, le critère déterminant est celui de la participation immédiate et spécifique à l'exercice de l'autorité publique.⁴⁷

B. Atteinte au droit d'établissement

L'art. 43 TCE interdit en premier lieu les **discriminations directes et indirectes**.⁴⁸ La jurisprudence a également reconnu que l'art. 43 TCE contient une **interdiction générale d'entraves**, de sorte qu'il impose « la suppression des restrictions à (...) la liberté d'établissement (...). Doivent être considérées comme de telles restrictions toutes les mesures qui interdisent, gênent ou rendent moins attrayant l'exercice » de cette liberté.⁴⁹ Des réglementations de nature différente peuvent tomber sous le coup de cette définition telles que les exigences de domicile, d'autorisation, de qualification ou d'approbation ou encore les interdictions d'établissements multiples, les clauses du besoin et l'interdiction de certaines activités.

La question de l'applicabilité de la **jurisprudence "Keck"** se pose également pour l'art. 43 TCE, avec pour conséquence éventuelle qu'elle implique de différencier entre les règles qui s'attachent à l'accès à l'établissement et celles qui s'attachent à la manière d'exercer les activités concernées. Comme nous l'avons déjà laissé entendre, la jurisprudence "Keck" est en principe transposable au droit d'établissement. En effet, il est concevable que des règles

⁴⁵ Voir CJCE, aff. C-55/94 (Gebhard), Rec. 1995, p. I-4165, points 19, 27; CJCE, aff. C-70/95 (Sodemare), Rec. 1997, p. I-3395, points 37 ss; CJCE, aff. C-221/89 (Factortame), Rec. 1991, p. I-3905, points 21 ss; CJCE, aff. C-56/96 (VT4), Rec. 1997, p. I-3143, points 20 s.

⁴⁶ Voir par exemple CJCE, aff. C-217/97 (Centros), Rec. 1999, p. I-1459, points 17 ss; CJCE, aff. C-307/97 (Saint-Gobain), Rec. 1999, p. I-6161, point 42.

⁴⁷ Voir par exemple CJCE, aff. C-114/97 (Commission/Espagne), Rec. 1998, p. I-6717, points 32 ss; CJCE, aff. C-42/92 (Thijssen), Rec. 1993, p. I-4047, point 8.

⁴⁸ Voir supra I.B. Tirés de la jurisprudence concernant l'art. 43 TCE, notamment CJCE, aff. C-254/97 (Baxter), Rec. 1999, p. I-4809, point 10; CJCE, aff. C-279/93 (Schumacker), Rec. 1995, p. I-225, point 30; CJCE, aff. C-80/94 (Wielockx), Rec. 1995, p. I-2493, point 17; CJCE, aff. C-107/94 (Asscher), Rec. 1996, p. I-3089, point 40; CJCE, aff. C-311/97 (Royal Bank of Scotland), Rec. 1999, p. I-2651, point 26.

⁴⁹ CJCE, aff. C-439/99 (Commission/Italie), Rec. 2002, p. I-305, point 22; voir également CJCE, aff. C-340/89 (Vlassopoulou), Rec. 1991, p. I-2357, point 15; CJCE, aff. C-55/94 (Gebhard), Rec. 1995, p. I-4165; CJCE, aff. C-19/92 (Kraus), Rec. 1993, p. I-1663, point 34.

influençant indirectement et potentiellement le droit d'établissement, concernent au final uniquement les modalités de l'établissement, de sorte qu'il faudrait - pour des raisons semblables à celles de l'art. 28 TCE - restreindre la notion (trop) large des « restrictions à la liberté d'établissement ».⁵⁰ Néanmoins la CJCE n'a donné jusqu'à présent aucun signe allant dans le sens de la reprise de la jurisprudence "Keck". Au contraire, la CJCE a soigneusement évité de prendre position sur la question quand elle en avait l'occasion.⁵¹

C. Motifs justificatifs à l'atteinte

Comme pour celles de l'art. 49 TCE, les restrictions de l'art. 43 TCE peuvent être justifiées d'une part par les motifs exposés à **l'art. 46 § 1 TCE** (en tous cas pour les mesures non directement discriminatoires), d'autre part par d'autres **raisons impératives de l'intérêt général**. A l'instar de ce que nous avons dit de l'art. 49 TCE, le principe de **proportionnalité** doit également être respecté.⁵²

IV. Libre circulation des travailleurs (art. 39 ss TCE)

Le chapitre sur la libre circulation des travailleurs dans le traité comprend la liberté fondamentale elle-même (art. 39 TCE), ainsi que les bases légales pour l'adoption du droit secondaire dans le but de concrétiser la liberté fondamentale (l'art. 40 TCE comme base générale et l'art. 42 TCE pour la coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale).⁵³

A. Champ d'application

1) Ratione personnae

⁵⁰ Ce point, comme d'ailleurs la jurisprudence Keck elle-même, est très controversé. Pour plus de détails, voir *Klaus Lackhoff*, Die Niederlassungsfreiheit des EGV – nur ein Gleichheits- oder auch ein Freiheitsrecht?, 2000, p. 417 ss.

⁵¹ CJCE, aff. C-255/97 (Pfeiffer), Rec. 1999, p. I-2835, points 19 f.; CJCE, aff. C-294/00 (Deutsche Paracelsus Schulen), arrêt du 11.7.2002, non encore publié au Recueil officiel, points 38 ss.

⁵² Voir supra II.C. Voir également CJCE, aff. C-55/94 (Gebhard), Rec. 1995, p. I-4165; CJCE, aff. C-255/97 (Pfeiffer), Rec. 1999, p. I-2835; CJCE, aff. C-61/89 (Bouchoucha), Rec. 1990, p. I-3551; CJCE, aff. 107/83 (Klopp), Rec. 1984, p. 2971; CJCE, aff. C-250/95 (Futura Participations), Rec. 1997, p. I-2471; CJCE, aff. C-19/92 (Kraus), Rec. 1993, p. I-1663; CJCE, aff. C-427/97 (Haim), Rec. 2000, p. I-5123; CJCE, aff. C-212/97 (Centros), Rec. 1999, p. I-1459, points 32 ss; CJCE, aff. C-108/96 (Mac Quen), Rec. 2001, p. I-837.

⁵³ Notons aussi l'art. 41 TCE qui tend à favoriser l'échange de jeunes travailleurs.

Le champ d'application personnel des dispositions sur la libre circulation des personnes se limite en principe aux **ressortissants des Etats membres**.⁵⁴ Non seulement les **travailleurs**, mais aussi les **employeurs** peuvent faire valoir les droits issus de la libre circulation des travailleurs.⁵⁵

On notera tout de même qu'il est possible que le **droit communautaire secondaire** favorise les ressortissants d'Etats tiers. Ainsi, les membres de la famille d'un travailleur d'un autre Etat membre ont le droit d'entrée et de séjour et peuvent exercer une activité rémunérée dans l'Etat d'accueil. Les apatrides et les réfugiés sont également soumis au Règlement relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté.⁵⁶ Certains accords conclus avec des Etats tiers, de même que certaines décisions prises par les conseils d'associations peuvent accorder des droits à des ressortissants d'Etat tiers.⁵⁷

Sont obligés par la libre circulation des travailleurs: les **Etats membres**, ainsi que la **Communauté** et ses organes. L'art. 39 TCE peut également être invoqué face à des règles établies par des associations collectives⁵⁸ ou issues de conventions tarifaires.⁵⁹ En outre, selon la jurisprudence récente, cette disposition bénéfique d'un **effet horizontal**, de sorte que le droit à la libre circulation des travailleurs peut également être invoqué à l'égard des personnes privées.⁶⁰ Cette jurisprudence devrait principalement reposer sur le fait que les contrats de travail sont en majeure partie des contrats privés, de sorte qu'il est favorable à l'efficacité de la libre circulation des travailleurs d'étendre le champ d'application des art. 39 ss TCE.⁶¹ La jurisprudence laisse de nombreuses questions ouvertes, telles que celles concernant les motifs justificatifs que peuvent faire valoir les particuliers ou celles concernant la reconnaissance d'un tel effet horizontal complet pour les autres libertés fondamentales (en ne perdant pas de vue la convergence des libertés fondamentales que l'on constate actuellement⁶²). Enfin, on peut légitimement se demander si l'effet horizontal complet ne censure pas trop l'autonomie privée et la liberté contractuelle et – ce faisant – dépasse le but de l'art. 39 TCE.

⁵⁴ CJCE, aff. C-230/94 (Awoyemi), Rec. 1998, p. I-6781, point 29; concernant la double nationalité; voir également CJCE, aff. C-369/90 (Micheletti), Rec. 1992, p. I-4239, points 10 ss.

⁵⁵ CJCE, aff. C-350/96 (Clean Car Autoservice), Rec. 1998, p. I-2521, points 16 ss.

⁵⁶ Art. 2 du règlement n° 1408/71.

⁵⁷ Voir par exemple l'Accord sur la libre circulation Suisse-CE (infra V.) ou l'Accord d'association avec la Turquie. Concernant ce dernier, voir également CJCE, aff. 12/86 (Demirel/Stadt Schwäbisch Gmünd), Rec. 1987, p. 3719, points 19 ss; CJCE, aff. C-192/89 (Sevince/Staatssecretaris van Justitie), Rec. 1990, p. I-3461, points 15 ss.

⁵⁸ CJCE, aff. 36/74 (Walrave et Koch/Union cycliste Internationale), Rec. 1974, p. 1405, points 14/15 ss; CJCE, aff. C-415/93 (Union royale belge/Bosman), Rec. 1995, p. I-4921, points 74 ss.

⁵⁹ CJCE, aff. C-15/96 (Kalliope Schöning-Kougebetepoulou/Hansestadt Hamburg), Rec. 1998, p. I-47, point 12.

⁶⁰ CJCE, aff. C-281/98 (Angonese/Cassa di Risparmio di Bolzano), Rec. 2000, p. I-4139, points 30 ss.

⁶¹ Sur l'effet horizontal des libertés fondamentales voir *Ted Oliver Ganten*, *Die Drittwirkung der Grundfreiheiten*, 2000.

⁶² Voir par exemple *Thorsten Kingreen*, *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, 1999, qui se distingue de la jurisprudence de la Cour par une interprétation plus stricte.

2) Ratione materiae

L'art. 39 TCE ne s'applique qu'aux activités qui sont exercées en qualité de travailleur. Ainsi, seuls les travailleurs au sens de l'art. 39 TCE peuvent s'en prévaloir.⁶³ La **notion de travailleur** est une notion autonome du droit communautaire, de sorte que les dispositions correspondantes des Etats membres ne peuvent la restreindre. Pour que la qualité de travailleur soit retenue, une prestation de travail **dépendante** – c'est-à-dire soumise à instructions – doit être faite. Ce travail doit avoir une **valeur économique** et il doit faire l'objet d'une **contre-prestation**.⁶⁴ Une activité économique n'existe que si une prestation contre rémunération est faite, soit en principe un salaire. Le caractère artistique, religieux ou sportif de l'activité ne change rien à l'affaire, même si, dans ces cas, la nature économique est habituellement niée.⁶⁵ De même, le fait que l'activité d'une personne puisse être considérée comme contraire aux bonnes mœurs et donc (partiellement) interdite par les Etats membres, n'est pas rédhibitoire.⁶⁶

La CJCE interprète de manière large la notion de travailleur sous l'angle de l'efficacité pratique de la disposition (effet utile).⁶⁷ Ainsi, le fait que l'emploi soit suffisant pour subvenir aux besoins généraux n'est pas nécessaire pour pouvoir invoquer la qualité de travailleur de l'art. 39 TCE. Les personnes n'exerçant dans le pays d'accueil qu'une activité à temps partiel et se situant, en terme de revenus, sous les minima salariaux sont donc également visées.⁶⁸ Il n'en demeure pas moins que l'activité en question doit avoir un caractère économique, de sorte que des activités complètement accessoires sont exclues. Celui qui exerce une activité dans le cadre de mesures sociales de mise à disposition d'emplois⁶⁹, de même que celui qui est rémunéré sur la base d'une participation ou au rendement⁷⁰ est aussi un travailleur au sens de l'art. 39 ss TCE.

⁶³ Ainsi la qualité de travailleur concerne le champ d'application personnel et matériel.

⁶⁴ Voir par exemple CJCE, aff. 66/85 (Lawrie Blum/Land Baden-Württemberg), Rec. 1986, p. 2121, points 16 ss. Concernant le caractère économique de l'activité voir CJCE, aff. 53/81 (Levin/Staatssecretaris van Justitie), Rec. 1982, p. 1035, point 17.

⁶⁵ CJCE, aff. 36/74 (Walrave/Union cycliste International), Rec. 1974, p. 1405, point 4; CJCE, aff. 13/76 (Dona/Mario Mantelo), Rec. 1976, p. 1333, point 12; CJCE, aff. 222/86 (Heylens/Unectef), Rec. 1987, p. 4097, points 10 ss (Berufssport); CJCE, aff. 300/84 (van Roosmalen/Bestuur van de Bedrijfsvereniging), Rec. 1986, p. 3097, points 18 ss (Missionar); CJCE, aff. C-415/93 (Union royale belge/Bosman), Rec. 1995, I-4921, point 73.

⁶⁶ Voir CJCE, aff. C-268/99 (Jany), Rec. 2001, p. I-8615.

⁶⁷ Voir par exemple CJCE, aff. C-337/97 (Meeusen/Hoofdirectie van de Informatie Beheer Groep), Rec. 1999, p. I-3289, points 13 ss.

⁶⁸ CJCE, aff. 53/81 (Levin/Staatssecretaris van Justitie), Rec. 1982, p. 1035, points 11 ss; CJCE, aff. 139/85 (Kempf/Staatssecretaris von Justitie), Rec. 1986, p. 1741, point 14; CJCE, aff. C-171/88 (Rinner-Kühn), Rec. 1989, p. 2743, points 13 ss; CJCE, aff. C-444/93 (Mengner), Rec. 1995, p. I-4741, points 18 ss.

⁶⁹ CJCE, aff. 344/87 (Bettray/Staatssecretaris van Justitie), Rec. 1989, p. 1621, points 11 ss.

⁷⁰ CJCE, aff. 3/87 (The Queen/Agagate), Rec. 1989, p. 4459, points 33 ss.

Les art. 39 ss TCE ne sont applicables qu'aux travailleurs, si bien que l'exercice du droit à la libre circulation - précisée dans certaines dispositions du droit secondaire⁷¹ - suppose la qualité de travailleur. Quelques dispositions de droit secondaire étendent certains droits à des **travailleurs retirés du monde du travail** pour des raisons d'âge ou d'invalidité⁷², ainsi qu'aux **membres de la famille** du travailleur. En outre, des ressortissants communautaires qui n'exercent pas d'activité lucrative ont droit à la libre circulation dans l'Union européenne sur la base et dans les conditions fixées par des directives correspondantes.⁷³ Notons que, depuis l'entrée en vigueur du Traité UE, la libre circulation est partie intégrante des droits du citoyen européen (art. 18 TCE).⁷⁴ Ce droit n'a en fait qu'une portée subsidiaire vis-à-vis des droits à teneur économique.⁷⁵ En plus, la jurisprudence n'a pas encore clarifié si l'art. 18 TCE a un effet direct.⁷⁶

3) Exceptions

Selon l'art. 39 § 4 TCE, les droits conférés par les § 1, 2 et 3 du même article ne s'appliquent pas aux **emplois dans l'administration publique**. C'est selon des critères de droit communautaire que telle ou telle activité doit être classée comme relevant de l'administration publique. Dans le cas contraire, les Etats membres pourraient déterminer la portée de la libre circulation. La notion d'administration publique s'entend dans le sens du concept fonctionnel de l'administration, de sorte que la participation à **l'exercice de l'autorité publique** et la réalisation des intérêts généraux de l'Etat sont déterminants, peu importe la dénomination au

⁷¹ Concernant les travailleurs: directive 68/360, JOCE n° L 257/1968 (droit de séjour) et règlement n° 1251/70, JOCE n° L 142/1970 (droit de demeurer).

⁷² Directive relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle (90/365/CEE), JOCE n° L 180/1990, p. 28.

⁷³ Directive relative au droit de séjour (90/364/CEE), JOCE n° L 180/1990, p. 26; Directive relative au droit de séjour des étudiants (93/96/CE), JOCE n° L 317/1993, p. 59.

⁷⁴ La condition principale du droit de séjour pour les ressortissants de l'UE est de disposer d'une caisse-maladie et de moyens d'existence suffisants. Si tel est le cas, ils sont largement placés sur un pied d'égalité avec les travailleurs. Ils ont par exemple droit à une autorisation de séjour et les membres de leur famille vivant chez eux ont également le droit de séjourner et d'exercer une activité dépendante ou indépendante (art. 1 § 2, art. 2 § 2 de la directive 90/364). Les Directives prévoient pour les retraités, les étudiants et d'autres personnes des systèmes différents pour prouver qu'ils ont des moyens d'existence suffisants. Pour les étudiants le droit de séjour est fonction de la durée de la formation. A la fin de la formation, ce droit de séjour est valable comme pour les autres personnes. On peut néanmoins prévoir le développement d'un droit de séjour unifié au niveau européen. Voir également la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, KOM 2001 (257) endg., JOCE n° C 270/2001, p. 150.

⁷⁵ CJCE, aff. C-348/96 (Calfa), Rec. 1999, p. I-11 ss.

⁷⁶ Notons cependant que l'art. 12 TCE en relation avec l'art. 18 TCE garantit une série de droits pendant le séjour. Voir CJCE, aff. C-85/96 (Martinez Sala), Rec. 1998, p. I-2691; CJCE, aff. C-184/99 (Grzelczyk), EuZW 2002, p. 52; CJCE, aff. C-224/98 (d'Hoop), arrêt du 11.7.2002, non encore publié au recueil officiel. La CJCE a également souligné le caractère de liberté fondamentale de l'art. 18 TCE.

sein de l'Etat.⁷⁷ Ainsi, l'administration de la justice et de la police est généralement visée, alors que l'enseignement ne tombe en principe pas sous le coup de cette disposition.⁷⁸ Le cas échéant les ressortissants d'un autre Etat membre doivent donc être engagés comme employés pour des activités pour lesquelles un Etat membre emploie ses propres ressortissants uniquement en tant que fonctionnaires⁷⁹, mais cet Etat peut aussi leur accorder le statut de fonctionnaire.

B. Atteinte à la libre circulation des travailleurs

L'art. 39 § 1 TCE pose la garantie de la libre circulation. Les § 2 et 3 dudit article la concrétisent. Nous pouvons donc opérer les distinctions suivantes quant au contenu de la libre circulation:

- L'art. 39 § 1 TCE établit de manière générale **la libre circulation des travailleurs** sous la forme d'une liberté fondamentale comme principe du Traité CE et du marché commun.

- Ce principe est précisé à l'art. 39 § 2 et 3 TCE.

L'art. 39 § 2 TCE comprend la règle centrale de **l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité** en ce qui concerne les conditions de travail. C'est là une concrétisation de l'art. 12 TCE qui interdit dans son champ d'application, "sans préjudice des dispositions particulières", toute discrimination exercée en raison de la nationalité. Ainsi, l'art. 12 TCE ne peut être appliqué de manière autonome si l'art 39 TCE est applicable.⁸⁰

L'art. 39 § 3 TCE délimite quelques-uns des **droits accordés aux travailleurs** qui ne concernent pas seulement les conditions de travail. Par exemple, les travailleurs ont le droit de répondre à des emplois effectivement offerts. Ils disposent également du droit de séjour pour la recherche d'un emploi⁸¹, pour exercer un emploi et – en fonction du droit secondaire (art. 39 § 3 lit. d TCE) – même pour le temps qui suit l'exercice de cet emploi.

⁷⁷ CJCE, aff. C-473/93 (Commission/Luxembourg), Rec. 1996, p. I-3207, points 25 ss; CJCE, aff. C-290/94 (Commission/Grèce), Rec. 1996, p. I-3285, points 32 ss; CJCE, aff. C-173/94 (Commission/Belgique), Rec. 1996, p. I-3265, points 17 s.

⁷⁸ CJCE, aff. 66/85 (Lawrie-Blum), Rec. 1986, p. 2121, points 26 ss; CJCE, aff. 33/88 (Allué), Rec. 1989, p. 1591, points 6 ss; CJCE, aff. C-4/91 (Bleis), Rec. 1991, p. I-5627; CJCE, aff. C-473/93 (Commission/Luxembourg), Rec. 1996, p. I-3207.

⁷⁹ CJCE, aff. 307/84 (Commission/France), Rec. 1986, p. 1725, points 11 ss; finalement aussi CJCE, aff. 66/85 (Lawrie-Blum/Land Baden -Württemberg), Rec. 1986, p. 2121, points 26 ss.

⁸⁰ CJCE, aff. 305/87 (Commission/Grèce), Rec. 1989, p. 1461, points 12 s.; CJCE, aff. C-175/88 (Biehl/Administration des contributions du Grand Duché de Luxembourg), Rec. 1990, p. I-1779, point 19; contra CJCE, aff. 59/85 (Reed/Niederländischer Staat), Rec. 1986, p. 1283, point 29.

⁸¹ Un délai de 6 mois pour la recherche d'un emploi peut être ordonné mais il doit être prolongé si l'intéressé apporte la preuve qu'il continue à chercher un emploi et qu'il a des chances véritables d'être engagé, voir CJCE, aff. 292/89 (Antonissen), Rec. 1991, p. I-745, point 13. Voir aussi CJCE, aff. C-344/95 (Commission/Belgique), Rec. 1997, p. I-1035, points 14 ss.

- Comme d'un point de vue systématique, l'art. 39 § 1 TCE établit le principe dont la portée n'est que concrétisée par l'art. 39 § 2 et 3 TCE, la libre circulation des travailleurs garantie par l'art. 39 § 1 TCE ne peut se limiter aux simples droits mentionnés aux § 2 et 3. Au contraire, une interprétation plus large de l'art. 39 § 1 TCE peut se justifier eu égard aux objectifs du Traité. Ainsi des **limitations "atypiques"** de la libre circulation qui ne sont comprises ni par le droit secondaire, ni par l'art. 39 § 2 et 3 TCE⁸², sont également interdites.

La libre circulation n'est pas définie en tant que telle dans le Traité. Mais son contenu peut être déduit des dispositions de l'art. 39 § 2 et 3 TCE. En généralisant ces garanties, on peut dire que la libre circulation comprend le droit d'accepter un emploi dans un autre Etat membre sans en être empêché par des dispositions de droit national de quelque sorte que ce soit.

Sur cette base, l'art. 39 § 1 TCE interdit tout d'abord les **discriminations** (directes ou indirectes) en raison de la nationalité dans des domaines liés à l'exercice de la libre circulation.⁸³ Ainsi, un traitement moins favorable par un Etat des ressortissants d'autres Etats membres par rapport aux nationaux est en tous les cas interdit. L'art. 39 TCE devrait également – cette opinion a été confirmée entre-temps par la CJCE – être interprétée comme une interdiction générale d'entraves.⁸⁴ Ce sont donc bien toutes les entraves au droit à la libre circulation qui sont visées – soit aussi les mesures non-discriminatoires – et pas seulement les inégalités de traitement entre les ressortissants de l'Etat en question et les étrangers à cet Etat.⁸⁵ Ceci correspond au sens et au but de la disposition et prend en compte la réalisation effective de la libre circulation puisque celle-ci peut également être touchée par des mesures non-discriminatoires, comme nous le montrent de nombreux exemples issus de la jurisprudence.

La question récurrente de l'applicabilité de la **jurisprudence "Keck"** à l'art. 39 TCE n'a pas encore été totalement clarifiée par la CJCE. De bonnes raisons devraient pourtant conduire à son application à la libre circulation des travailleurs.⁸⁶ Comme nous l'avons déjà présenté pour le droit d'établissement, il est tout à fait concevable que des règles puissent influencer, indirectement ou potentiellement, la concrétisation des droits accordés par la libre circulation,

⁸² CJCE, aff. 13/76 (Dona/Mario Montero), Rec. 1976, p. 1333, points 12/13 ss (restrictions issues d'un règlement d'une association sportive); CJCE, aff. 137/84 (Ministère public/Mutsch), Rec. 1985, p. 2681, (langues de procédure devant un tribunal pénal); CJCE, aff. C-336/94 (Dafeki/Landesversicherungsanstalt Württemberg), Rec. 1997, p. I-6761, points 16 ss (refus général de reconnaître des fiches d'état civil).

⁸³ Cf. nur CJCE, aff. 41/74 (van Duyn/Home Office), Rec. 1974, p. 1337, points 5/7; CJCE, aff. 167/73 (Commission/France), Rec. 1974, p. 631, points 45/47.

⁸⁴ CJCE, aff. C-415/93 (Union royale belge/Bosman), Rec. 1995, p. I-4921.

⁸⁵ La mesure doit cependant être apte à restreindre l'exercice du droit à la libre circulation, des événements purement hypothétiques n'étant pas pris en compte. Voir CJCE, aff. C-190/98 (Graf/Filzmoser Maschinenbau), Rec. 2000, I-493, points 24 f. Cet arrêt pourrait indiquer que la CJCE applique au moins implicitement la *ratio* de la jurisprudence Keck à l'art. 39 CE. Cf. également la note suivante.

⁸⁶ Voir notamment CJCE, aff. C-190/98 (Graf/Filzmoser Maschinenbau), Rec. 2000, I-493, point 23. La CJCE souligne que l'art. 39 TCE ne vise des mesures non-discriminatoires que si celles-ci restreignent l'accès au travail: „Toutefois, pour être aptes à constituer de telles entraves, il faut qu'elles conditionnent l'accès des travailleurs au marché du travail“.

mais au final ne concernent que les modalités de l'activité du travailleur. Dès lors, des raisons semblables à celles avancées pour l'art. 28 TCE militent pour restreindre la notion large de "restriction". Ce qui est déterminant pour l'existence de "modalités d'emploi", c'est la question de savoir si l'accès à l'emploi est touché ou non, tout en sachant, que la jurisprudence "Keck" ne s'applique qu'à des mesures non-discriminatoires.

C. Motifs justificatifs à l'atteinte

1) Limites expresses

Les droits accordés à l'art. 39 § 1, 2 et 3 TCE le sont sous réserve de **l'ordre public, de la sécurité publique et de la santé publique** (art. 39 § 3 TCE). Ces limitations ne sauraient avoir d'effets sur le droit d'entrée et de séjour car le droit communautaire le prévoit explicitement. Une autorisation de séjour ne peut dès lors avoir qu'un effet déclaratoire.⁸⁷

Comme dans le cas de l'art. 46 TCE⁸⁸, il s'agit d'une **notion autonome du droit communautaire**, bien que le concept d'ordre public en particulier puisse être déterminé selon les **besoins des Etats membres**.⁸⁹ Cette marge d'appréciation nationale doit être précisée en ce sens que les autorités nationales ne peuvent imposer des limitations à la libre circulation que s'il existe un danger effectif et suffisamment grave – indépendamment du trouble de l'ordre public que représente chaque violation de la loi – qui touche un intérêt fondamental de la société.⁹⁰ Le problème de la réserve a été nuancé par le fait que le Conseil a édicté la Directive 64/221⁹¹ coordonnant les dispositions nationales qui autorisent les mesures de police à l'égard des étrangers pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique. Le Conseil n'a toutefois pas unifié le droit national dans tous ses aspects. La Directive qui vise aussi bien les travailleurs que les indépendants, prévoit en particulier l'obligation de motiver les décisions rendues sur la base de l'ordre public concernant une mesure de police des étrangers (art. 6 Dir 64/221) et oblige les Etats membres à accorder aux personnes concernées les moyens de recours qui sont ouverts aux nationaux (art. 8 Dir 64/221)⁹². En outre, la Directive précise que les raisons d'ordre public, de sécurité et de santé publique ne peuvent être invoquées à des fins économiques (art. 2 § 2 Dir 64/221), que les mesures d'ordre public ou de sécurité publique doivent être fondées exclusivement sur le

⁸⁷ CJCE, aff. 157/79 (Pieck), Rec. 1980, p. 2171, point 13; CJCE, aff. C-363/89 (Roux), Rec. 1991, p. I-273, point 12; CJCE, aff. C-344/95 (Commission/Belgique), Rec. 1997, p. I-1035, points 14 ss.

⁸⁸ Cf. supra II.C.1), III.C.

⁸⁹ CJCE, aff. 36/75 (Rutili), Rec. 1975, p. 1219, points 26/28.

⁹⁰ CJCE, aff. 30/77 (Bouchereau), Rec. 1977, p. 1999, Leitsatz 4; CJCE, aff. 249/86 (Commission/Allemagne), Rec. 1989, p. 1263, point 17.

⁹¹ JOCE n° 1964, p. 850. Notons également que le champ d'application de cette directive a été élargi par la directive 72/194, JOCE n° L 121/1972, p. 32.

⁹² Voir CJCE, aff. 115, 116/81 (Adoui), Rec. 1982, p. 1665, points 5 ss; CJCE, aff. C-297/88, C-197/89 (Dzodzi), Rec. 1990, I-3763, points 57 ss.

comportement personnel de l'individu qui en fait l'objet (art. 3 § 1); enfin, que la seule existence de condamnations pénales ne peut pas justifier ces mesures (art. 3 § 2 Dir 64/221). La jurisprudence pose des critères relativement restrictifs pour l'application de l'art. 39 § 3 TCE eu égard au caractère exceptionnel de la disposition. Ainsi les limitations du droit d'entrée et séjour ne sont en principe pas justifiées si aucune mesure ou des mesures coercitives moins étendues sont prises face au même comportement des nationaux.⁹³ De même des simplifications d'ordre administratif, des augmentations des cotisations sociales ou les difficultés y relatives ne sauraient représenter un intérêt public au sens du Traité.⁹⁴ Dans tous les cas les mesures de police des étrangers ne peuvent être prises en raison de l'appartenance à un syndicat de travailleurs ou de l'exercice de droits syndicaux⁹⁵. Même les décisions légitimes des Etats membres d'expulsions de citoyens de l'Union européenne ne peuvent être prononcées ni pour une durée indéterminée, ni sous une forme irrévocable, sous peine de contrevenir au principe fondamental de la libre circulation qui représente la règle; l'interdiction de voyager étant l'exception⁹⁶.

2) Limites non écrites

D'après la jurisprudence de la CJCE, en cas de limitations non-discriminatoires – respectivement en cas de discriminations matérielles – des motifs d'intérêts généraux peuvent également justifier de restreindre la libre circulation⁹⁷, de sorte que la garantie de l'art. 39 TCE est largement soumise aux mêmes limites que les art. 28, 43 et 49 TCE⁹⁸.

⁹³ CJCE, aff. 115 et 116/81 (Adoui), Rec. 1982, p. 1665, point 8; CJCE, aff. 249/86 (Commission/Allemagne), Rec. 1989, p. 1263, points 19 ss (un espace d'habitation insuffisant ne saurait justifier un refus de prolonger l'autorisation de séjour); CJCE, aff. C-24/97 (Commission/Allemagne), Rec. 1998, I-2133, points 11 ss (concernant une amende différenciée pour les ressortissants allemands et étrangers dans le cas d'une violation de l'obligation d'expulsion). CJCE, aff. 41/74 (van Duyn), Rec. 1974, p. 1337, points 21/23, (concernant un ressortissant étranger membre d'une organisation indésirable mais pas formellement interdite, l'appartenance à cette organisation ayant été considérée comme une raison suffisante pour l'expulser).

⁹⁴ CJCE, aff. C-18/95 (Terhoeve), Rec. 1999, p. I-345.

⁹⁵ CJCE, aff. 36/75 (Rutili), Rec. 1975, p. 1219, points 29/31.

⁹⁶ CJCE, aff. C-65/95, C-111/95 (The Queen/Secretary of State for the Home Department, ex parte Mann Singh Shingara und Abbas Radiom), Rec. 1997, p. I-3343, points 39 ss; CJCE, aff. C-348/96 (Calfa), Rec. 1999, p. I-11, points 20 ss.

⁹⁷ Notamment CJCE, aff. C-90/96 (Petrie), Rec. 1997, p. I-6527, points 47 ss; CJCE, aff. C-350/96 (Clean Car), Rec. 1998, p. I-2521, points 26 ss; CJCE, aff. C-336/96 (Gilly), Rec. 1998, p. I-2793, points 23 ss; CJCE, aff. C-18/95 (Terhoeve), Rec. 1999, p. I-345., points 43 ss.

⁹⁸ Voir par exemple CJCE, aff. C-415/93 (Bosman), Rec. 1995, p. I-4921, points 105 ss et 121 ss, (concernant les règles de transferts et les clauses d'étrangers pratiquées par les associations professionnelles de football; la CJCE examina les motifs justificatifs à faire valoir dans ce contexte: intérêts au maintien de l'équilibre financier et sportif des clubs, recherche de jeunes talents, formation de jeunes joueurs); voir également CJCE, aff. C-176/96 (Lehtonen), Rec. 2000, p. I-2681; CJCE, aff. C-19/92 (Kraus), Rec. 1993, p. I-1663; CJCE, aff. C-204/90 (Bachmann), Rec. 1992, p. I-249; CJCE, aff. 33/88 (Allué), Rec. 1993, p. I-4309.

Notons encore que dans le cadre de l'art. 39 TCE, les raisons économiques, les difficultés pratiques ou les simplifications administratives ne peuvent en principe pas justifier une limitation du droit à la libre circulation.⁹⁹

3) Proportionnalité

Finally, les mesures doivent toujours respecter le principe de **proportionnalité**. La CJCE examine en premier lieu – comme pour les autres libertés fondamentales – si la mesure est apte à atteindre le but recherché et si elle est nécessaire, alors que la proportionnalité au sens étroit ne joue qu'un rôle insignifiant.¹⁰⁰

V. L'accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et la Communauté européenne

A. Aperçu

L'accord sur la libre circulation des personnes (cité ci-dessous "Accord")¹⁰¹ constitue l'un des sept accords sectoriels signé le 21 juin 1999 et introduit, entre la Suisse et la Communauté européenne, comme son nom l'indique, la libre circulation des personnes. Il est entré en vigueur le 1er juin 2002, en même temps que les autres accords sectoriels concernant la recherche, les obstacles techniques au marché, les produits agricoles, les marchés publics, les transports terrestres et les transports aériens.¹⁰² L'accord sur la libre circulation des personnes contient un texte principal relativement court de 25 articles et trois annexes détaillées. Il traite non seulement de la libre circulation des personnes (cf. articles 1 à 7 de l'accord et annexe I), mais aussi de la coordination des systèmes de sécurité sociale (cf. article 8 de l'accord et annexe II) et de la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres (cf. article 9 de l'accord et annexe III). En outre, l'article 10 de l'Accord contient des dispositions transitoires détaillées, et les articles 11 à 25 des règles institutionnelles et les dispositions finales que l'on trouve habituellement dans les traités de droit international public. A cela, il faut encore ajouter trois protocoles faisant partie intégrante de l'Accord¹⁰³, et aussi un acte

⁹⁹ CJCE, aff. C-187/96 (Commission/Grèce), Rec. 1998, p. I-1095; dans le même sens CJCE, aff. C-87/99 (Zurstrassen), Rec. 2000, p. I-3337, points 25 ss.

¹⁰⁰ Voir par exemple CJCE, aff. C-415/93 (Bosman), Rec. 1995, I-4921, points 105 ss, 121 ss; CJCE, aff. C-379/87 (Groener), Rec. 1989, p. 3967, points 23 s.; CJCE, aff. C-234/97 (Fernandez de Bobadilla), Rec. 1999, p. I-4773, points 29 ss; CJCE, aff. C-355/98 (Commission/Belgique), Rec. 2000, p. I-1221, points 32 s.; CJCE, C-350/96 (Clean Car), Rec. 1998, p. I-2521, points 34 ss.

¹⁰¹ Accord entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, FF 1999, 6319 ss; JOCE n° L 114 du 30.4.2002, p. 6 ss.

¹⁰² Pour les textes de tous les accords sectoriels voir FF 1999, 5788 ss; JOCE n° L 114 du 30.4.2002, p. 1 ss.

¹⁰³ Art. 15 de l'Accord.

final composé de déclarations communes et unilatérales des parties, ces déclarations devant être prises en considération lors de l'interprétation de l'Accord.¹⁰⁴ Les Etats membres sont également parties à l'Accord, aux côtés de la Suisse et de la Communauté européenne, si bien qu'il s'agit d'un accord multilatéral et non bilatéral comme le laisse entendre la désignation communément admise.

Les **négociations** concernant les accords sectoriels sont le fruit de l'initiative du Conseil fédéral suisse, qui opta pour une politique bilatérale (ne se déroulant donc pas dans le cadre de l'AELE) et sectorielle (au contraire du traité sur l'EEE, plus complet) afin de réagir aux conséquences négatives du "non" de la Suisse à l'Espace économique européen lors du référendum du 6 décembre 1992. Les négociations formelles se sont déroulées sur quatre ans, à savoir de fin 1994 à décembre 1998. Les accords sectoriels furent signés le 21 juin 1999, après une traduction des divers textes dans les 11 langues officielles de l'UE, chacun de ces textes faisant foi.¹⁰⁵ Pendant que les autres dossiers étaient proposés par la Suisse, la Communauté européenne insista sur l'inclusion de la libre circulation des personnes (et de l'ouverture des marchés de produits agricoles) dans les négociations.¹⁰⁶ Comme dans tout accord d'association, la Communauté européenne imposa la reprise plus ou moins étendue de l'acquis communautaire y relatif, afin de permettre l'application des mêmes règles à l'intérieur de la CE et dans les relations avec les Etats tiers. Ainsi le développement interne et l'autonomie de l'ordre juridique communautaire¹⁰⁷ ne serait pas compromis.

B. Objectifs et champ d'application de l'Accord

L'Accord a pour but la réalisation de la libre circulation des personnes entre la Suisse et la Communauté européenne "en s'appuyant sur les dispositions en application dans la Communauté européenne".¹⁰⁸ Cet objectif est concrétisé de manière plus détaillée à l'article 1 de l'accord qui prévoit:

- a) d'accorder un droit d'entrée, de séjour, d'accès à une activité économique salariée, ainsi qu'un droit d'établissement en tant qu'indépendant et le droit de demeurer sur le territoire des parties contractantes;

¹⁰⁴ Cf. art. 31 § 2 lit. a et b de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, RS 0.111.

¹⁰⁵ Voir les dispositions à la fin de l'Accord relatives au régime des langues. Concernant les négociations, voir *Bettina Kahil-Wolff*, Suisse - Europe, Aspects politiques et juridiques des négociations bilatérales, 1995, p. 9 ss.

¹⁰⁶ Message du Conseil fédéral Message relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE. du 23 juin 1999, tiré à part OCFIM (1999) (= FF 1999, 5440 ss), notamment: Message accords sectoriels, p. 12. Concernant la position de la CE dans les négociations, voir Commission européenne, Aide-mémoire non attribuable concernant les négociations entre l'Union européenne et la Suisse sur la libre circulation des personnes, document n° MEMO/95/118 du 13.09.1995.

¹⁰⁷ Cf. CJCE, avis 1/91 (EEE I), Rec. 1991, p. I-6079, point 47; CJCE, avis 1/92 (EEE II), Rec. 1992, p. I-2821, points 17 ss. Voir également *Daniel Felder* in: Luzius Mader (éd.), *Runder Tisch: Die bilateralen sektoriellen Verhandlungen*, LeGes (Gesetzgebung heute) 1999, p. 91.

¹⁰⁸ Préambule de l'Accord.

- b) de faciliter la prestation de services sur le territoire des parties contractantes, en particulier libéraliser la prestation de services de courte durée;
- c) d'accorder un droit d'entrée et de séjour, sur le territoire des parties contractantes, aux personnes sans activité économique dans le pays d'accueil;
- d) d'accorder les mêmes conditions de vie, d'emploi et de travail que celles octroyées aux nationaux.

Conformément aux buts a) et d), l'Accord étend, à quelques détails près, la libre circulation des travailleurs (article 39 TCE) et la liberté d'établissement (article 43 TCE) à la Suisse et à ses ressortissants. De plus, les personnes sans activité économique jouissent aussi de la libre circulation des personnes conformément aux garanties (principalement de droit secondaire) prévues par le droit communautaire (lit. c).¹⁰⁹ Par contre, la libre prestation des services (article 49 TCE) n'est reprise que partiellement, dans le sens que seules sont libéralisées les prestations de service de courte durée (lit. d).

Le **champ d'application territorial** couvre le territoire suisse et celui des quinze Etats membres de la CE.¹¹⁰ Précisons avant tout qu'il s'agit d'un accord mixte, les Etats membres étant parties au traité aux côtés de la Communauté européenne. Par conséquent, le champ d'application de l'Accord ne s'étend pas automatiquement aux Etats adhérant à l'UE, étant donné que les parties à un traité ne peuvent se voir opposer de nouveaux partenaires sans leur accord.¹¹¹ De nouvelles négociations devront dès lors avoir lieu concernant l'extension de l'Accord aux pays candidats.¹¹² Les relations entre la Suisse et les autres pays membres de l'AELE (c'est-à-dire les Etats membres de l'EEE : l'Islande, le Liechtenstein et la Norvège) ne sont pas réglées par les accords sectoriels en tant que tels, ces Etats n'étant pas parties à l'Accord. La Suisse a cependant conclu avec eux des traités équivalents, qui modifient la Convention de l'AELE et correspondent exactement à six des accords sectoriels (à l'exception de l'accord sur la recherche). Toutefois, des règles spéciales sont applicables concernant le Liechtenstein.¹¹³

¹⁰⁹ Voir supra IV.A.2.

¹¹⁰ Art. 24 de l'Accord, art. 299 TCE. Voir également supra I.B. Pour plus de détails, voir *Thomas Oppermann*, *Europarecht*, n° 184-199; *Kirsten Schmalenbach*, in: *Calliess/Ruffert, Kommentar EUV/EGV*, 2^{ème} éd. 2002, Art. 299; *Meinhard Schröder*, in: *von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Komm. EU/EG-Vertrag*, 5^{ème} éd. 1997, Art. 227.

¹¹¹ Cf. art. 35 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Voir également *Meinhard Schröder*, in: *von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Komm. EU/EG-Vertrag*, 5^{ème} éd. 1997, Art. 227, n° 52; *Werner Meng*, in: *von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Komm. EU/EG-Vertrag*, 5^{ème} éd. 1997, Art. O EUV, n° 79.

¹¹² Dans ce sens également le Message accords sectoriels, p. 9; *Daniel Felder*, in: *Daniel Felder/Christine Kaddous (éd.), Accords bilatéraux Suisse – UE (Commentaires)*, 2001, p. 117 (143); *Ridha Fraoua/Luzius Mader*, in: *Daniel Felder/Christine Kaddous (éd.), Accords bilatéraux Suisse – UE (Commentaires)*, 2001, p. 149 (168-170); *Daniel Thürer/Carolin Hillemanns*, *Allgemeine Prinzipien*, p. 17 (27 s.); *Walter Kälin*, in: *Cottier/Oesch, Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EG*, p. 11 (17). De l'avis contraire: *Erik Evtimov*, *RSDIE* 2001, p. 289 (322).

¹¹³ Accord du 21 juin 2001 amendant la Convention instituant l'Association européenne de libre-échange (AELE), FF 2001, 4792 ss. Voir aussi le Message relatif à l'approbation de l'Accord du 21 juin 2001 amendant la Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de libre échange (AELE), FF 2001, 4729 ss. Les relations entre la Suisse et le Liechtenstein sont régies par le protocole du 21 juin 2001 qui fait partie intégrante de l'Accord AELE.

Les bénéficiaires de l'Accord sont principalement les ressortissants de la Suisse et des Etats membres de la Communauté européenne. Les ressortissants des Etats tiers peuvent entrer dans le **champ d'application personnel** de l'accord en tant que membres de la famille ou travailleurs détachés.¹¹⁴ Les ressortissants des Etats-membres de l'AELE ont la possibilité, par contre, de se prévaloir de l'accord parallèle conclu avec les Etats énoncés ci-dessus.

Le **champ d'application temporel** des sept accords sectoriels est réglé par des dispositions similaires qui lient les accords entre eux.¹¹⁵ En conséquence, les accords ne peuvent entrer en vigueur que simultanément, et la dénonciation de l'un entraîne celle des autres ("parallélisme approprié"). Les accords sont en fait conclus pour une durée indéterminée. Car, bien que conclus pour une période initiale de sept ans, leur validité se prolonge automatiquement pour une durée indéterminée si la CE ou la Suisse n'ont pas émis un avis contraire.¹¹⁶ La Communauté européenne et la Suisse peuvent dénoncer à tout moment chacun des sept accords, à condition de respecter un délai de six mois et de le notifier à l'autre partie. L'effet de cette dénonciation sera donc de mettre fin simultanément aux sept accords sectoriels (clause dite de "guillotine"¹¹⁷). Le droit de dénoncer n'appartient qu'à la Suisse et à la Communauté européenne, et non aux Etats membres, même dans le cadre de l'accord sur la libre circulation des personnes.¹¹⁸ En cas de dénonciation ou de non prolongement de l'Accord, les individus bénéficiant de droits issus de l'accord pourront continuer à les exercer.¹¹⁹ Du reste, il est naturellement loisible aux parties de modifier ou d'abroger d'un commun accord un seul ou tous les traités. Il faut distinguer du champ d'application temporel la question de la période transitoire, comme elle est prévue dans l'accord sur la libre circulation des personnes.¹²⁰

C. Nature et effets juridiques de l'accord

L'accord sur la libre circulation des personnes est un **traité de droit international public**. Du point de vue du droit communautaire, il s'agit d'un **accord d'association**, dans le sens de l'article 310 TCE¹²¹, et aussi d'un **accord mixte**, puisque les Etats membres sont aussi parties

¹¹⁴ Voir par exemple les art. 1 et 3 de l'annexe I. Voir également supra IV.A.1.

¹¹⁵ Voir l'art. 25 de l'Accord et les dispositions identiques dans les autres accords sectoriels (avec des particularités pour la recherche): art. 14 de l'Accord sur la recherche; art. 18 de l'Accord sur les marchés publics; art. 21 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce; art. 17 de l'Accord sur les produits agricoles; art. 36 de l'Accord sur les transports aériens; art. 58 de l'Accord sur les transports terrestres.

¹¹⁶ Art. 25 § 2 de l'Accord.

¹¹⁷ Message Accords sectoriels, p. 29.

¹¹⁸ Art. 25 § 3 de l'Accord.

¹¹⁹ Art. 23 de l'Accord.

¹²⁰ Voir art. 10 de l'Accord.

¹²¹ Voir aussi la Décision du Conseil et de la Commission concernant l'Accord de coopération scientifique et technologique du 4 avril 2002 relative à la conclusion de sept accords avec la Confédération suisse (2002/309/CE, Euratom), JOCE n° L 114 du 30.4.2002, p. 1. La Commission européenne prévoyait par contre une série de bases légales différentes, COM (1999) 229. Concernant la notion et les effets des accords d'association voir *Günter Hirsch*, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu

à l'Accord.¹²² L'implication des Etats membres était nécessaire, étant donné que l'accord sur la libre circulation contient des dispositions pour lesquelles une compétence communautaire n'existe pas, ou en tout cas, serait discutable. La ratification par la CE et par les Etats membres est requise pour un accord mixte. Comme d'autres traités multilatéraux de droit international public, il lie chacune des parties contractantes à toutes les dispositions convenues, dans la mesure où il n'y a pas de séparation (d'après les dispositions elles-mêmes ou leur contexte) entre les obligations de la Communauté et celles des Etats membres.¹²³ Du côté de la CE, la mise en oeuvre d'un accord mixte se déroule selon les règles sur le partage des compétences internes à la Communauté.

La **validité de l'Accord au niveau national** dépend du droit interne de chaque partie contractante. La Suisse ayant adopté le système moniste, les traités sont automatiquement partie intégrante de l'ordre juridique suisse dès leur entrée en vigueur et doivent, par conséquent, être respectés aussi bien par l'administration que par les tribunaux.¹²⁴ Les traités conclus par la Communauté européenne (seule ou avec le concours des Etats membres) lient les organes communautaires et les Etats membres (article 300 § 7 TCE) et constituent une „partie intégrante de l'ordre juridique communautaire“. ¹²⁵ Ainsi d'après la jurisprudence de la CJCE, ils se placent, dans la hiérarchie des normes, entre le droit primaire et secondaire, et bénéficient du principe de la primauté du droit communautaire face au droit des Etats membres.¹²⁶

Il faut distinguer le problème de la validité des traités au sein même des Etats contractants, du problème de l'**effet direct**, autrement dit si le particulier peut invoquer certaines dispositions de l'Accord devant l'administration et les tribunaux nationaux. La réponse à cette question dépend d'abord de l'interprétation du traité même. D'après la jurisprudence de la CJCE, la disposition concernée doit comporter une obligation claire et précise, qui n'est ni subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte ultérieur.¹²⁷ Le Tribunal fédéral suisse applique essentiellement les mêmes critères: le contenu de la disposition de l'accord doit être suffisamment clair et précis pour servir de base à toute décision dans un cas concret. La norme doit, par conséquent, être adaptée à une application juridictionnelle, elle doit avoir pour objet certains droits et obligations et s'adresser à

Assoziierungsabkommen, Bayerische Verwaltungsblätter (BayVBl) 1997, p. 449 ss; *Kirsten Schmalenbach*, in: Calliess/Ruffert, Kommentar EUV/EGV, 2^{ème} éd. 2002, Art. 310, n° 11.

¹²² Cf. *Christoph Vedder* in: Grabitz/Hilf, Kommentar EUV/EGV (mise à jour 2002), Art. 228, n° 29; *Christian Tomuschat* in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Komm. EU/EG-Vertrag, 5^{ème} éd. 1997, Art. 228, n° 9 und 10.

¹²³ *Christoph Vedder* in: Grabitz/Hilf, Kommentar EUV/EGV (mise à jour 2002), Art. 228, n° 19.

¹²⁴ ATF 124 II 307; *Alberto Achermann*, Der Vorrang des Völkerrechts, in: Thomas Cottier/Alberto Achermann/Daniel Wüger/Valentin Zellweger, Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht, 2000, p. 33 ss.

¹²⁵ CJCE, aff. 181/73 (Haegemann), Rec. 1974, p. 449, point 5; CJCE, aff. 104/81 (Kupferberg), Rec. 1982, p. 3641, points 11 ss.

¹²⁶ CJCE, aff. jointes 21 à 24/72 (International Fruit Company), Rec. 1972, p. 1219, point 38. Voir également *Christian Tomuschat* in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Komm. EU/EG-Vertrag, 5^{ème} éd. 1997, Art. 228, n° 77; *Astrid Epiney*, EuZW 1999, p. 5 (7).

¹²⁷ CJCE aff. 12/86 (Demirel), Rec. 1987, p. 3719, point 14.

l'instance compétente.¹²⁸ Ainsi, toutes les règles de l'accord sur la libre circulation des personnes conférant des droits aux particuliers devraient remplir ces conditions. Le fait que des droits exprès (par exemple les articles 3 à 6 de l'Accord) sont accordés aux ressortissants des parties contractantes, nous permet de pencher dans ce sens. A cela, il faut ajouter l'article 11 de l'Accord qui garantit le droit d'exiger l'application des dispositions de l'accord tant au niveau de l'administration, qu'au niveau judiciaire ("auprès des autorités compétentes"). En conséquence, au moins les dispositions suivantes devraient trouver application directe: les articles 2 à 6 de l'Accord, puis les articles 1 à 10 et 12 à 25 de l'annexe I.¹²⁹ Conformément à la jurisprudence de la CJCE concernant l'effet direct des décisions des Conseils d'association, les décisions prises par le Comité mixte pourront aussi trouver application directe.¹³⁰ En outre, les parties doivent observer **l'obligation de stand still** de l'article 13 de l'Accord, qui leur interdit d'introduire, dans les domaines régis par l'accord, de nouvelles restrictions pour les ressortissants des autres parties contractantes.

D. Interprétation de l'accord

L'accord sur la libre circulation des personnes étant un traité de droit international public, il conviendra dès lors de l'interpréter selon les **règles du droit international public**.¹³¹ Il en ressort que l'accord „doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but“.¹³² Comme l'Accord est de droit international public et qu'il a une finalité toute autre que celle du TCE et TUE, il n'est pas possible de reprendre tel quel, dans l'Accord, l'interprétation du droit communautaire mise en oeuvre par la CJCE d'après le principe de „l'effet utile“. Effectivement, cette interprétation repose sur une conception d'intégration communautaire et favorise de ce fait la libre circulation. Il faut cependant tenir compte de l'article 16 § 2 de l'Accord, qui contient un **renvoi statique à la jurisprudence de la CJCE**: „Dans la mesure où l'application du présent accord implique des notions de droit communautaire, il sera tenu compte de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice des Communautés européennes antérieure à la date de sa signature.“ De plus, selon le préambule, la libre circulation des personnes doit être réalisée „en s'appuyant sur les dispositions en application dans la Communauté européenne“ et les droits et obligations équivalant à ceux contenus dans les

¹²⁸ ATF 124 III 91 s. Voir également Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse I*, 2000, n° 1282.

¹²⁹ Également dans ce sens *Walter Kälin*, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch, *Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EG*, p. 11 (19).

¹³⁰ Voir par exemple l'accord d'association avec la Turquie et les arrêts CJCE, aff. 12/86 (Demirel), Rec. 1987, p. 3719, points 19 ss; CJCE, aff. C-192/89 (Sevince), Rec. 1990, p. I-3461, points 15 ss.

¹³¹ Voir notamment les art. 31-33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui sont applicables à l'accord en tant que règles du droit international public coutumier.

¹³² Art. 31 § 1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

actes juridiques de la CE doivent trouver application¹³³. Nous pouvons en déduire que la jurisprudence de la CJCE est déterminante, si le contraire ne ressort pas de la systématique et des objectifs de l'accord.

E. Introduction par étapes de la libre circulation des personnes

La libre circulation des personnes est, d'après l'accord, introduite en plusieurs étapes:¹³⁴

- Dès le premier juin 2002 sont en vigueur le principe du traitement national, les dispositions concernant le regroupement familial, l'acquisition d'immeubles, la libéralisation des services de courte durée, la sécurité sociale et la reconnaissance mutuelle des diplômes. Il est prévu un droit à l'octroi d'une autorisation de séjour, pour les travailleurs salariés et les indépendants, sous la réserve toutefois d'un contingentement déterminé¹³⁵ et du principe de la primauté du travailleur national.¹³⁶ Ce droit à une autorisation de séjour n'est cependant pas soumis à des contingents pour les personnes sans activité lucrative. Les travailleurs et les indépendants ont droit à la mobilité géographique et professionnelle, le changement du lieu d'établissement ou de l'activité lucrative ne peut donc pas être soumis à une autorisation.
- Dès le premier juin 2004, les Suissesses et les Suisses pourront jouir d'une totale liberté de circulation dans toute la Communauté. La primauté des travailleurs nationaux sur le marché du travail ainsi que le contrôle des conditions salariales et de travail pour les ressortissants communautaires seront abolis en Suisse.
- Dès le premier juin 2007, les contingents helvétiques concernant les ressortissants communautaires seront supprimés. La Suisse aura tout de même la possibilité de faire usage d'une clause de protection qu'elle pourra déclencher unilatéralement.¹³⁷ Cette éventualité mise à part, la libre circulation des personnes sera totale pour les ressortissants communautaires en Suisse.
- En 2009 aura lieu en Suisse une décision soumise à référendum quant à la reconduction de l'Accord.¹³⁸
- Dès le premier juin 2014, la libre circulation des personnes déploiera tous ces effets, sous réserve d'une clause de protection que les parties ne pourront déclencher que d'un commun accord.¹³⁹

¹³³ Art. 16 § 1 de l'Accord.

¹³⁴ Voir les dispositions transitoires détaillées de l'art. 10 de l'Accord et des art. 26 ss de l'annexe I.

¹³⁵ Art. 10 § 3 de l'Accord.

¹³⁶ Art. 10 § 2 de l'Accord.

¹³⁷ Art. 10 § 4 de l'Accord.

¹³⁸ Voir la déclaration unilatérale de la Suisse sur la reconduction de l'accord dans l'Acte final de l'accord, FF 1999, 6397; JOCE n° L 114 du 30.4.2002, p. 71.

¹³⁹ Art. 14 § 2 de l'Accord.

La „**transposition**“ en Suisse se fera surtout par le biais d’ordonnances édictées par le Conseil fédéral¹⁴⁰, abstraction faite de l’adaptation d’un certain nombre de lois¹⁴¹. L’ordonnance sur l’introduction progressive de la libre circulation des personnes sera ajustée à l’occasion de chaque étape selon les dispositions transitoires de l’accord, le premier changement ayant lieu le premier juin 2004. La LSEE se contente de renvoyer globalement aux dispositions de l’accord¹⁴² et n’est applicable aux ressortissants communautaires que si une situation n’est pas réglé par l’accord ou si la LSEE contient une réglementation plus favorable.¹⁴³ La Suisse a en outre édicté des **mesures d’accompagnement**, lesquelles doivent empêcher avant tout un dumping social et salarial. Ces dispositions comprennent en particulier une décision d’extension facilitée rendant obligatoire les conventions collectives de travail, l’introduction de salaires minimaux par des contrats de travail standards et des dispositions concernant les conditions de travail des travailleurs détachés (loi sur les travailleurs détachés¹⁴⁴).¹⁴⁵

F. Aperçu des droits garantis

L’annexe I contient, après quelques dispositions générales (articles 1 à 5), une réglementation relative aux travailleurs (articles 6 à 11), à la liberté d’établissement (article 12 à 16), à la libéralisation dans le domaine de la libre prestation de service (article 17 à 23), à la libre circulation des personnes sans activité lucrative (article 24), ainsi qu’à l’acquisition

¹⁴⁰ Ordonnance du 22 mai 2002 sur l’introduction progressive de la libre circulation des personnes entre, d’une part, la Confédération suisse et, d’autre part, la Communauté européenne et ses Etats membres, ainsi qu’entre les Etats membres de l’Association européenne de libre-échange (Ordonnance sur l’introduction de la libre circulation des personnes, OLCP), RS 142.203. Voir aussi les Directives et commentaires de l’Office fédéral des étrangers (OFE) concernant l’introduction progressive de la libre circulation des personnes entre la Confédération suisse et la Communauté européenne ainsi que ses Etats membres, et entre la Confédération suisse et les Etats membres de l’AEE, la Norvège, l’Islande et la Principauté de Liechtenstein (Directives OLCP).

¹⁴¹ Voir notamment la Loi fédérale sur l’Accord entre, d’une part, la Confédération suisse et, d’autre part, la Communauté Européenne et ses Etats membres sur la libre circulation des personnes du 8 octobre 1999, AS 2002, 701 ss.

¹⁴² Ce qui peut être considéré comme un autre argument en faveur de l’effet direct des dispositions de l’accord. Voir dans le même sens *Stephan Breitenmoser/Michael Isler*, Der Rechtsschutz im Personenfreizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EG sowie den Mitgliedstaaten, AJP 2002, p. 1003 (1007); *Peter Gasser*, Grundsätzliche Charakteristik des Abkommens über die Freizügigkeit, in: Daniel Felder/Christine Kaddous (éd.), Accords bilatéraux Suisse – UE (Commentaires), 2001, p. 269 (274).

¹⁴³ Art. 1 LSEE (Loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l’établissement des étrangers), RS 142.20. Voir également l’art. 12 de l’Accord.

¹⁴⁴ Loi fédérale sur les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés en Suisse et sur les mesures d’accompagnement (Loi sur les travailleurs détachés) du 8 octobre 1999, FF 1999, 5779 ss. Voir également à ce sujet l’art. 22 § 2 de l’annexe I.

¹⁴⁵ Voir à ce sujet *Wolfgang Portmann*, Die flankierenden Massnahmen zum Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EG sowie ihren Mitgliedstaaten, ARV 2001, p. 3 ss, (également in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Roger Zäch (éd.), Bilaterale Verträge Schweiz - EG, 2002, p. 267 ss); *Daniel Veuve*, Mesures d’accompagnement de l’Accord sur la libre circulation des personnes, in: Daniel Felder/Christine Kaddous (éd.), Accords bilatéraux Suisse – UE (Commentaires), 2001, p. 289 ss.

d'immeubles (article 25). Ces normes sont fortement semblables aux dispositions sur la libre circulation des personnes du droit communautaire primaire et secondaire et, par conséquent, elles sont à interpréter à la lumière de la jurisprudence de la CJCE rendue avant le 21 juin 1999.¹⁴⁶

1) Libre circulation des travailleurs

Les travailleurs ont, conformément à l'article 39 TCE et aux garanties du droit communautaire secondaire¹⁴⁷, le droit de se déplacer, de séjourner et de répondre à des emplois offerts.¹⁴⁸ Comme en droit communautaire¹⁴⁹, ils ont un droit à l'obtention d'une autorisation de séjour¹⁵⁰ et à la mobilité aussi bien géographique que professionnelle¹⁵¹. L'article 2 de l'Accord interdit toute discrimination (directe ou indirecte¹⁵²) en raison de la nationalité „dans l'application et conformément aux dispositions des annexes I, II et III de cet accord“. Cette disposition doit être interprétée en tant qu'**interdiction générale de discriminations** avec effet direct, malgré le texte équivoque de la loi („selon les annexes I, II, III“), et peut donc trouver application lorsque les obligations spéciales sur l'égalité de traitement dans les annexes I à III ne s'appliquent pas. Plaide en cette faveur le fait que l'Accord poursuit, selon son préambule, la réalisation de la libre circulation des personnes „en s'appuyant sur les dispositions en application dans la Communauté européenne“, mais aussi la formulation similaire de l'article 12 TCE qui interdit toute discrimination dans le cadre du champ d'application du traité CE. On peut trouver des obligations spéciales d'égalité de traitement par exemple à l'article 9 de l'annexe I, qui concerne, entre autres, l'accès à l'emploi, la rémunération et d'autres conditions de travail¹⁵³, ou encore les avantages fiscaux et sociaux¹⁵⁴.

2) Liberté d'établissement et libre prestation de service

¹⁴⁶ Art. 16 § 2 de l'Accord et supra V.D.

¹⁴⁷ Art. 3 § 1 de la directive 68/360 et art. 5 du règlement 1612/68. En droit communautaire, un délai de 6 mois pour la recherche d'un emploi (comme prévu par l'art. 2 § 1 de l'annexe I) doit être prolongé si l'intéressé apporte la preuve qu'il continue à chercher un emploi et qu'il a des chances véritables d'être engagé, voir CJCE, Rec. 1991 I, p. 745, aff. 292/89 (Antonissen).

¹⁴⁸ Art. 3 et 4 de l'Accord, art. 6-10 de l'annexe I.

¹⁴⁹ Art. 39 § 3 lit. b TCE en relation avec l'art. 4 de la directive 68/360.

¹⁵⁰ Art. 6 de l'annexe I.

¹⁵¹ Art. 8 de l'annexe I.

¹⁵² Voir supra I.B.

¹⁵³ Cf. art. 39 TCE et le règlement 1612/68, JOCE 1968, n° L 257, p. 1.

¹⁵⁴ Cf. art. 7 § 2 du règlement 1612/68 qui concrétise l'interdiction de discrimination selon l'art. 39 § 2 TCE. Sur les répercussions du traitement national en droit fiscal voir *Pascal Hinny*, Die bilateralen Verträge und ihre Auswirkungen auf unser Steuerrecht: Sind Pauschalbesteuerung und Quellensteuer weiterhin zulässig?, *Der Schweizer Treuhänder* 2000, p. 1147 ss; *idem*, Impact on Swiss Tax Law of the Non-Discrimination Requirement in the EC-Swiss Bilateral Agreements, *European Taxation (ET)* 2001, p. 423 ss.

Les **indépendants** jouissent, aux mêmes conditions que les travailleurs, d'un droit de séjour à des fins d'établissement, s'étendant aussi aux membres de la famille.¹⁵⁵ De plus, ils bénéficient également du droit de demeurer.¹⁵⁶ D'après l'article 5 § 1 de l'Accord, les **prestataires de service** ont le droit de fournir des services dans un autre Etat contractant, ceux-ci ne devant point dépasser la durée limite de 90 jours par an. L'article 5 § 2 lit. 1 et l'article 5 § 3 de l'Accord semblent indiquer que l'article 5 § 1 ne garantit pour l'essentiel que le droit au déplacement et de séjour, mais ne contient ni une interdiction totale de discriminations directes et indirectes, ni une interdiction générale d'entraves comme l'article 49 TCE. En outre, les activités des agences de travail temporaire et de travail intérimaire sont exclues de l'accord.¹⁵⁷ Finalement, les personnes qui se déplacent dans une partie contractante en tant que **destinataires de service** bénéficient également d'un droit d'entrée et de séjour.¹⁵⁸ La question de savoir si les destinataires de service, conformément à la jurisprudence de la CJCE¹⁵⁹, peuvent aussi bénéficier de l'interdiction générale de discrimination de l'article 2 de l'accord, dépend, selon le texte de ce même article, de leur séjour ou non dans l'Etat correspondant.

3) Les personnes sans activité lucrative et les membres de la famille

Conformément aux directives communautaires sur le droit de séjour 90/364¹⁶⁰ (droit de séjour en général), 90/365¹⁶¹ (rentiers) et 93/96¹⁶² (étudiants), les **personnes sans activité lucrative** jouissent aussi d'un droit de séjour, lorsqu'ils peuvent prouver qu'ils bénéficient d'une assurance-maladie couvrant l'ensemble des risques et de moyens financiers suffisants.¹⁶³ Les **membres de la famille** du travailleur et les indépendants jouissent également d'un droit de séjour, d'un droit à une activité lucrative¹⁶⁴, et peuvent prétendre à l'égalité de traitement quant aux conditions de travail, aux avantages sociaux et fiscaux¹⁶⁵. Sont considérés comme

¹⁵⁵ Art. 3 de l'annexe I. Voir aussi la directive 73/148.

¹⁵⁶ Selon l'art. 4 de l'annexe I qui renvoie expressément au règlement 1251/70 (JOCE 1970, n° L 142, p. 24) et à la directive 75/34 (JOCE 1975, n° L 14, p. 10).

¹⁵⁷ Art. 22 § 3 de l'annexe I.

¹⁵⁸ Art. 5 § 3 de l'Accord.

¹⁵⁹ CJCE Rec. 1989, p. 195, aff. 186/87 (Cowan).

¹⁶⁰ JOCE 1990 n° L 180, p. 26.

¹⁶¹ JOCE 1990 n° L 180, p. 28.

¹⁶² JOCE 1993 n° L 317, p. 59.

¹⁶³ Art. 24 de l'annexe I. Voir aussi supra IV.A.2.

¹⁶⁴ Art. 3 § 5 de l'annexe I. Cf. les art. 10 et 11 du règlement 1612/68.

¹⁶⁵ Ce qui correspond aux art. 7 à 9 du règlement 1612/68. Selon la jurisprudence de la Cour, les membres de la famille du travailleur migrant peuvent également se prévaloir de l'interdiction de discrimination de l'art. 7 § 2 de ce règlement, CJCE, Rec. 1985, p. 1881, aff. 94/84 (Deak).

membres de la famille (comme en droit communautaire d'ailleurs), les descendants et les ascendants ; par contre, pour les étudiants, seulement l'époux(se) et les enfants à charge.¹⁶⁶

4) Acquisition d'immeubles

L'obligation d'une autorisation pour l'acquisition de biens immobiliers par les étrangers n'est admise par le droit communautaire que dans certaines limites, car sinon l'exercice des droits conférés par la libre circulation des personnes pourrait être entravé.¹⁶⁷ D'après l'article 25 de l'annexe I, les ressortissants communautaires résidents en Suisse (et de même pour les Suisses résidents dans la CE) auront à ce sujet les mêmes droits que les nationaux de l'Etat d'accueil. Les citoyens de l'Union non domiciliés en Suisse jouissent par contre de **l'égalité de traitement** uniquement pour les immeubles servant à leur activité lucrative, les travailleurs frontaliers aussi pour l'achat d'une résidence secondaire. En outre, la Suisse peut continuer d'exiger que les ressortissants communautaires non domiciliés en Suisse auront besoin d'une autorisation pour l'acquisition de résidences secondaires et d'appartements de vacances, pour l'achat de biens immobiliers à des fins d'investissements et pour le commerce d'immeubles.

5) Sécurité sociale

Alors que l'annexe I ne contient presque aucun renvoi exprès au droit communautaire, les annexes II et III dressent une liste des actes juridiques de la CE y relatifs, et obligent les parties contractantes à appliquer ces actes communautaires ou des règles équivalentes à ceux-ci.¹⁶⁸ Cette formulation ne doit pas masquer le fait que les mêmes règles seront appliquées dans les relations avec la Suisse qu'à l'intérieur de la CE. L'annexe II concernant la coordination des systèmes de sécurité sociale renvoie essentiellement aux **règlements de coordination 1408/71 et 574/72**¹⁶⁹, ainsi qu'à la directive 98/49¹⁷⁰. Il s'agit de renvois statiques à la version en vigueur lors de la signature à l'Accord. Selon l'article 20 de l'accord, les traités bilatéraux d'assurances sociales conclus entre la Suisse et les Etats membres seront abandonnés, dans la mesure où le même domaine est déjà réglé dans l'Accord. Cela devrait être le cas de la plupart des traités, car les règlements communautaires 1408/71 et 574/72 ont un champ d'application bien plus large que les traités susmentionnés.¹⁷¹

¹⁶⁶ Art. 3 § 2 de l'annexe I.

¹⁶⁷ Voir l'art. 9 du règlement 1612/68.

¹⁶⁸ Voir l'art. 1 § 1 de l'annexe II de l'Accord.

¹⁶⁹ Les deux dans la version du 8.2.1999, JOCE n° L 38 du 12.2.1999, p. 1.

¹⁷⁰ JOCE n° L 209 du 25.7.1998, p. 46.

¹⁷¹ Sur la coordination des systèmes de sécurité sociale selon l'Accord voir *Maria Verena Brombacher Steiner*, Die soziale Sicherheit im Abkommen über die Freizügigkeit der Personen, in: Daniel Felder/Christine Kaddous (éd.), *Accords bilatéraux Suisse – UE (Commentaires)*, 2001, 353 ss; *Edgar Imhof*, Eine Anleitung zum Gebrauch des Personenfreizügigkeitsabkommens und der VO 1408/71, in: Hans-Jakob Mosimann (éd.), *Aktuelles im Sozialversicherungsrecht*, 2001, 19 ss; *Bettina Kahil-Wolff*,

6) Reconnaissance des diplômes

L'accord favorise la libre circulation des personnes, comme d'ailleurs le droit communautaire¹⁷², par l'entremise de la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres.¹⁷³ L'accord renvoie aux **directives communautaires** sur la reconnaissance des diplômes, dont la Directive 77/249 concernant la libre prestation des services par les avocats ainsi que la Directive visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat 98/5/EG¹⁷⁴, à tel point que la Suisse appliquera des règles correspondantes aux diplômes délivrés dans les Etats membres de la CE et inversement.

H. Comité mixte

Le Comité mixte est responsable de la gestion et de la bonne application de l'accord. Il se réunit en fonction des besoins mais au moins une fois par an et prend ses décisions d'un commun accord.¹⁷⁵ La Communauté est représentée dans le Comité mixte par un membre de la Commission. Cependant, la position de la Communauté est déterminé auparavant par le Conseil sur proposition de la Commission, conformément aux dispositions du traité instituant

L'assurance-chômage et l'Accord sur la libre circulation des personnes CH-CE, SZS 1999, p. 432 ss; *Bettina Kahil-Wolff*, L'assurance-maladie sociale vue sous l'angle de l'Accord sur la libre circulation des personnes Suisse-CE, SZS 2000, p. 232 ss; *Bettina Kahil-Wolff*, L'Accord sur la libre circulation des personnes Suisse-CE et le droit des assurances sociales, La semaine judiciaire 2001, p. 81 ss; *Thomas Locher*, Auswirkungen des Freizügigkeitsabkommens auf das schweizerische Sozialversicherungsrecht, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (éd.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz - EG, Bern 2002, p. 39 ss; *Roland A. Müller*, Soziale Sicherheit, in: Daniel Thürer, Rolf H. Weber, Roger Zäch (éd.), Bilaterale Verträge Schweiz - EG, Zürich 2002, p. 139 ss; Erwin Murer (éd.), Das Personenverkehrsabkommen mit der EU und seine Auswirkungen auf die soziale Sicherheit der Schweiz, Bern 2001; René Schaffhauser/Christian Schürer (éd.), Die Durchführung des Abkommens EU/CH über die Personenfreizügigkeit (Teil Soziale Sicherheit) in der Schweiz, St. Gallen 2001; René Schaffhauser/Christian Schürer (éd.), Rechtsschutz der Versicherten und der Versicherer gemäss Abkommen EU/CH über die Personenfreizügigkeit (APF) im Bereich der Sozialen Sicherheit, St.Gallen 2002 sowie die Beiträge in: Soziale Sicherheit CHSS, Heft 3/1999, p. 120 ss und 2/2002, p. 69 ss.

¹⁷² Art. 47 TCE.

¹⁷³ Art. 9 de l'Accord et annexe III.

¹⁷⁴ Voir à ce sujet *Dominique Dreyer/Bernard Dubey*, La place des avocats dans les Accords sectoriels et leur rôle dans leur application, in: Daniel Felder/Christine Kaddous (éd.), Accords bilatéraux Suisse – UE (Commentaires), 2001, p. 209 ss; *Fritz Rothenbühler*, Dienstleistungsfreiheit und Berufsanerkennung, insbesondere für Rechtsanwälte, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (éd.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz - EG, Berner Tage für die juristische Praxis (BTJP 2002), 2002, p. 11 ss; *Sobotta/Kleinschnittger*, EuZW 1998, p. 645 ss.

¹⁷⁵ Art. 14 de l'Accord. Sur les comités mixtes prévus par les Accords sectoriels en général voir *Tobias Jaag*, Institutionen und Verfahren, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Roger Zäch (éd.), Bilaterale Verträge Schweiz - EG, 2002, p. 39 ss.

la Communauté européenne applicables en la matière.¹⁷⁶ Le Comité mixte est compétent pour l'échange d'informations, les consultations¹⁷⁷ et pour le règlement de différends entre les parties contractantes¹⁷⁸. De plus, il décide des effets éventuels de la jurisprudence de la CJCE parue après la signature de l'accord.¹⁷⁹ Il doit être préalablement informé de tout changement de dispositions légales nationales et dès qu'il y a un changement dans la jurisprudence des instances dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne dans un domaine régi par l'accord, afin qu'il puisse mener un échange d'opinions à ce sujet.¹⁸⁰ En outre, il se charge des propositions des parties contractantes concernant une modification de l'accord, ces propositions nécessitant comme d'habitude la ratification par toutes les parties contractantes après les procédures d'approbation selon leur droit interne.¹⁸¹ Le Comité mixte peut toutefois modifier de manière autonome les annexes II et III et dispose ainsi, dans une certaine mesure, de compétences législatives.¹⁸²

¹⁷⁶ Art. 2 de la Décision du Conseil et de la Commission concernant l'Accord de coopération scientifique et technologique du 4 avril 2002 relative à la conclusion de sept accords avec la Confédération suisse (2002/309/CE, Euratom), JOCE n° L 114 du 30.4.2002, p. 1.

¹⁷⁷ Art. 14 § 3 de l'Accord.

¹⁷⁸ Art. 19 de l'Accord.

¹⁷⁹ Art. 16 § 2 3^{ème} phrase de l'Accord.

¹⁸⁰ Art. 17 de l'Accord.

¹⁸¹ Art. 18 de l'Accord.

¹⁸² Art. 18 phrase 2 de l'Accord.