

Avis de droit

sur

la compatibilité de l'initiative « contre l'immigration de masse » et de l'initiative ECOPOP « Halte à la surpopulation – oui à la préservation durable des ressources naturelles » avec l'accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne (ALCP), l'application de la clause guillotine et la renégociation éventuelle de l'ALCP

par

Christine Kaddous

Professeur à l'Université de Genève

Chaire Jean Monnet *ad personam*

Directeur du Centre d'études juridiques européennes

Sommaire

L'objectif de cette étude est d'examiner la compatibilité de l'initiative « contre l'immigration de masse » et de l'initiative ECOPOP « Halte à la surpopulation – oui à la préservation durable des ressources naturelles » avec l'accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne (ALCP). L'examen a démontré un certain nombre d'incompatibilités des deux initiatives avec les dispositions de l'ALCP. Il convient toutefois de souligner que certains droits garantis dans l'ALCP ne sont pas touchés par les initiatives.

Liste des incompatibilités des initiatives avec l'ALCP

Les deux initiatives sont contraires à la **clause de *stand still*** de l'article 13 de l'ALCP, car elles instaurent de nouvelles mesures restrictives à la libre circulation des ressortissants des Etats membres de l'Union européenne, garantie par l'ALCP.

L'initiative « contre l'immigration de masse » contrevient au **principe d'égalité de traitement** en voulant notamment instaurer la règle de la préférence nationale, laquelle constitue une discrimination fondée sur la nationalité interdite par l'ALCP.

Les deux initiatives contreviennent au **droit d'accès et d'exercice d'une activité salariée ou d'une activité non salariée**.

L'initiative « contre l'immigration de masse » viole les dispositions de l'ALCP en instaurant des contingents pour la catégorie des travailleurs salariés, y inclus les frontaliers, et pour la catégorie des travailleurs indépendants et en créant des discriminations entre travailleurs suisses et travailleurs ressortissants des Etats membres de l'Union européenne dans toute une série de droits attachés au statut de travailleur salarié ou de travailleur indépendant.

L'initiative ECOPOP viole également les dispositions de l'ALCP, mais en principe uniquement en ce qui concerne les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne qui souhaiteraient exercer une activité salariée ou indépendante d'une durée égale ou supérieure à 12 mois. Ceux qui souhaiteraient exercer une activité d'une durée plus courte ne sont en principe pas touchés par l'initiative. En outre, les autres droits attachés au statut de travailleur ou de travailleur indépendant, résultant de l'ALCP, ne sont pas modifiés par l'initiative. Celle-ci n'envisage pas de créer de discriminations entre travailleurs suisses et travailleurs ressortissants des Etats membres de l'Union européenne, une fois le statut de travailleur ou de travailleur indépendant acquis par ces derniers.

S'agissant de la **prestation de services**, une distinction doit être opérée entre les prestations de courte durée (qui ne dépasse pas 90 jours) et celles de durée plus longue.

Les deux initiatives visent à limiter l'immigration en Suisse. Elles n'ont donc en principe pas pour objectif de limiter la prestation de services de courte durée (qui ne dépasse pas 90 jours), garantie dans l'ALCP.

Toutefois, si l'initiative « contre l'immigration de masse » vise l'instauration de contingents pour des prestations de courte durée, elle serait en violation de l'article 5 de l'ALCP et de l'article 20, paragraphe 1, de l'annexe I. Si elle vise les prestataires de

services d'une durée plus longue, elle pourrait contrevenir aux droits découlant de l'article 17, point b, et de l'article 20, paragraphe 2, de l'annexe I.

L'initiative ECOPOP, qui a pour objectif de restreindre le nombre de séjours d'étrangers d'une durée égale ou supérieure à 12 mois, ne viserait en principe que les prestations de services d'une durée égale ou supérieure à 12 mois. En cela, elle violerait les droits octroyés par l'ALCP aux ressortissants des Etats membres de l'Union européenne en tant que prestataires de services sur la base des articles susmentionnés.

Les droits des destinataires de services et des travailleurs détachés seraient aussi susceptibles d'être restreints par les deux initiatives.

Les deux initiatives contreviennent au **droit de séjour des personnes sans activité économique**, garanti à l'article 6 de l'ALCP et aux articles 2 et 24 de l'annexe I en ce qu'elles visent aussi à limiter le droit de séjour des ressortissants des Etats membres de l'Union européenne, qui n'exercent pas d'activité économique, à savoir les étudiants, retraités et autres personnes sans activité lucrative. Ici également, l'initiative ECOPOP ne viserait que les séjours d'une durée égale ou supérieure à 12 mois.

Les deux initiatives contreviennent au **droit au regroupement familial**, garanti à l'article 7, points d et e, de l'ALCP et aux articles 1, 3 et 4 de l'annexe I.

Les deux initiatives contreviennent au **droit de demeurer**, garanti à l'article 7, point c, de l'ALCP et à l'article 4 de l'annexe I.

Seule l'initiative « contre l'immigration de masse » contrevient au **principe d'égalité de traitement**, inscrit à l'article 2 de l'ALCP et concrétisé d'une part, **en matière d'avantages sociaux** à l'article 9, paragraphe 2, de l'annexe I, et, d'autre part, **en matière de sécurité sociale** à l'article 8, point a, de l'ALCP puisqu'elle prévoit de limiter le droit aux prestations sociales pour les étrangers.

L'ALCP contient une **clause de sauvegarde générale** à l'article 14, paragraphe 2, qui peut être invoquée par une partie contractante, en dehors de la période transitoire, en cas de **difficultés sérieuses d'ordre économique ou social**. Compte tenu de la situation économique globalement satisfaisante en Suisse, une possible activation de cette clause, à la demande de la Suisse, en vue de restreindre l'immigration, semble inconcevable.

Dénonciation de l'ALCP et application de la clause « guillotine »

La **renégociation de l'ALCP**, suite à l'acceptation par le peuple et les cantons suisses de l'une ou l'autre des initiatives, en vue d'y intégrer le contenu des initiatives, semble invraisemblable, car les mesures proposées par les initiatives vont fondamentalement à l'encontre de l'esprit et des dispositions fondamentales de la libre circulation des personnes garantie par l'accord.

La **dénonciation de l'ALCP** aurait pour conséquence que les accords des Bilatérales I cesseraient de s'appliquer, conformément à la clause « guillotine », 6 mois après la notification de la dénonciation. L'accord sur la coopération scientifique et technique, bien que non formellement lié par la clause « guillotine », pourrait ne pas être prorogé.

Table des matières

	page
Objet de l'avis de droit	5
Eléments de discussion	5
I. Cadre de la confrontation des initiatives et de l'ALCP	5
A. Objet des deux initiatives	5
B. Caractéristiques de l'ALCP	10
II. Examen de la compatibilité des deux initiatives avec l'ALCP	18
A. Clause de <i>stand still</i>	18
B. Droit à l'égalité de traitement	20
C. Droit d'entrée	22
D. Droit de séjour et d'accès à une activité lucrative	24
E. Droit d'accès et d'exercice d'une activité salariée	30
F. Droit d'accès et d'exercice d'activités non salariées	34
G. Droit de prester des services	36
H. Droit de séjour des personnes sans activité économique	42
I. Droit au regroupement familial	45
J. Droit de demeurer	47
K. Droit à l'égalité de traitement, avantages sociaux et droits de sécurité sociale	48
III. Examen de l'application des exceptions dont bénéficient certains Etats membres en matière de libre circulation des personnes	51
A. Contexte des restrictions espagnoles prises en matière de libre circulation	51
B. Application par la Suisse des restrictions en matière de libre circulation	53
IV. Examen de la possibilité d'une renégociation de l'ALCP	55
V. Examen d'une dénonciation éventuelle de l'ALCP	57
A. Modalités de la clause de dénonciation	58
B. Mécanisme de fonctionnement de la clause « guillotine »	59
Conclusions	61

Objet de l'avis de droit

L'auteur a été mandaté par economiesuisse pour rédiger un avis de droit sur les effets que pourrait avoir l'approbation par le peuple et les cantons des initiatives populaires « contre l'immigration de masse » et « Halte à la surpopulation – oui à la préservation durable des ressources naturelles » sur l'accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne de 1999 (ALCP). L'étude porte en particulier sur les points d'incompatibilité avec l'ALCP ainsi que sur l'application éventuelle d'exceptions à la libre circulation des personnes. Elle porte enfin sur les conséquences d'une dénonciation de l'ALCP par la Suisse ou par l'Union européenne.

Eléments de discussion

Les questions posées par economiesuisse nécessitent de prendre position sur une série de points dont l'exposé est nécessaire à la compréhension des problèmes soulevés. Il y aura ainsi lieu de présenter le cadre de la confrontation des initiatives et de l'ALCP (I) en exposant l'objet des deux initiatives populaires et les caractéristiques de l'ALCP, avant de prendre position sur leur compatibilité avec l'ALCP (II). On pourra ensuite s'interroger sur l'application éventuelle des exceptions dont bénéficient certains Etats membres en matière de libre circulation des personnes (III). On analysera la possibilité d'une renégociation de l'ALCP (IV) ainsi que les conséquences d'une éventuelle dénonciation de l'ALCP et de l'application de la clause « guillotine » (V). Enfin, il conviendra de dresser un tableau des résultats auxquels on est parvenu.

I. Cadre de la confrontation des initiatives et de l'ALCP

Il convient d'exposer successivement l'objet des deux initiatives populaires (A) ainsi que les caractéristiques principales de l'ALCP (B).

A. Objet des deux initiatives

L'objet des initiatives populaires « contre l'immigration de masse » et « Halte à la surpopulation – oui à la préservation durable des ressources naturelles » (ci-après initiative ECOPOP) doit être présenté afin de permettre l'examen de leur compatibilité avec l'ALCP¹.

1. Initiative « contre l'immigration de masse »

Cette initiative, déposée à la Chancellerie fédérale le 14 février 2012, a pour but de mettre fin à l'immigration de masse². Elle demande une réorientation générale de la politique suisse d'immigration et souhaite l'inscription dans la Constitution fédérale du principe, selon lequel la « Suisse gère de manière autonome l'immigration des étrangers »³. Les auteurs de l'initiative précisent qu'il appartient à la Suisse de décider (de manière autonome) « qui peut immigrer en Suisse et qui ne le peut pas » et que par

¹ Accord du 21 juin 1999 entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la Suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, du RS 0.142.112.681 ; JO L 114 du 30.4.2002, p. 6.

² Argumentaire de l'initiative « contre l'immigration de masse », du 25 juillet 2011, p. 29, disponible sur internet à l'adresse : <http://www.immigration-massive-stop.ch/arguments/index.html> (consulté le 12 août 2013).

³ Article 121 a (nouveau), alinéa 1, proposé par l'initiative.

conséquent, « *La Suisse ne peut pas conclure un traité international qui l'empêcherait de gérer l'immigration dans le pays* »⁴.

Le texte de l'initiative propose notamment d'instaurer des plafonds pour les autorisations de séjour. Il prévoit en effet que : « *Le nombre des autorisations délivrées pour le séjour des étrangers en Suisse est limité par des plafonds et des contingents annuels. Les plafonds valent pour toutes les autorisations délivrées en vertu du droit des étrangers, domaine de l'asile inclus. Le droit au séjour durable, au regroupement familial et aux prestations sociales peut être limité* »⁵. Les auteurs de l'initiative expliquent qu'il ne s'agit pas de fixer un seul chiffre maximal ou plafond dans lequel on intégrerait toutes les catégories d'étrangers, mais qu'il y a lieu de fixer des contingents séparés par catégorie, pour les autorisations de courte durée, pour les frontaliers, etc.⁶. Le système envisagé apporterait, toujours selon les auteurs de l'initiative, une grande souplesse en ce qui concerne le nombre de personnes pouvant immigrer et leur fonction sur le marché du travail. Il permettrait aussi de tenir compte des besoins globaux de l'économie, des intérêts de la population et des besoins d'un développement durable (avantage par rapport à un système imposant un chiffre fixe pour l'immigration ou définissant un pourcentage de la population globale). Ce système qui définirait aussi la durée du séjour permettrait de décider que « *celles et ceux qui n'ont plus de travail en Suisse doivent quitter le pays* »⁷.

Les auteurs de l'initiative précisent encore que les plafonds qu'il y aura lieu de fixer vaudront aussi pour le domaine de l'asile pour éviter que ce secteur ne soit en dehors du champ d'application de l'obligation de gestion de l'immigration prévue par l'initiative. Il y aura lieu, toujours selon eux, de définir les formes de séjour de l'asile qui devront être prises en compte dans la définition desdits plafonds, les règles impératives du droit international en la matière restent toutefois réservées. Enfin, l'argumentaire précise que la Suisse devrait être libre de fixer des limites à l'octroi du droit au séjour durable, au regroupement familial et aux prestations sociales⁸.

Les plafonds doivent être déterminés sur la base d'un certain nombre de critères. Le texte de l'initiative prévoit que « *les plafonds et les contingents annuels pour les étrangers exerçant une activité lucrative doivent être fixés en fonction des intérêts économiques globaux de la Suisse et dans le respect de la préférence nationale ; ils doivent inclure les frontaliers. Les critères déterminants pour l'octroi d'autorisations de séjour sont en particulier la demande d'un employeur, la capacité d'intégration et une source de revenus suffisante et autonome* »⁹. Les auteurs de l'initiative soulignent notamment que l'octroi d'autorisations doit répondre aux intérêts globaux de l'économie suisse et que les intérêts individuels doivent passer au second plan. Un autre objectif des auteurs de l'initiative est de supprimer la distinction actuellement opérée sur la base de l'Etat de provenance. Ils souhaitent instaurer des conditions d'admission identiques pour tous les étrangers exerçant une activité lucrative qui ont des qualifications professionnelles et une capacité d'intégration égales, sans tenir

⁴ Argumentaire de l'initiative « contre l'immigration de masse », du 25 juillet 2011, p. 29.

⁵ Article 121 a (nouveau), alinéa 2, proposé par l'initiative.

⁶ Argumentaire de l'initiative « contre l'immigration de masse », du 25 juillet 2011, p. 29.

⁷ Argumentaire de l'initiative « contre l'immigration de masse », du 25 juillet 2011, p. 29.

⁸ Argumentaire de l'initiative « contre l'immigration de masse », du 25 juillet 2011, p. 30.

⁹ Article 121 a (nouveau), alinéa 3, proposé par l'initiative.

compte du fait que ces personnes sont originaires d'un Etat membre de l'Union européenne ou des Etats-Unis¹⁰. L'argumentaire précise en outre que les plafonds et les contingents annuels doivent être fixés dans le respect du principe de la préférence nationale, de manière à éviter que des autorisations ne soient accordées à des étrangers alors qu'il y a suffisamment de main-d'œuvre suisse sur le marché. Une mention particulière est faite des frontaliers, qui doivent être intégrés dans les plafonds envisagés car ils exercent, comme tous les étrangers, une pression sur l'utilisation des infrastructures et influencent le niveau des salaires dans les régions frontalières¹¹. Enfin, la liste des critères pertinents pour l'octroi des autorisations n'est pas exhaustive. Elle comprend notamment la demande de l'employeur, la capacité d'intégration et la source de revenus suffisante et autonome et il conviendra, selon les auteurs de l'initiative, de la compléter dans la loi et les ordonnances qui seront adoptées en cas d'acceptation de l'initiative¹².

L'initiative interdit en outre la conclusion d'accords internationaux qui seraient contraires à la nouvelle norme proposée, à savoir des accords qui empêcheraient la gestion de l'immigration telle qu'entendue par les auteurs de l'initiative. Le texte prévoit qu'« *aucun traité international contraire au présent article ne sera conclu* »¹³, l'objectif étant de réduire le risque de contradictions entre le texte de la Constitution et le texte des accords internationaux¹⁴.

Enfin, l'initiative envisage l'introduction d'une disposition transitoire dans la Constitution suisse, qui prévoirait que les traités internationaux contraires à l'initiative « *doivent être renégociés et adaptés dans un délai de trois ans* » à compter de l'acceptation de la nouvelle norme constitutionnelle par le peuple et les cantons¹⁵. L'argumentaire précise que l'ALCP fait partie de ces accords qui doivent être renégociés car il ne permet pas de gérer l'immigration via des plafonds et des contingents¹⁶. En revanche, les auteurs de l'initiative soulignent que la disposition transitoire ne s'appliquerait pas à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)¹⁷.

La disposition transitoire envisagée prévoit enfin que si les lois d'application ne sont pas entrées en vigueur dans les trois ans à compter de l'acceptation par le peuple et les cantons, de la norme constitutionnelle proposée, « le Conseil fédéral édicte provisoirement les dispositions d'application nécessaires par voie d'ordonnance »¹⁸. Pour les auteurs de l'initiative, l'objectif est de garantir la mise en œuvre de la nouvelle disposition constitutionnelle dans un délai raisonnable¹⁹.

¹⁰ Argumentaire de l'initiative « contre l'immigration de masse », du 25 juillet 2011, p. 30.

¹¹ Argumentaire de l'initiative « contre l'immigration de masse », du 25 juillet 2011, p. 31.

¹² Argumentaire de l'initiative « contre l'immigration de masse », du 25 juillet 2011, p. 31.

¹³ Article 121 a (nouveau), alinéa 4, proposé par l'initiative.

¹⁴ Argumentaire de l'initiative « contre l'immigration de masse », du 25 juillet 2011, p. 31.

¹⁵ Article 197, chiffre 9 (nouveau), alinéa 1, proposé par l'initiative.

¹⁶ Argumentaire de l'initiative « contre l'immigration de masse », du 25 juillet 2011, p. 32.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Article 197, chiffre 9 (nouveau), alinéa 2, proposé par l'initiative.

¹⁹ Argumentaire de l'initiative « contre l'immigration de masse », du 25 juillet 2011, p. 32.

Le Conseil fédéral a adopté le message relatif à l'initiative le 7 décembre 2012²⁰. Le Conseil des Etats a rejeté l'initiative avec 37 voix contre 5, et le Conseil national avec 140 voix contre 54²¹.

2. Initiative « Halte à la surpopulation – Oui à la préservation durable des ressources naturelles (Initiative ECOPOP) »

Cette initiative, déposée à la Chancellerie fédérale le 2 novembre 2012, a pour but de réduire la croissance de la population mondiale en soutenant le planning familial bénévole en limitant l'immigration nette en Suisse²². Elle vise à adapter la densité de population mondiale et suisse aux ressources naturelles disponibles. Le texte de l'initiative demande à ce que « *la Confédération s'attache à faire en sorte que la population résidant en Suisse ne dépasse pas un niveau qui soit compatible avec la préservation durable des ressources naturelles. Elle encourage également d'autres pays à poursuivre cet objectif, notamment dans le cadre de la coopération internationale au développement* »²³. Pour les auteurs de l'initiative, la population mondiale a quadruplé depuis 1990 et atteint aujourd'hui 7 milliards. Cette forte croissance constitue une menace pour la planète car les ressources naturelles se font rares²⁴. Ils souhaitent limiter la population résidant en Suisse en fixant un niveau qui ne doit pas être dépassé et qui soit compatible avec la préservation des ressources naturelles. Ils proposent également que la Suisse encourage d'autres Etats, par des mesures de coopération au développement, à poursuivre ce même objectif, notamment par l'adoption de mesures dans le cadre de la politique de coopération au développement.

Le texte de l'initiative propose que « *la part de l'accroissement de la population résidant de manière permanente en Suisse qui est attribuable au solde migratoire ne peut excéder 0.2 % par an sur une moyenne de trois ans* »²⁵. Selon les auteurs de l'initiative, depuis que les dispositions régissant l'immigration des citoyens européens ont été levées en mai 2007, la croissance annuelle de la population est de 1.1 % à 1.4 % en Suisse. Ils en attribuent 80 % à l'immigration. Ils considèrent dès lors que le nombre d'habitants en Suisse augmente cinq fois plus vite en Suisse qu'en Europe, et que cela correspond à un taux de croissance similaire à celui de nouveaux pays industrialisés tels que l'Inde²⁶. Cette forte augmentation de la population en Suisse provoque une dégradation de la nature et de l'infrastructure du pays (bétonnage de la Suisse, bouchons sur les routes, trains bondés, loyers en hausse, terres agricoles

²⁰ FF 2013 279.

²¹ Le Conseil fédéral, le Conseil national ainsi que le Conseil des Etats ont rejeté l'initiative sans proposer de contre-projet, le 27 septembre 2013.

²² Site internet Ecopop, consulté le 12 août 2013, <http://www.ecopop.ch/joomla15/index.php?lang=fr>

²³ Article 73 a (nouveau), alinéa 1, proposé par l'initiative.

²⁴ Arguments relatifs à l'initiative ECOPOP, consultés sur internet à l'adresse http://www.ecopop.ch/joomla15/index.php?option=com_content&view=article&id=325&Itemid=336&lang=fr, le 12 août 2013.

²⁵ Article 73 a (nouveau), alinéa 1, proposé par l'initiative.

²⁶ Arguments relatifs à l'initiative Ecopop, consultés sur internet à l'adresse http://www.ecopop.ch/joomla15/index.php?option=com_content&view=article&id=325&Itemid=336&lang=fr, le 12 août 2013.

construites, disparition des espèces). D'où la volonté de fixer une limite à l'immigration.

Les auteurs de l'initiative comparent aussi la situation en Suisse avec celle de l'Union européenne (UE). Selon eux, le solde migratoire dans l'UE entre 1997 et 2007 se situait en moyenne à 0.26 %, et si l'on fait abstraction de l'Espagne, de l'Italie et de la Grande-Bretagne, il était même inférieur à 0.2 %. Aussi la limite exigée par le texte de l'initiative serait-elle, selon les auteurs de l'initiative, compatible avec celle de l'UE, l'immigration nette en Suisse resterait encore plus élevée que dans la plupart des Etats européens²⁷. En outre, la limitation de l'immigration serait économiquement tolérable. Toujours selon les auteurs de l'initiative, 1.1 % de la population quitte chaque année la Suisse. Avec une limite fixée à 0.2 % d'immigration nette, la population suisse pourrait se renouveler à raison de 1.3 %, ce qui permettrait une immigration plus importante de personnel qualifié en Suisse que dans la plupart des Etats européens²⁸.

L'initiative prévoit également que « *sur l'ensemble des moyens que la Confédération consacre à la coopération internationale au développement, elle en affecte 10 % au moins au financement de mesures visant à encourager la planification familiale volontaire* »²⁹. Les auteurs de l'initiative veulent ainsi limiter la marge de manœuvre de la Confédération dans l'attribution des moyens consacrés à la coopération au développement et l'obliger à en affecter au moins 10 % à la planification familiale. Ils constatent que dans les 50 pays les plus pauvres du monde, les femmes ont en moyenne 5 à 6 enfants, souvent dès l'âge de 15 ans. Cette situation compromet, selon eux, la santé des mères et freine l'évolution économique et sociale de ces pays. Nombreuses sont, selon les auteurs de l'initiative, les femmes qui aimeraient pratiquer la contraception, mais qui n'y ont pas accès. La pauvreté et le chômage poussent les habitants à émigrer en Europe ou aux Etats-Unis, la Suisse faisant partie des destinations les plus attrayantes. Leur proposition relative à la planification familiale volontaire devrait faciliter l'évolution salubre, économique et sociale dans les pays en développement et ménager la nature³⁰.

Enfin, l'initiative propose que « *la Confédération ne peut conclure de traité international qui contreviendrait* » à la disposition constitutionnelle proposée « *ou qui empêcherait ou entraverait la mise en œuvre de mesures propres à atteindre les objectifs* » visés par ladite disposition³¹.

Une disposition transitoire est également proposée dans la présente initiative s'agissant des accords et traités existants. Celle-ci prévoit que « *les traités internationaux qui contreviennent aux objectifs visés* » par la disposition constitutionnelle proposée « *seront modifiés dès que possible, mais au plus tard dans un délai de quatre ans. Si nécessaire, les traités concernés seront dénoncés* »³². Pour rendre les accords internationaux compatibles avec la disposition constitutionnelle proposée, les auteurs

²⁷ Idem.

²⁸ Idem.

²⁹ Article 73 a (nouveau), alinéa 3, proposé par l'initiative.

³⁰ Arguments relatifs à l'initiative Ecopop, consultés sur internet à l'adresse http://www.ecopop.ch/joomla15/index.php?option=com_content&view=article&id=325&Itemid=336&lang=fr, le 12 août 2013.

³¹ Article 73 a (nouveau), alinéa 4, proposé par l'initiative.

³² Article 197, chiffre 9 (nouveau), alinéa 1, proposé par l'initiative.

de l'initiative envisagent la possibilité d'une modification des accords existants, laquelle doit intervenir dans un délai de quatre ans au maximum, ainsi que la possibilité d'une dénonciation desdits accords, si nécessaire.

L'initiative envisage encore que la limitation de l'immigration sera mise en œuvre graduellement. Après acceptation de la nouvelle disposition proposée, « *la part de l'accroissement de la population résidant de manière permanente en Suisse qui est attribuable au solde migratoire ne peut excéder 0.6 % au cours de la première année civile, 0.4 % au cours de l'année suivante. Ensuite, et jusqu'à l'entrée en vigueur de la législation d'application, la population résidente ne peut s'accroître de plus de 0.2 % par an. Au cas où elle s'accroîtrait plus vite, la différence devra être compensée dans un délai de cinq ans à compter de l'entrée en vigueur de ladite législation d'application* »³³. Le principe d'une mise en œuvre graduelle est clairement exprimé, toutefois la phrase relative à une éventuelle compensation dans un délai de 5 ans aurait mérité quelques explications de la part des auteurs de l'initiative.

Le traitement de cette initiative par les autorités suisses est en cours. Le Conseil fédéral a annoncé qu'il présentera son message d'ici le 2 novembre 2013 à l'Assemblée fédérale³⁴.

Cette initiative comporte deux volets : le volet migratoire et le volet coopération au développement. Seul le premier sera examiné dans la présente étude.

B. Caractéristiques de l'ALCP

Afin d'examiner la compatibilité des initiatives avec l'ALCP, il convient au préalable de présenter les éléments essentiels de l'accord qui serviront de base à l'analyse.

Signé le 21 juin 1999 dans le cadre des « Bilatérales I » et entré en vigueur le 1^{er} juin 2002, l'ALCP consacre le principe de la libre circulation pour les ressortissants des parties contractantes³⁵. Son application a été étendue aux Etats qui ont adhéré à l'Union européenne en 2004³⁶ et à ceux qui y ont adhéré en 2007³⁷. Elle n'a pas encore été étendue à la Croatie qui est devenue membre de l'Union européenne avec effet au 1^{er} juillet 2013. Les négociations relatives à un nouveau protocole additionnel

³³ Article 197, chiffre 9 (nouveau), alinéa 2, proposé par l'initiative.

³⁴ Communiqué de presse du Conseil fédéral du 29 mai 2013.

³⁵ L'accord sur la libre circulation des personnes fait partie de la première série d'accords bilatéraux conclus le 21 juin 1999, et entrés en vigueur le 1^{er} juin 2002. Les sept accords formant les « Bilatérales I », comprennent également l'accord sur le transport aérien, l'accord sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route, l'accord relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité, l'accord sur certains aspects relatifs aux marchés publics, l'accord relatif aux échanges de produits agricoles et l'accord de coopération scientifique et technologique (ce dernier accord a été renouvelé deux fois : en 2004 et 2007 (7^{ème} PCRD 2007 – 2013).

³⁶ Voir le protocole d'extension, signé le 26 octobre 2006, RO 2006 995, JO L 89 du 28.3.2006, p. 30. L'ALCP a été étendu à la République tchèque, la République d'Estonie, la République de Chypre, la République de Lettonie, la République de Lituanie, la République de Hongrie, la République de Malte, la République de Pologne, la République de Slovaquie et à la République slovaque.

³⁷ Protocole, du 27 mai 2008, à l'accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, concernant la participation, en tant que parties contractantes, de la République de Bulgarie et de la Roumanie, à la suite de leur adhésion à l'Union européenne (Protocole II), RS 0.142.112.681.1 ; JO L 124 du 20.5.2009, p. 53. La période transitoire est encore applicable, voir l'article 10 de l'ALCP.

(protocole III), afin de définir les dispositions transitoires applicables à la Croatie ont débuté au printemps 2013 et le Protocole III a été entre-temps paraphé³⁸. L'extension de l'application de l'ALCP à la Croatie exigera, comme pour les extensions précédentes, l'adoption d'un arrêté fédéral sujet au référendum facultatif³⁹.

L'ALCP est un accord de libéralisation fondé sur le principe de l'équivalence des législations, par lequel les parties contractantes s'engagent à prendre les mesures nécessaires pour appliquer dans leurs relations des droits et des obligations, équivalant à ceux contenus dans les actes de l'Union européenne auxquels l'ALCP fait référence. L'accord se compose d'un texte de base et de trois annexes. La première est consacrée à la libre circulation des personnes (annexe I), la deuxième à la coordination de la sécurité sociale (annexe II) et la troisième à la reconnaissance des qualifications professionnelles (annexe III). Les annexes ainsi que leurs protocoles font partie intégrante de l'accord (art. 15 ALCP).

Aux termes de l'article 1, l'ALCP a pour objectif de :

- d'accorder un droit d'entrée, de séjour, et d'accès à une activité économique salariée ou indépendante, ainsi que le droit de demeurer sur le territoire des parties contractantes,
- de faciliter la prestation de services sur le territoire des parties contractantes, en particulier de libéraliser la prestation de services de courte durée,
- d'accorder un droit d'entrer et de séjour, sur le territoire des parties contractantes, aux personnes sans activité économique dans le pays d'accueil, et
- d'accorder les mêmes conditions de vie, d'emploi et de travail que celles dont bénéficient les nationaux.

Afin d'établir le contexte juridique dans lequel les deux initiatives populaires sous examen doivent être analysées, il convient de mettre ci-après en exergue différentes caractéristiques de l'ALCP : la mise en œuvre progressive de la libre circulation, l'application des clauses de sauvegarde et le rôle de la clause de *stand still* (1.), l'adoption de mesures d'accompagnement par les autorités suisses (2.), les bénéficiaires de la libre circulation et les droits garantis par l'ALCP (3.) ainsi que les principes applicables en matière d'interprétation de l'ALCP (4.).

1. Libéralisation progressive de la libre circulation, application des clauses de sauvegarde et rôle de la clause de *stand still* (statu quo)

L'ALCP prévoit une libéralisation progressive de la libre circulation des personnes, sur une période transitoire, qui a été fixée à douze ans, à compter de la date de son entrée en vigueur, le 1^{er} juin 2002, pour les Etats membres de l'Union européenne (UE-15). La période transitoire a fait l'objet d'adaptations à chaque extension de l'ALCP aux nouveaux membres de l'Union européenne.

³⁸ Le résultat des négociations a été mis en consultation jusqu'au 28 novembre 2013.

³⁹ Le projet d'arrêté fédéral est disponible à l'adresse : http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/gesetzgebung/ausdehnung-fza-kroatien/entw_bb-f.pdf.

Conformément à l'article 10 de l'ALCP, la Suisse s'est réservé le droit d'imposer des mesures quantitatives (contingentement) pendant une période maximale de cinq ans⁴⁰. De même, chaque partie contractante pouvait appliquer des normes qualitatives pendant une période maximale de deux ans aux ressortissants des autres parties contractantes (règle de la priorité des travailleurs indigènes et contrôle des conditions de salaire et de travail, y compris en ce qui concerne les prestations de services). Les personnes sans activité lucrative qui exercent leur droit à la libre circulation n'ont pas été concernées par ces périodes transitoires et ont pu bénéficier d'une libre circulation totale depuis l'entrée en vigueur de l'accord.

La libre circulation des personnes à l'égard des ressortissants des quinze « anciens » Etats membres de l'Union européenne ainsi que des ressortissants de Chypre et Malte (UE-15 +2), est totale depuis le 1^{er} juin 2007. La Suisse peut toutefois appliquer une clause de sauvegarde (« clause de ventilation ») jusqu'au 31 mai 2014 (art. 10, § 4, ALCP). Si pour une année donnée, le nombre de nouveaux titres de séjour d'une des catégories visées à l'article 10, paragraphe 1 (permis de séjour de longue durée et permis de séjour de courte durée) est supérieur à la moyenne des trois années précédentes de plus de 10 %, la Suisse peut unilatéralement réintroduire les contingents pour une année. Les conditions requises pour appliquer ladite clause de sauvegarde étaient remplies en 2008 et en 2009 mais le Conseil fédéral a renoncé à l'invoquer, soulignant notamment que la réintroduction d'un contingent n'aurait qu'un « impact modeste » et que la main d'œuvre qualifiée provenant des Etats membres de l'Union européenne n'avait pas « évincé » les travailleurs indigènes⁴¹. En 2010, 2011 et 2012, les conditions d'application de la clause de sauvegarde n'étaient pas remplies⁴², les exigences quantitatives n'ayant pas été atteintes. En revanche en 2013, le Conseil fédéral a décidé d'activer la clause de sauvegarde pour les Etats de l'UE-17 en ce qui concerne les autorisations de séjour B (d'une durée de cinq ans, autorisations de longue durée) et a réintroduit le contingentement, qui s'élève à 53'712 autorisations, valable à partir du 1^{er} juin 2013 pour une année jusqu'au 31 mai 2014⁴³.

⁴⁰ Les mesures transitoires de l'article 10 de l'ALCP sont précisées dans l'Ordonnance du Conseil fédéral, du 22 mai 2002, sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, l'Union européenne et ses Etats membres, ainsi qu'entre les Etats membres de l'Association européenne de libre-échange (OLCP), RS 142.203. Les mesures transitoires font également l'objet de directives internes édictées par l'Office fédéral des migrations (ODM), lesquelles sont disponibles à l'adresse internet suivante : http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/weisungen_und_kreisschreiben/weisungen_fza/weisungen-fza-f.pdf. La version actuelle porte la date du 1^{er} mai 2011.

⁴¹ Pour les autres raisons invoquées, voir le communiqué de presse du Département fédéral de justice et police, du 20 mai 2009, disponible à l'adresse internet suivante : http://www.bfm.admin.ch/bfm/fr/home/dokumentation/medienmitteilungen/2009/ref_2009-05-201.html.

⁴² Communiqué de presse du Département fédéral de justice et police, du 26 mai 2010, disponible à l'adresse internet suivante : http://www.bfm.admin.ch/bfm/fr/home/dokumentation/medienmitteilungen/2010/ref_2010-05-262.html et communiqué de presse du Département fédéral de justice et police, du 25 mai 2011, disponible à l'adresse internet suivante : http://www.bfm.admin.ch/content/bfm/fr/home/dokumentation/medienmitteilungen/2011/ref_2011-05-252.html.

⁴³ Le seuil de 56'268 autorisations B a été franchi le 14 mai 2013. Les autorisations de séjour B délivrées aux ressortissants de l'UE-17 seront contingentées à partir du 1er juin 2013. Le contingentement sera valable jusqu'au 31 mai 2014. Ce chiffre correspond à la moyenne des autorisations B délivrées au cours des trois dernières années plus 5 %. En revanche, les exigences quantitatives pour un contingentement des autorisations de séjour de courte durée L délivrées aux ressortissants de l'UE-17 n'ont pas été atteintes.

L'extension de l'ALCP aux Etats membres ayant adhéré à l'Union européenne en 2004 (UE-8) et en 2007 (Bulgarie et Roumanie) a aussi été accompagnée de mesures transitoires, qui ont été intégrées à l'article 10 de l'ALCP par le biais des protocoles de 2004⁴⁴ et 2008⁴⁵. S'agissant des huit Etats membres qui ont adhéré à l'Union européenne en 2004 (UE-8), la période transitoire, initialement prévue jusqu'au 31 mai 2007, a été prolongée une première fois jusqu'au 31 mai 2009⁴⁶ et une seconde fois jusqu'au 30 avril 2011⁴⁷. Les restrictions d'accès au marché du travail ont été levées le 1^{er} mai 2011. En revanche, la clause de sauvegarde de l'article 10, paragraphe 4, de l'ALCP demeure applicable jusqu'au 31 mai 2014 et le Conseil fédéral l'a activée en 2012 et 2013. Dès le 1^{er} mai 2012 et pour une année, des contingents ont été réintroduits pour les autorisations de séjour de catégorie B (d'une durée de cinq ans) délivrées aux ressortissants de ces Etats. L'application de la clause de sauvegarde a été prolongée par le Conseil fédéral, le 24 avril 2013, pour une autre année jusqu'au 30 avril 2014.

L'extension de l'application de l'ALCP à la Bulgarie et à la Roumanie est inscrite dans le Protocole II, lequel prévoit la mise en place de la libre circulation de manière progressive. La période transitoire, durant laquelle des contingents et des prescriptions relatives au marché du travail peuvent être appliqués, était initialement prévue jusqu'au 31 mai 2011 mais a été prolongée jusqu'au 31 mai 2014⁴⁸. Elle pourra, le cas échéant, être prolongée jusqu'au 31 mai 2016 (art. 10, § 4c, al. 2, ALCP). La clause de sauvegarde de l'article 10, paragraphe 4, de l'ALCP pourra être activée à l'égard des ressortissants roumains et bulgares jusqu'à dix ans après l'entrée en vigueur du protocole, soit jusqu'au 31 mai 2019.

Enfin, il convient de souligner que la libéralisation progressive de la libre circulation des personnes est accompagnée d'une clause de *stand still* (clause de *statu quo*), inscrite à l'article 13 de l'ALCP, aux termes de laquelle, les parties contractantes s'engagent à ne pas adopter de nouvelles mesures restrictives à l'égard des ressortissants de l'autre partie dans les domaines d'application de l'accord. Cette disposition empêche l'adoption de nouvelles mesures qui restreindraient ou supprimeraient les droits garantis par l'ALCP⁴⁹.

2. Mesures d'accompagnement adoptées par les autorités suisses

Entrées en vigueur le 1^{er} juin 2004 pour éviter que l'ouverture du marché du travail suisse n'entraîne une pression sur les salaires et sur les conditions de travail, les

⁴⁴ Protocole, du 26 octobre 2004, à l'accord sur la libre circulation des personnes concernant la participation en tant que parties contractantes des dix nouveaux Etats membres à la suite de leur adhésion à l'UE (Protocole I), RO 2006 995 ; JO L 89 du 28.3.2006, p. 30. Ce protocole a été accepté par le peuple suisse le 25 septembre 2005 et est entré en vigueur le 1^{er} avril 2006.

⁴⁵ Protocole, du 27 mai 2008, à l'accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, concernant la participation, en tant que parties contractantes, de la République de Bulgarie et de la Roumanie, à la suite de leur adhésion à l'Union européenne (Protocole II), RS 0.142.112.681.1 ; JO L 124 du 20.5.2009, p. 53. Ce protocole a été accepté par le peuple suisse le 8 février 2009 et est entré en vigueur le 1^{er} juin 2009.

⁴⁶ Notification de la Suisse du 29 mai 2007 (RO 2008 573).

⁴⁷ Notification de la Suisse du 29 mai 2009 (RO 2009 3075).

⁴⁸ Notification de la Suisse du 27 mai 2011 (RO 2011 4127).

⁴⁹ Voir nos développements *infra* dans la section III. A.

mesures d'accompagnement ont été renforcées une première fois après l'extension de l'ALCP aux dix Etats ayant adhéré à l'Union européenne en 2004⁵⁰. Elles ont également été améliorées à la suite de l'extension de l'ALCP à la Roumanie et la Bulgarie, en particulier par l'introduction de l'obligation faite aux cantons suisses d'engager des inspecteurs en nombre suffisant et par la fixation d'un nombre contraignant de contrôles annuels⁵¹. Si les mesures d'accompagnement prévues assurent un contrôle efficace du marché du travail, il est apparu que la législation actuelle comportait des lacunes⁵². Celles-ci ont été comblées au 1^{er} janvier 2013. Les nouvelles dispositions facilitent la lutte contre l'indépendance fictive des prestataires de services étrangers grâce à l'introduction d'une obligation de documentation ainsi qu'à de nouvelles possibilités de sanction. Désormais, il est aussi possible de sanctionner les employeurs qui emploient des travailleurs en Suisse et ne respectent pas les salaires minimaux obligatoires prévus par les contrats-types de travail (CTT). Ces nouvelles mesures d'accompagnement renforcées comprennent aussi l'introduction de sanctions en cas d'infractions aux dispositions des conventions collectives de travail (CCT) déclarées de force obligatoire selon la procédure facilitée, ainsi que l'obligation pour les employeurs étrangers d'annoncer le salaire des travailleurs détachés⁵³. Enfin, depuis le 15 juillet 2013, les dispositions relatives au renforcement de la responsabilité solidaire de l'entreprise contractante en cas de non-respect des conditions de rémunération et de travail par le sous-traitant dans le secteur du bâtiment sont en vigueur⁵⁴.

3. Bénéficiaires de la libre circulation et droits garantis par l'ALCP

Il convient d'examiner successivement les bénéficiaires de la libre circulation (a) et les droits garantis par l'ALCP (b).

⁵⁰ Voir l'arrêté fédéral, du 17 décembre 2004, portant approbation et mise en œuvre du protocole relatif à l'extension de l'accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes aux nouveaux Etats membres de la Communauté européenne et portant approbation de la révision des mesures d'accompagnement concernant la libre circulation des personnes, RO 2006 979, ainsi que le message du Conseil fédéral, du 1^{er} octobre 2004, concernant la loi fédérale révisant les mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, FF 2004 6187.

⁵¹ Voir le message du Conseil fédéral, du 14 mars 2008, concernant la reconduction de l'accord sur la libre circulation des personnes et son extension à la Bulgarie, FF 2008 1927, 1953 et ss et la modification, du 4 novembre 2009, de l'ordonnance, du 21 mai 2003, sur les travailleurs détachés en Suisse (Odét.), RO 2009 5655.

⁵² Rapport explicatif du Secrétariat d'Etat à l'économie, du 23 septembre 2011, sur le projet de loi fédérale portant modification des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, disponible à l'adresse internet suivante : <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/24387.pdf>.

⁵³ Loi fédérale, du 15 juin 2012, portant modification des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, RO 2012 6703 et message du Conseil fédéral, du 2 mars 2012, concernant la loi fédérale portant modification des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, FF 2012 3161.

⁵⁴ La mise en œuvre de la responsabilité solidaire est concrétisée dans l'ordonnance sur les travailleurs détachés en Suisse (Odét), RS 823.201.

a. Bénéficiaires de la libre circulation

L'ALCP s'applique aux ressortissants des parties contractantes, qu'il s'agisse de personnes physiques ou de personnes morales, sous réserve de quelques exceptions⁵⁵.

La notion de « ressortissants des parties contractantes » (art. 3 ALCP) comprend les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne et les ressortissants suisses, ainsi que les membres de leur famille⁵⁶.

Si l'ALCP s'applique *a priori* à tous les ressortissants des parties contractantes, les droits qu'il garantit sont réservés à des catégories spécifiques de personnes⁵⁷ : les travailleurs salariés, les travailleurs indépendants, les prestataires et les destinataires de services, les personnes sans activité économique, les membres de la famille de ces personnes et les personnes bénéficiant d'un droit de demeurer après la fin de leur activité économique ainsi que, à certaines conditions, les demandeurs d'emploi.

En outre, l'ALCP accorde des droits aux membres de la famille des ressortissants des parties contractantes (art. 3, § 2, de l'annexe I) ainsi qu'aux travailleurs détachés d'un prestataire de services intégré dans le marché régulier du travail d'une partie contractante (art. 17, pt b, pt ii, de l'annexe I)⁵⁸ et qui sont détachés pour la prestation d'un service sur le territoire d'une autre partie contractante. Ces droits sont accordés indépendamment de la nationalité.

La libre circulation dans l'ALCP ne concerne en principe que les personnes physiques⁵⁹. D'une part, l'article 1 de l'ALCP indique que l'objectif de l'accord est d'accorder un certain nombre de droits (droit d'accès, de séjour, de demeurer, etc.) en faveur des ressortissants des parties contractantes. D'autre part, les catégories de personnes auxquelles l'ALCP confère des droits (les travailleurs, les indépendants, les prestataires et les destinataires de services, les personnes sans activité économique) ne concernent que des personnes physiques, à l'exception des articles 5 de l'ALCP et 18 de son annexe I qui incluent les sociétés dans la catégorie des prestataires de services visés par l'accord.

⁵⁵ Comme on le verra, les droits des personnes morales sont plus réduits dans l'ALCP que ceux des personnes physiques. En outre, l'article 3, paragraphe 1, de l'OLCP, en relation avec l'article 43 de l'ordonnance, du 24 octobre 2007, relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA), prévoit une réglementation spéciale pour trois catégories de ressortissants des Etats membres de l'Union européenne et des Etats de l'AELE, auxquelles l'ALCP ne s'applique pas. Il s'agit des membres des représentations diplomatiques, des missions permanentes ou des postes consulaires ; les fonctionnaires des organisations internationales ayant leur siège en Suisse ainsi que le personnel travaillant pour ces organisations et les personnes chargées des tâches domestiques, indépendamment de leur nationalité, pour autant qu'elles soient titulaires d'une pièce de légitimation du DFAE.

⁵⁶ Ainsi, un ressortissant kosovar par exemple, qui ne dispose ni de la nationalité suisse ni de la nationalité d'un Etat membre de l'Union européenne, ne peut pas invoquer l'ALCP, voir arrêt du Tribunal fédéral, du 22 mars 2011, réf. 2C_13/2011.

⁵⁷ Le Tribunal fédéral a affirmé qu'il ne suffisait pas d'être ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne pour pouvoir disposer d'un droit de séjour en Suisse. Il faut encore pouvoir se prévaloir d'un motif de séjour dans cet Etat, voir arrêt du Tribunal fédéral, du 14 janvier 2011, réf. 2C_633/2011, consid. 5.

⁵⁸ La condition de l'intégration dans le marché régulier du travail d'une partie contractante a été mise en oeuvre dans la directive de l'ODM sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes, qui exige une intégration pendant 12 mois au moins dans le marché du travail d'une partie contractante (ch. 1.3.1, let. c).

⁵⁹ Voir CJCE, arrêt *Grimme* du 12 novembre 2009, aff. C-351/08, Rec. 2009, p. I-10777, pts 33 à 36. Voir également CJUE, arrêt *Fokus Invest AG* du 11 février 2010, aff. C-541/08, Rec.2010, p. I-1025, pts 29 à 32.

Il convient de souligner que le régime de la libre circulation est également accordé aux ressortissants norvégiens et islandais par l'accord du 21 juin 2001 amendant la convention de 1960 instituant l'AELE⁶⁰. La libre circulation pour les ressortissants du Liechtenstein fait l'objet d'un protocole spécial, annexé à la convention instituant l'AELE⁶¹. Les ressortissants du Liechtenstein bénéficient d'une libre circulation totale en Suisse depuis le 1^{er} janvier 2005⁶². Les développements qui concerneront la compatibilité des initiatives avec l'ALCP, valent aussi en principe pour la compatibilité de ces mêmes initiatives avec la Convention AELE pour ce qui est des dispositions en matière de libre circulation des personnes. Toutefois, la Convention AELE ne fait pas l'objet d'un examen spécifique dans la présente étude.

b. Droits garantis par l'ALCP

L'accord sur la libre circulation des personnes régit :

- la libre circulation des personnes (travailleurs salariés, indépendants et personnes n'exerçant pas d'activité économique) entre la Suisse et les Etats membres de l'Union européenne ;
- la libéralisation des prestations de services transfrontalières par des personnes physiques et des sociétés, pendant une période maximale de 90 jours de travail effectif par année civile ;
- la coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale, et
- la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles.

L'article 12 de l'ALCP prévoit qu'il ne préjuge pas des dispositions nationales plus favorables qui pourraient exister aussi bien pour les ressortissants des parties contractantes que pour les membres de leur famille. Ainsi, dans la mesure où, dans une situation entrant dans le champ d'application de l'ALCP, le droit interne suisse prévoirait des dispositions plus favorables, ces dernières devraient s'appliquer.

Plus concrètement, les droits garantis par l'ALCP couvrent l'égalité de traitement, le droit d'entrée et de séjour, le droit au regroupement familial, le droit de demeurer, le droit d'accès et d'exercice d'une activité salariée, le droit d'accès et d'exercice d'activités non salariées, le droit de prester des services de courte durée, la coordination des systèmes de sécurité sociale ainsi que la reconnaissance des qualifications professionnelles.

Nous ne traiterons dans la section II ci-après que des droits qui sont en relation avec les textes des initiatives. Avant de procéder à cet examen, il convient encore de

⁶⁰ L'accord amendant la Convention instituant l'Association européenne de libre-échange, signé à Vaduz le 12 juin 2001, est entré en vigueur le même jour que l'ALCP, soit le 1^{er} juin 2002 (FF 2001 4792 ; RO 2003 2685. Pour une version consolidée de la Convention instituant l'AELE, telle que modifiée par l'accord, voir le RS 0.632.31.

⁶¹ Protocole signé à Vaduz le 21 juin 2001, rattaché à l'annexe K – appendice 3 de la Convention instituant l'AELE, RS 0.632.31.

⁶² Deuxième échange de notes, du 21 décembre 2004, entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la Principauté de Liechtenstein sur la mise en œuvre du protocole concernant la libre circulation des personnes signé dans le cadre de l'accord amendant la Convention AELE, RS 0.142.115.144.2.

préciser les principes applicables en matière d'interprétation des règles contenues dans l'ALCP.

4. Principes applicables en matière d'interprétation de l'ALCP

En vertu de l'article 16, paragraphe 2, de l'ALCP, et dans la mesure où l'application de l'accord implique des notions du droit de l'Union européenne, les autorités suisses tiennent compte de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice de l'Union européenne rendue antérieurement à la date de signature de l'ALCP, à savoir le 21 juin 1999. La jurisprudence postérieure à la date de signature est « simplement » communiquée à la Suisse. L'article 16 précise toutefois qu'en vue d'assurer le bon fonctionnement de l'accord, à la demande d'une partie, le comité mixte de l'ALCP pourra déterminer les implications de cette jurisprudence. Dès lors, pour saisir la portée des nombreuses notions de droit de l'Union européenne contenues dans l'ALCP, il est indispensable de se référer à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

La jurisprudence de la Cour de justice antérieure à la date de la signature de l'accord doit être prise en compte lorsque l'application de l'accord implique des notions de droit de l'Union européenne. Or la majorité des dispositions de l'ALCP sont inspirées, voire reprises, de normes applicables au sein de l'Union européenne. Ainsi, par exemple l'article 5, paragraphe 1, de l'annexe I par exemple prévoit que les droits octroyés par l'ALCP ne peuvent être limités que par « *des mesures justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique* ». Ces notions font l'objet de dispositions dans le traité FUE et dans les directives applicables au sein de l'Union européenne, que le paragraphe 2 de l'article 5 de l'annexe I mentionne d'ailleurs expressément. Ainsi, conformément à l'article 16, paragraphe 2, le Tribunal fédéral a pris en compte la jurisprudence de la Cour de justice rendue sur le fondement de ces directives pour interpréter la notion d'ordre public⁶³.

Selon le Tribunal fédéral, la limite de l'obligation de la reprise de la jurisprudence découle du « cadre relativement étroit », dans lequel s'inscrit l'ALCP. La série des sept accords formant les Bilatérales I sont des accords sectoriels qui ne portent que sur des champs d'application partiels des quatre libertés composant le marché intérieur de l'Union européenne, « *il ne s'agit donc pas d'une participation pleine et entière au marché intérieur de la Communauté européenne* »⁶⁴. Aussi les arrêts de la Cour de justice « *fondés sur des notions ou des considérations dépassant ce cadre relativement étroit ne sauraient donc, sans autre examen, être transposés dans l'ordre juridique suisse. Il en va ainsi, par exemple, de la notion de citoyenneté européenne, qui est absente de l'ALCP et qui ne saurait donc trouver à s'appliquer à la Suisse* »⁶⁵.

S'agissant de la jurisprudence rendue par la Cour de justice de l'Union européenne après la date de signature, l'ALCP prévoit un mécanisme d'information au sein du comité mixte. Cette jurisprudence est communiquée à la Suisse et, à la demande d'une partie contractante, le comité mixte en détermine les implications concrètes sur le bon fonctionnement de l'ALCP. En pratique, les juridictions suisses, et plus

⁶³ Voir notamment ATF 129 II 215 et 130 II 176.

⁶⁴ ATF 133 V 329, consid. 8.4 ; ATF 130 II 113, consid. 6.2.

⁶⁵ *Ibidem*.

particulièrement le Tribunal fédéral, ont admis le principe selon lequel il y a lieu de s'inspirer de cette jurisprudence lorsqu'elle constitue un développement d'une jurisprudence antérieure de la Cour de justice (cas de confirmation de jurisprudence)⁶⁶. Le Tribunal fédéral s'est en outre fondé sur une interprétation de l'ALCP qui privilégie le parallélisme entre la situation juridique au sein du marché intérieur de l'Union européenne et celle résultant de l'application de l'ALCP (évolution parallèle du droit de l'UE et du droit contenu dans l'ALCP) et pris en compte des arrêts rendus par la Cour de justice postérieurement au 21 juin 1999⁶⁷. Il a considéré que seuls des « motifs sérieux » pourraient justifier de se départir de ce parallélisme et que de tels motifs ne sauraient être admis facilement⁶⁸.

II. Examen de la compatibilité des initiatives avec l'ALCP

La compatibilité des initiatives avec l'ALCP sera examinée sur la base des dispositions et des droits contenus dans l'accord qu'elles mettent en cause ou qu'elles sont susceptibles de mettre en cause.

Seront ainsi successivement analysés : la clause de *stand still* (A), le droit à l'égalité de traitement (B), le droit d'entrée (C), le droit de séjour et d'accès à une activité lucrative (D), le droit d'accès et d'exercice d'une activité salariée (E), le droit d'accès et d'exercice d'activités non salariées (F), le droit de prester des services de courte durée (G), le droit de séjour des personnes sans activité économique (H), le droit au regroupement familial (I), le droit de demeurer (J), le droit à l'égalité de traitement dans les prestations sociales (K).

A. Clause de *stand still*

Aux termes de l'article 13 de l'ALCP, les parties contractantes s'engagent à ne pas adopter de nouvelles mesures restrictives à l'égard des ressortissants de l'autre partie dans les domaines d'application de l'accord.

La clause de *stand still* (ou clause du *statu quo*) accompagne dans l'ALCP les dispositions de mise en œuvre progressive de la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne. Il ne s'agit pas d'une particularité de l'ALCP. On trouve de telles clauses dans les accords internationaux conclus par l'Union européenne avec des Etats tiers (par exemple dans l'accord d'association conclu avec la Turquie)⁶⁹ ou

⁶⁶ Voir notamment la reprise, par le Tribunal fédéral, de l'arrêt *Akrich* de 2001 dans l'ATF 130 II 1, un arrêt de 2003, confirmé notamment dans l'ATF 134 II 10 du 30 novembre 2007.

⁶⁷ ATF 136 II 5. Le Tribunal fédéral a décidé de reprendre l'arrêt *Metock* de 2008 de la Cour de justice et de renoncer ainsi à la condition, issue de l'arrêt *Akrich* de 2001 (tant l'arrêt *Metock* que l'arrêt *Akrich* sont postérieurs au 21 juin 1999), relative au séjour légal préalable dans un autre Etat membre de l'Union européenne pour que les membres de la famille de ressortissants de l'Union puissent se prévaloir du regroupement familial. Voir CJCE, arrêt *Metock* du 25 juillet 2008, aff. C-127/08, Rec. 2008, p. I-6421 et CJCE, arrêt *Akrich* du 23 septembre 2001, aff. C-109/01, Rec. 2001, p. I-9607.

⁶⁸ ATF 136 II 5, consid. 3.4 et 3.6.

⁶⁹ Accord d'association CEE-Turquie de 1963, JO L 217 du 29 décembre 1964. Voir l'article 41, paragraphe 1, du protocole additionnel de 1970, qui interdit l'introduction de nouvelles restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services entre les parties contractantes à compter de la date d'entrée en vigueur du protocole additionnel, et l'article 13 de la décision n° 1/80, qui prévoit que les Etats membres de l'Union européenne et la Turquie ne peuvent introduire de nouvelles restrictions concernant les conditions

encore dans les versions originelles des traités constitutifs des Communautés européennes, en particulier dans le traité CEE. Ces clauses, qu'elles figurent dans des accords internationaux ou dans les traités constitutifs, visent à favoriser la réalisation des libertés de circulation qu'elles accompagnent⁷⁰.

L'article 13 de l'ALCP interdit donc l'adoption de nouvelles mesures restrictives à l'égard des bénéficiaires de l'accord. Il comporte une obligation souscrite par les parties contractantes qui consiste en une abstention d'adopter de nouvelles mesures restrictives. Cette disposition, si elle est reconnue d'effet direct⁷¹, permettrait d'écarter l'application de règles de droit interne qui lui seraient contraires, à savoir des règles qui consisteraient à soumettre les ressortissants de l'autre partie à de nouvelles mesures restrictives qui rendraient plus difficile ou qui anéantiraient le droit de libre circulation, garanti dans la relation entre la Suisse et l'Union européenne.

L'initiative « contre l'immigration de masse », qui a pour objet d'introduire des plafonds et des contingents annuels afin de limiter le nombre des autorisations délivrées pour le séjour des étrangers en Suisse, n'opère pas de distinction entre les étrangers, ressortissants des Etats membres de l'Union européenne et ceux, ressortissants d'Etats non membres de l'Union européenne. Elle vise donc tous les étrangers immigrant en Suisse. S'agissant des ressortissants des Etats membres de l'Union européenne, l'instauration de tels plafonds et contingents, en dehors de l'application des dispositions transitoires de l'article 10 de l'ALCP, constituerait de nouvelles mesures restrictives prises par la Suisse à l'égard des bénéficiaires de l'ALCP et seraient donc **contraires à la clause de *stand still* inscrite à l'article 13**.

L'initiative ECOPOP, dans son volet migratoire, vise à faire en sorte que la population résidente en Suisse ne dépasse pas un niveau qui soit compatible avec la préservation des ressources naturelles. Pour atteindre ce but, elle limite à 0.2 % par an, sur une moyenne de trois ans, la part de l'accroissement de la population résidant de manière permanente en Suisse attribuable au solde migratoire. La limitation envisagée par l'initiative ne vise que l'immigration, et donc les étrangers qui vont séjourner de manière permanente en Suisse. L'initiative ne définit pas ce qu'il faut entendre par « *population résidente de manière permanente en Suisse* » et l'argumentaire n'apporte pas de précision à cet égard. Nous reviendrons sur cette notion *infra* dans la présente étude en lien avec d'autres droits garantis par l'ALCP⁷².

d'accès à l'emploi des travailleurs et des membres de leur famille qui se trouvent sur leur territoire respectif en situation régulière en ce qui concerne le séjour et l'emploi.

⁷⁰ Voir notamment l'article 49 du traité CEE en matière de libre circulation des travailleurs et l'article 53 du traité CEE en matière de liberté d'établissement. Cette dernière disposition, qui est plus synthétique que l'article 49, prévoyait que : « *Les Etats membres n'introduisent pas de nouvelles restrictions à l'établissement sur leur territoire des ressortissants des autres Etats membres, sous réserve des dispositions prévues au présent traité* ». L'article 53 a été abrogé par le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, JO C 340 du 10 novembre 1997.

⁷¹ La Cour de justice de l'Union européenne a reconnu un tel effet direct à l'article 41, paragraphe 1, du protocole additionnel de 1970 à l'accord d'association CEE-Turquie, voir CJCE, arrêt *Savas* du 11 mai 2000, aff. C-37/98, Rec. 2000, p. I-2927 et la jurisprudence rendue ultérieurement. Sur ces questions, voir Christine Kaddous, *Le rôle de la Cour de justice dans l'interprétation de l'accord d'association CEE-Turquie*, in : « La Turquie et l'Union européenne », Baptiste Bonnet (dir.), Collection Droit de l'Union européenne, Bruylant (Bruxelles), 2012, p. 79-103.

⁷² Voir nos développements *infra* dans la section II. D.

A ce stade, pour l'examen de la compatibilité avec l'article 13 de l'ALCP, il suffit de considérer que la mise en œuvre de l'initiative supposera l'instauration de contingents en vue de gérer l'immigration et veiller à ce qu'elle ne dépasse pas le seuil fixé par l'initiative. Ne faisant pas de distinction sur la base de la provenance de l'immigration (UE ou autre), les contingents ainsi fixés vont nécessairement aussi concerner les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne⁷³. Ils constitueront ainsi, en dehors du cas de l'application des dispositions transitoires de l'article 10, paragraphe 4, de l'ALCP, **de nouvelles mesures restrictives à la libre circulation, contraires à l'article 13 de l'ALCP.**

B. Droit à l'égalité de traitement

L'interdiction des discriminations en raison de la nationalité (ou droit à l'égalité de traitement) est une disposition centrale de l'ALCP, qui trouve une expression générale dans l'article 2 de l'accord, mais aussi dans d'autres dispositions de l'ALCP et de ses annexes.

En vertu de l'article 2 de l'ALCP, « *les ressortissants d'une partie contractante qui séjournent légalement sur le territoire d'une autre partie contractante ne sont pas, dans l'application et conformément aux dispositions des annexes I, II et III de cet accord, discriminés en raison de leur nationalité* ».

Conformément à l'article 7, point a, de l'ALCP, le droit à l'égalité de traitement avec les nationaux en ce qui concerne l'accès à une activité économique et son exercice ainsi que les conditions de vie, d'emploi et de travail doit être garanti par les parties contractantes conformément à l'annexe I. Cette disposition est concrétisée à l'article 9 de l'annexe I s'agissant des travailleurs salariés, à l'article 15 s'agissant des travailleurs indépendants et à l'article 19 s'agissant des prestataires de services.

L'interdiction des discriminations en raison de la nationalité visée à l'article 2 de l'ALCP a soulevé certaines interrogations quant à la portée de la règle dans la mesure où une lecture formelle de la disposition semble conduire à une application du principe de non-discrimination uniquement aux dispositions des trois annexes mentionnées dans l'article 2, et non à l'ensemble des dispositions de l'ALCP. Or, cela n'est pas le cas. A l'instar de la jurisprudence relative à l'article 18 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (traité FUE) (qui correspond à l'ancien art. 12 du traité CE), il convient de considérer que l'article 2 de l'ALCP, en tant que *lex generalis*, s'applique à titre subsidiaire à l'ensemble de l'accord. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs considéré que l'article 2 de l'ALCP figurait dans les « dispositions de base » de l'ALCP (art. 1 à 9 ALCP), dont il exprimait l'un des objectifs fondamentaux, rappelé à l'article 1, point d, de l'ALCP, qui est celui d'accorder aux ressortissants des Etats membres de l'Union européenne les mêmes conditions de vie, d'emploi et de travail que celles accordées aux nationaux⁷⁴. Dès lors, l'ALCP contient une *lex generalis* à l'article 2 et des *lex specialis* lorsque le principe de non-discrimination est repris spécifiquement dans d'autres dispositions de l'accord.

⁷³ A moins que les contingents soient fixés de sorte à répondre à l'ensemble de l'immigration en provenance des Etats membres de l'Union européenne.

⁷⁴ Arrêt du Tribunal fédéral, du 23 avril 2003, réf. 2A.114/2003, consid. 4.2, confirmé notamment à l'ATF 133 V 265, consid. 5.2.

En outre, la règle de l'égalité de traitement prohibe non seulement les restrictions qui se fondent directement sur la nationalité (discriminations directes) mais également celles qui par application d'autres critères de distinction que la nationalité aboutissent en fait au même résultat (discriminations indirectes). Les deux initiatives soumises à examen semblent ne pas créer de discriminations indirectes. En revanche, elles instaurent clairement des discriminations basées sur la nationalité et contreviennent donc à l'interdiction des discriminations directes. Elles se réfèrent toutes les deux aux « étrangers ». Pour l'initiative « contre l'immigration de masse », il est question du séjour des étrangers et de la limitation de leurs droits en Suisse et, pour l'initiative ECOPOP, il s'agit de la limitation de la population résidente permanente en Suisse attribuable au solde migratoire, ce qui revient à créer une distinction sur la base de la nationalité.

L'initiative « contre l'immigration de masse » indique en outre que parmi les principes qui devront être respectés pour la fixation des contingents annuels des étrangers pouvant exercer une activité lucrative en Suisse, il conviendra de tenir compte de la préférence nationale. L'application d'une telle préférence constituerait une discrimination, fondée sur la nationalité, entre les ressortissants suisses et les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne dans l'application des dispositions et des droits garantis par l'ALCP. Une telle discrimination **est interdite par la règle de l'égalité de traitement inscrite dans l'ALCP.**

La règle de la priorité des travailleurs indigènes (définie comme la priorité des suisses et des étrangers qui se trouvent déjà sur le marché du travail suisse) avait été appliquée par la Suisse pendant deux ans, du 1^{er} juin 2002 au 31 mai 2004, pendant la première phase transitoire de la mise en œuvre de la libre circulation à l'égard des ressortissants des Etats membres de l'UE (UE-15). Un système comparable avait été mis en place dans le régime transitoire applicable aux ressortissants des Etats membres de l'UE-8 et aux ressortissants bulgares et roumains. Depuis, un tel principe n'est plus d'application à l'égard des ressortissants des Etats membres de l'UE-15 et de l'UE-8, mais il l'est encore à l'égard des ressortissants bulgares et roumains jusqu'au 31 mai 2014⁷⁵. Aujourd'hui, une règle relative à la priorité des travailleurs indigènes violerait les droits des ressortissants des Etats membres de l'Union européenne, sauf ceux des ressortissants bulgares et roumains (et ce jusqu'à l'échéance du 31 mai 2014).

L'initiative ECOPOP vise à limiter l'accroissement de la population résidente permanente en Suisse attribuable à l'immigration. Elle n'instaure pas de discriminations entre les ressortissants suisses et les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne, une fois que ceux-ci se trouvent légalement sur le territoire suisse. A cet égard, on peut considérer qu'elle **ne viole pas le principe d'égalité de traitement *stricto sensu*.**

En outre, les auteurs de cette initiative considèrent que le seuil qu'ils fixent serait compatible avec celui de l'Union européenne, le solde migratoire dans l'Union européenne ayant été en moyenne de 0.26 % entre 1997 et 2007. Or, une telle argumentation n'est pas recevable : d'une part, l'Union européenne ne s'est pas fixé de

⁷⁵ Prolongation de la réglementation transitoire appliquée aux ressortissants de la Bulgarie et la Roumanie, membres de l'UE depuis 2007, notifiée par la Suisse au Comité mixte le 27 mai 2011, RO 2011 4127.

taux maximum pour la part de l'accroissement de sa population résidente de manière permanente attribuable au solde migratoire, d'autre part, l'examen de la compatibilité des mesures proposées par l'initiative doit s'effectuer par rapport aux dispositions de l'ALCP et non par rapport à une éventuelle réglementation interne européenne, qui d'ailleurs n'existe pas.

C. Droit d'entrée

Le droit d'entrée des ressortissants d'une partie contractante sur le territoire d'une autre partie contractante est garanti à l'article 3 de l'ALCP conformément aux dispositions arrêtées dans l'annexe I.

Ce droit est octroyé aussi bien aux actifs (personnes qui exercent une activité économique) qu'aux non-actifs. L'annexe I contient l'essentiel de la réglementation applicable en relation avec ce droit. Elle prévoit notamment des dispositions particulières pour chacune des catégories de personnes visées dans l'ALCP, en particulier les travailleurs salariés, les indépendants⁷⁶, les prestataires de services⁷⁷ et les personnes sans activité lucrative.

Le droit d'entrée dans l'ALCP est inspiré de l'article 3 commun aux directives 68/360 et 73/148⁷⁸. L'article 1 de l'annexe I stipule que les parties contractantes admettent sur leur territoire les ressortissants des autres parties contractantes, les membres de leur famille (art. 3 annexe I) ainsi que les travailleurs détachés (art. 17 annexe I) sur simple présentation d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité. Ces personnes bénéficient du droit d'entrer, mais également du droit de quitter le territoire aux mêmes conditions, à savoir sur présentation d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité (droit de sortie).

Toute autre formalité est exclue aussi bien pour le droit d'entrée que pour le droit de sortie, étant précisé que l'article 2, paragraphe 4, de l'annexe I prévoit la possibilité pour les parties contractantes d'imposer aux ressortissants des autres parties contractantes de signaler leur présence sur le territoire lorsqu'il est question d'un droit de séjour et d'exercice d'une activité économique⁷⁹.

Aucun visa d'entrée (respectivement de sortie) ni d'obligation équivalente⁸⁰ ne peut être exigé des ressortissants des parties contractantes, sauf en ce qui concerne les

⁷⁶ La distinction entre travailleurs salariés et indépendants ne figure pas dans les dispositions de base de l'accord mais uniquement dans l'annexe I.

⁷⁷ Le droit d'entrée pour les prestataires de services est garanti spécifiquement à l'article 5, paragraphe 2, de l'ALCP, et régi de manière détaillée à l'article 1 de l'annexe I.

⁷⁸ Directive 68/360 du Conseil, du 15 octobre 1968, relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des Etats membres et de leur famille à l'intérieur de la Communauté, JO L 257 du 19.10.1968, p. 13 et directive 73/148 du Conseil, du 21 mai 1973, relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants des Etats membres à l'intérieur de la Communauté en matière d'établissement et de prestation de services, JO L 172 du 28.6.1973, p. 14. Ces deux directives ont été abrogées dans l'Union européenne par la directive 2004/38, du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union européenne et de membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, JO L 158 du 30.4.2004, p. 77. Toutefois, les directives 68/360 et 73/148 restent applicables dans le cadre de l'ALCP.

⁷⁹ L'OLCP institue à cet égard une procédure d'annonce, voir art. 9 OLCP.

⁸⁰ La notion d'obligation équivalente a été définie comme englobant « toute formalité qui vise à autoriser l'entrée sur le territoire d'un Etat membre et qui s'ajoute au contrôle d'un passeport ou d'une carte d'identité

membres de la famille et les travailleurs détachés (art. 3 et 17 de l'annexe I) qui ne possèderaient pas la nationalité de l'une des parties contractantes. Ces personnes doivent toutefois se voir « *accorder toutes les facilités pour obtenir les visas nécessaires* » (art.1, § 1, al. 2, de l'annexe I).

L'entrée ne peut être refusée à des ressortissants des parties contractantes, que dans des cas individuels et si leur présence constitue une menace pour l'ordre public, la sécurité ou la santé publique (art. 5 annexe I). Nous examinerons les conditions d'application de cette dernière disposition ci-après dans le cadre du droit de séjour et de l'accès à une activité économique⁸¹.

En pratique, les contrôles aux frontières de la Suisse sont devenus exceptionnels, compte tenu de la mise en application de l'accord d'association de la Suisse à Schengen (ci-après l'AAS)⁸², lequel a facilité de manière importante la mise en œuvre de l'article 3 de l'ALCP⁸³.

L'initiative « contre l'immigration de masse » veut restreindre le nombre d'autorisations qui seront délivrées pour le séjour d'étrangers en Suisse. Elle ne vise pas *a priori* à instaurer de nouvelles restrictions à l'entrée sur le territoire suisse. Elle n'envisage pas d'introduire un visa d'entrée ou une obligation équivalente pour les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne. Dans cette mesure, l'initiative **ne contrevient pas au droit d'entrée garanti par l'ALCP**, mais il convient de souligner que le droit d'entrée est une composante du droit de circuler, lequel comprend le droit de quitter un territoire et d'entrer sur un autre territoire.

Le droit d'entrée constitue aussi un préalable au droit de séjour, celui-ci ne pouvant être exercé sans le premier, alors que le contraire serait envisageable, à tout le moins pour les personnes qui n'envisageraient qu'un transit sur territoire suisse.

L'initiative ECOPOP a, quant à elle, pour objet de limiter l'accroissement de la population résidente permanente en Suisse. Elle fixe un certain pourcentage (0,2 %) qui ne doit pas être dépassé et qui est en principe compatible avec la préservation durable des ressources naturelles. L'initiative n'envisage *a priori* pas de nouvelles restrictions à l'entrée sur le territoire suisse. Elle ne vise pas à instaurer une obligation de visa pour entrer en Suisse ni une obligation équivalente pour les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne. L'initiative **ne contrevient donc pas en tant que telle au droit d'entrée garanti à l'article 3 de l'ALCP**. En revanche, l'observation formulée ci-dessus relativement au lien entre le droit d'entrer et le droit de séjour est aussi valable en ce qui concerne l'initiative ECOPOP.

Formellement, les deux initiatives ne sont donc pas contraires pas au droit d'entrée, tel que garanti par l'ALCP ; matériellement, le droit d'entrée (sans le droit de séjour)

à la frontière, quel que soit le lieu ou le moment de la délivrance de cette autorisation et quelle qu'en soit la forme », CJCE, arrêt *Regina* du 3 juillet 1980, aff. 157/79, pt 10.

⁸¹ Voir nos développements *infra* dans la section D.

⁸² Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, RS 0.360.268.1. Cet accord signé en 2004 est formellement entré en vigueur le 1^{er} mars 2008, mis en application le 12 décembre 2008 pour les frontières terrestres et le 29 mars 2009 pour les frontières intérieures aériennes.

⁸³ Le lien entre l'ALCP et l'AAS sera examiné *infra* dans la section V.

n'est utile que pour des séjours inférieurs à trois mois (qui ne nécessitent pas d'autorisation de séjour) ou pour des transits sur territoire suisse.

D. Droit de séjour et d'accès à une activité économique

Les articles 4 de l'ALCP et 2, paragraphe 1, de l'annexe I garantissent aux ressortissants des parties contractantes un droit de séjour et d'accès à une activité économique (1), sous réserve de l'application des dispositions transitoires prévues à l'article 10 ALCP en matière de restrictions quantitatives et/ou qualitatives. Des limites peuvent être apportées à ce droit sur la base de l'article 5 de l'annexe I (2).

1. Conditions de l'octroi du droit de séjour et d'accès à une activité économique

Le droit de séjour et d'accès à une activité économique est octroyé conformément aux dispositions de l'annexe I.

L'article 2 de l'annexe I énonce les conditions générales de l'octroi du titre de séjour alors que les conditions spécifiques à chaque catégorie de personnes sont précisées dans des dispositions individuelles de la même annexe : à l'article 6 pour les travailleurs salariés, à l'article 12 pour les indépendants, à l'article 7 pour les travailleurs frontaliers salariés, à l'article 13 pour les frontaliers indépendants, à l'article 20 pour les prestataires de services et à l'article 24 pour les personnes sans activité économique.

L'ALCP précise que le droit de séjour est constaté par la délivrance d'un titre de séjour⁸⁴. Cela signifie que le titre de séjour n'a pas de valeur constitutive mais uniquement une valeur déclaratoire⁸⁵. Toutefois, tant que l'autorisation de travailler est soumise à un contingentement, la prise d'un emploi sans autorisation de séjour est illégale et passible d'une condamnation pénale⁸⁶.

Le droit suisse prévoit différentes catégories de titres de séjour qui peuvent être octroyés aux ressortissants des Etats membres de l'Union européenne ou de l'AELE attestant leur droit de séjour en Suisse⁸⁷. Ces titres ne sont délivrés que pour des séjours supérieurs à 3 mois⁸⁸. Les frontaliers, qu'ils soient salariés (art. 7, § 2, annexe I) ou indépendants (art. 13, § 2, annexe I), n'ont pas besoin de titre de séjour, mais l'autorité compétente peut leur octroyer un titre « spécifique ».

Sont ainsi prévus les titres de séjour suivants pour les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne ou de l'AELE :

⁸⁴ Art. 2, § 1, *in fine* de l'annexe I de l'ALCP.

⁸⁵ Art. 2, § 1, de l'annexe I. Le caractère déclaratoire a été constaté par une jurisprudence constante de la Cour de justice, voir notamment CJCE, arrêt *Royer* du 8 avril 1976, aff. 48/75, Rec. 1976, p. 497, pt 33 ; CJUE, arrêt *Dias* du 21 juillet 2011, aff. C-325/09, Rec. 2011, p. I-6387, pt 48. Pour la jurisprudence du Tribunal fédéral, voir ATF 134 IV 57, consid. 4.

⁸⁶ ATF 134 IV 57.

⁸⁷ L'art. 6 de l'OLCP prévoit que les livrets pour les ressortissants de l'UE/AELE sont établis conformément aux art. 71 et 72 de l'Ordonnance, du 24 octobre 2007, relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA), RS 142.201.

⁸⁸ Cela découle expressément des art. 6, § 2, al. 2, et 23, § 1, de l'annexe I.

- l'autorisation de séjour de courte durée (livret L UE/AELE)⁸⁹ ;
- l'autorisation de séjour (livret B UE/AELE)⁹⁰ ;
- l'autorisation d'établissement (livret C UE/AELE)⁹¹ ;
- l'autorisation de séjour pour frontaliers (livret G UE/AELE)⁹².

Ces titres de séjour sont attribués en fonction du type et de la durée des activités qui sont exercées, en fonction de la durée du séjour effectué en Suisse ou encore en fonction du statut des personnes concernées.

Depuis le 1er juin 2007, les ressortissants des Etats membres de l'UE-15 ainsi que ceux de Malte et Chypre (UE-17), bénéficient pleinement de la libre circulation des personnes. Les ressortissants des Etats membres de l'UE-8 en bénéficient depuis le 1er mai 2011. La clause de sauvegarde de l'article 10, paragraphe 4, de l'ALCP a été appliquée par la Suisse à l'égard des Etats de l'UE-17 en ce qui concerne les autorisations de séjour B (d'une durée de cinq ans, autorisations de longue durée). Le Conseil fédéral a ainsi réintroduit un contingentement, qui s'élève à 53'712 autorisations, valable à partir du 1^{er} juin 2013 pour une année jusqu'au 31 mai 2014⁹³.

S'agissant des ressortissants des Etats membres de l'UE-8, des contingents ont été réintroduits pour les autorisations de séjour de catégorie B (d'une durée de cinq ans ; autorisations de longue durée) dès le 1^{er} mai 2012 pour une année. Ils ont été prolongés pour une autre année jusqu'au 30 avril 2014.

S'agissant des ressortissants bulgares et roumains, la période transitoire, durant laquelle des contingents et des prescriptions relatives au marché du travail peuvent être appliqués, était initialement prévue jusqu'au 31 mai 2011 mais a été prolongée jusqu'au 31 mai 2014⁹⁴. Elle pourra, le cas échéant, être prolongée jusqu'au 31 mai 2016 (art. 10, § 4c, al. 2, ALCP). La clause de sauvegarde de l'article 10, paragraphe 4, de l'ALCP pourra, quant à elle, être activée à l'égard de ces ressortissants jusqu'à dix ans après l'entrée en vigueur du protocole, soit jusqu'au 31 mai 2019.

Les deux initiatives sous examen ont pour objet d'introduire de nouvelles restrictions au droit de séjour, en dehors du cas d'application de l'article 10, paragraphe 4, de l'ALCP et du cas des restrictions existantes relatives aux ressortissants bulgares et

⁸⁹ Ce livret est délivré pour les séjours supérieurs à trois mois et inférieurs à un an. La validité de l'autorisation correspond à la durée du contrat de travail.

⁹⁰ Ce livret est délivré lorsque la relation de travail dure une année ou plus. Sa durée est de cinq ans. L'autorisation de séjour est accordée aux travailleurs qui occupent un emploi supérieur à un an (364 jours) ainsi qu'aux indépendants.

⁹¹ Cette autorisation n'est pas prévue dans l'ALCP. En vertu du droit suisse (LEtr), l'autorisation peut en principe être octroyée aux étrangers qui ont séjourné en Suisse au moins dix ans au titre d'une autorisation de courte durée ou de séjour, dont les cinq dernières années de manière ininterrompue au titre d'une autorisation de séjour. Voir notamment l'article 34 LEtr et l'OASA.

⁹² En vertu des articles 7 et 13 de l'annexe I, les frontaliers n'ont pas besoin d'un titre de séjour, mais l'autorité compétente de l'Etat d'emploi peut les doter d'un titre spécifique. Ce livret est délivré pour une durée de cinq ans au moins, ou pour la durée de l'emploi si celle-ci est supérieure à trois mois et inférieure à un an.

⁹³ Le seuil de 56'268 autorisations B a été franchi le 14 mai 2013. Les autorisations de séjour B délivrées aux ressortissants de l'UE-17 seront contingentées à partir du 1er juin 2013. Le contingentement sera valable jusqu'au 31 mai 2014. Ce chiffre correspond à la moyenne des autorisations B délivrées au cours des trois dernières années plus 5 %. En revanche, les exigences quantitatives pour un contingentement des autorisations de séjour de courte durée L délivrées aux ressortissants de l'UE-17 n'ont pas été atteintes.

⁹⁴ Notification de la Suisse du 27 mai 2011 (RO 2011 4127).

roumains. Elles vont donc porter préjudice aux droits des ressortissants des Etats membres de l'Union européenne.

L'initiative « contre l'immigration de masse » a pour objet de limiter le nombre des autorisations pour le séjour des étrangers en Suisse par des contingents annuels, qui devront être fixés pour chacune des catégories de personnes (autorisations de séjour de courte durée, d'établissement, etc.). Elle vise donc à introduire de **nouvelles restrictions quantitatives (contingents) au droit de séjour et d'accès à une activité économique, lesquelles sont incompatibles avec l'ALCP**, sous réserve de l'application des dispositions transitoires de l'article 10, paragraphe 4, de l'ALCP, dont le Conseil fédéral a fait usage, comme rappelé ci-dessus. En outre, la règle de la préférence nationale, dont le respect est exigé par les auteurs de l'initiative, revient à introduire une **restriction à la libre circulation de nature qualitative, laquelle est désormais aussi interdite par l'ALCP**, sous réserve de l'application de l'article 10 pour les ressortissants bulgares et roumains.

L'initiative ECOPOP vise, par la fixation d'un niveau d'accroissement annuel maximal de la population résidente permanente en Suisse, à appliquer des mesures équivalentes à des restrictions quantitatives. Elle exigera d'ailleurs pour sa mise en œuvre, en cas d'acceptation par le peuple et les cantons suisses, l'instauration de contingents. Ceux-ci consisteront nécessairement en une limitation des séjours des ressortissants des Etats membres de l'Union européenne sur le territoire suisse, à moins que ceux-ci bénéficient d'une priorité sur tous les autres étrangers (ce qui n'est pas prévu par l'initiative) et que le taux d'accroissement de 0,2 % suffise à couvrir l'ensemble de l'immigration en provenance des Etats membres de l'Union européenne. Ce dernier cas de figure étant fort improbable, l'initiative viole les droits dont bénéficient ces ressortissants sur la base de l'ALCP et **contrevient donc en l'espèce à l'article 4 de l'ALCP et à l'article 2, paragraphe 1, de l'annexe I.**

Dans le cadre de cet examen, on doit préciser la notion de « *population résidente permanente* » en Suisse, utilisée dans l'initiative⁹⁵. La notion n'est définie ni dans le texte de l'initiative, ni dans l'argumentaire et l'on peut s'interroger sur le sens à donner à ces termes. Il convient en premier lieu d'observer que les auteurs de l'initiative ont voulu distinguer les séjours de courte durée des séjours plus longs qui peuvent être considérés comme revêtant un caractère « permanent ». Compte tenu de cet élément et en l'absence d'indications précises sur cette notion, on peut s'inspirer d'autres textes qui font appel à cette même notion et qui sont donc utiles pour déterminer le sens des termes « *population résidente permanente* ». En l'occurrence, l'ordonnance sur le recensement fédéral de la population de 2008 en donne une définition à l'article 2, lettre b)⁹⁶. Doit ainsi être considéré comme faisant partie de la

⁹⁵ Pour rappel, le texte de l'initiative prévoit que « *la part de l'accroissement de la population résidant de manière permanente en Suisse qui est attribuable au solde migratoire ne doit pas dépasser 0,2 % par an sur une moyenne de trois ans* ».

⁹⁶ L'article 2, lettre d) de l'Ordonnance du 19 décembre 2008 (RS 431.112.1) prévoit qu'on entend par « population résidente permanente »: l'ensemble des personnes, à leur domicile principal,

1. de nationalité suisse et annoncées en Suisse,
2. de nationalité étrangère et titulaires d'une autorisation de séjour ou d'établissement d'une durée minimale de 12 mois ou d'autorisations de séjour de courte durée équivalant à une durée cumulée minimale de 12 mois, à l'exclusion de celles octroyées dans la procédure d'asile,
3. en procédure d'asile et totalisant au moins 12 mois de séjour.

population résidente permanente, outre les Suisses, les ressortissants d'autres Etats dont la durée minimale du séjour est de 12 mois. On peut dès lors considérer que l'initiative ECOPOP ne viserait la limitation que des séjours des ressortissants étrangers d'une durée égale ou supérieure à 12 mois. Les séjours de plus courte durée ne seraient pas touchés par l'initiative.

Même en réduisant le cercle des ressortissants des Etats membres de l'Union européenne pouvant souffrir des contingents qui seraient fixés par l'initiative, celle-ci porte atteinte aux droits des personnes qui vont séjourner en Suisse pour une durée minimale ou égale à 12 mois et **viole ainsi leurs droits garantis par l'article 4 de l'ALCP et l'article 2, paragraphe 1, de l'annexe I.**

Le droit de séjour et d'accès à une activité économique garanti dans l'ALCP peut souffrir des limites. Ce droit peut être refusé ou restreint dans des conditions particulières. Deux cas peuvent se présenter. D'une part, l'article 14, paragraphe 2, de l'ALCP, qui contient une « clause de sauvegarde générale », permet à une partie contractante d'invoquer des difficultés sérieuses d'ordre économique ou social en vue de prendre des mesures pour remédier à la situation⁹⁷. D'autre part, l'article 5 de l'annexe I de l'ALCP permet de limiter les droits octroyés par l'ALCP si les restrictions sont justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique. Nous allons ci-après examiner la portée de cette dernière disposition.

2. Portée de l'article 5 de l'annexe I de l'ALCP

L'article 5 de l'annexe I stipule que les droits garantis par l'ALCP ne peuvent être limités que par des mesures justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique et renvoie aux directives 64/221, 72/194 et 75/35⁹⁸. L'article 5 ne s'applique donc pas seulement au droit de séjour et d'accès à une activité économique, mais à l'ensemble des droits octroyés par l'ALCP⁹⁹.

La directive 64/221, auquel l'ALCP renvoie, concerne les dispositions relatives à l'entrée sur le territoire, à la délivrance ou au renouvellement du titre de séjour, ou à l'éloignement du territoire, qui sont adoptées par les Etats membres pour des raisons

⁹⁷ Cette clause sera examinée en détail en lien avec la situation espagnole. Voir nos développements *infra* dans la section III.

⁹⁸ Directive 64/221 du Conseil, du 25 février 1964, pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, JO L 56 du 4.4.1964, p. 850; directive 72/194 du Conseil, du 18 mai 1972, étendant aux travailleurs qui exercent le droit de demeurer sur le territoire d'un Etat membre après y avoir occupé un emploi, le champ d'application de la directive du 25 février 1964 pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, JO L 121 du 26.5.1972, p. 32 ; directive 75/35 du Conseil, du 17 décembre 1974, étendant le champ d'application de la directive 64/221 pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, aux ressortissants d'un Etat membre qui exercent le droit de demeurer sur le territoire d'un autre Etat membre après y avoir exercé une activité non salariée, JO L 14 du 20.1.1975, p. 14. Ces trois directives, qui ont été abrogées dans l'Union européenne par la directive 2004/38 consacrée à la citoyenneté de l'Union européenne, restent toutefois applicables dans le cadre de l'ALCP.

⁹⁹ Art. 5 § 1 ALCP. La directive 64/221 à laquelle l'ALCP renvoie vise les ressortissants des Etats membres qui séjournent ou se rendent dans un autre Etat membre, soit en vue d'exercer une activité salariée ou non salariée, soit en qualité de destinataires de services. Elle s'applique également au conjoint et aux membres de la famille (art. 1 de la directive).

d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique¹⁰⁰. Transposées à la relation Suisse-Union européenne, ces dispositions signifient que les parties contractantes ne peuvent prendre de telles mesures à l'égard des ressortissants de l'autre partie que si les conditions fixées dans la directive sont remplies.

Les raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, qui ne peuvent être invoquées à des fins économiques¹⁰¹, sont des notions de droit de l'Union européenne qu'il convient d'interpréter en tenant compte de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice de l'Union européenne.

En vertu de l'article 16, paragraphe 2, de l'ALCP, le Tribunal fédéral a pris en compte la jurisprudence de la Cour de justice rendue sur le fondement des directives mentionnées à l'article 5 de l'annexe I pour interpréter la notion d'« ordre public »¹⁰². Conformément à cette jurisprudence, les conditions d'application de cette notion peuvent être synthétisées de la manière suivante¹⁰³ : d'application restrictive, la notion d'ordre public suppose l'existence d'une menace réelle et d'une certaine gravité, laquelle doit affecter un intérêt fondamental de la société¹⁰⁴. Les mesures d'ordre public ne peuvent être fondées que sur le comportement personnel de l'intéressé¹⁰⁵. Le danger doit être actuel et présent ; la seule existence de condamnations pénales antérieures ne suffit pas¹⁰⁶ ; de telles condamnations ne pourront être prises en considération que si les circonstances les entourant laissent apparaître une menace actuelle pour l'ordre public¹⁰⁷. Enfin, les mesures d'ordre public doivent être nécessaires et respecter le principe de proportionnalité.

La notion de « sécurité publique » a, quant à elle, été interprétée comme couvrant aussi bien la sécurité intérieure qu'extérieure d'un Etat membre¹⁰⁸. En matière de protection contre l'éloignement, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré que le trafic de stupéfiants en bande organisée est susceptible de présenter un niveau d'intensité de nature à menacer directement la tranquillité et la sécurité physique de la population¹⁰⁹. De manière générale, on peut considérer qu'on entend par « sécurité publique » la sécurité intérieure et extérieure dans le sens de la préservation de

¹⁰⁰ Art. 2 § 1 directive 64/221.

¹⁰¹ Art. 2 § 2 directive 64/221.

¹⁰² Voir notamment ATF 129 II 215 et 130 II 176.

¹⁰³ Pour une étude détaillée des notions d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, voir Ch. Kaddous/D. Grisel, *Libre circulation des personnes et des services*, Dossier de droit européen n° 26, Helbing et LGDJ, 2012, p. 123-138. L'approche du Tribunal fédéral en la matière est notamment illustrée par l'ATF 130 II 493, dans lequel il est fait référence à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

¹⁰⁴ ATF 130 II 493.

¹⁰⁵ CJCE, arrêt *Bonsignore* du 26 février 1975, aff. 67/74, Rec. 1975, p. 297, pt 6.

¹⁰⁶ Art. 3, § 1 et 2 de la directive 64/221.

¹⁰⁷ Cette condition revient le plus souvent à apprécier le risque de récidive, qui joue un rôle déterminant dans l'application de ces dispositions. L'évaluation du risque de récidive sera d'autant plus rigoureuse que le bien juridique menacé est important.

¹⁰⁸ CJCE, arrêt *Werner* du 17 octobre 1995, aff. C-70/94, Rec. 1995, p. I-3189, pt 25 ; CJCE, arrêt *Sirdar* du 26 octobre 1999, C-273/97, Rec. 1999, p. I-7403, pt 17 ; CJCE, arrêt *Kreil* du 11 janvier 2000, aff. C-285/98, Rec. 2000, p. I-69, pt 17 ; CJCE, arrêt *Albore* du 13 juillet 2000, C-423/98, Rec. 2000, p. I-5965, pt 18 ; CJCE, arrêt *Dory* du 11 mars 2003, C-186/01, Rec. 2003, p. I-2479, pt 32 ; CJUE, arrêt *Tsakouridis* du 23 novembre 2010, aff. C-145/09, Rec. 2010, p. I-11979, pt 43.

¹⁰⁹ CJUE, arrêt *Tsakouridis* du 23 novembre 2010, aff. C-145/09, Rec. 2010, p. I-11979, pt 47.

l'intégrité du territoire d'un Etat membre et de ses institutions et par « ordre public » la prévention des troubles de l'ordre social¹¹⁰.

Enfin, la notion de « santé publique », qui peut justifier le refus d'entrer sur le territoire ou le refus de délivrance du premier titre de séjour, doit être comprise comme comprenant uniquement les maladies ou infirmités, qui figurent sur la liste annexée à la directive 64/221¹¹¹. La survenance de maladies ou d'infirmités après la délivrance du premier titre de séjour ne peut en revanche pas justifier le refus de renouvellement du titre de séjour ou l'éloignement du territoire¹¹². La Cour de justice de l'Union européenne a notamment considéré que seules peuvent être interdites d'entrée et de séjour les personnes atteintes de maladies antérieures à la délivrance du premier titre de séjour et représentant un réel danger pour la santé publique¹¹³.

Comme pour les mesures d'ordre public, celles fondées sur la sécurité publique ou la santé publique doivent être nécessaires et respecter le principe de proportionnalité.

L'initiative « contre une immigration de masse » veut instaurer une réorientation générale de la politique suisse d'immigration. Elle souhaite que la Suisse gère de manière autonome l'immigration des étrangers. Les contingents annuels qui seraient introduits, en d'acceptation de l'initiative par le peuple et les cantons suisses, constitueraient des mesures restrictives à la libre circulation des personnes, laquelle est garantie par l'ALCP.

Les contingents seraient fixés sur la base de critères globaux, tels que la demande de l'employeur, la capacité d'intégration de l'étranger en Suisse ou encore la source de revenus suffisante et autonome de l'intéressé. Le refus de délivrer une autorisation de séjour dans le cadre de l'initiative est envisagé de manière générale sur la base de critères déterminés, qui ne se fondent en principe pas sur le comportement personnel du ou des intéressés, comme l'exigent les notions d'ordre public ou de sécurité publique de l'ALCP. Les cas de refus envisagés par l'initiative ne se fondent pas plus sur l'existence d'un réel danger encouru par la société, comme l'exige la notion de santé publique. Dès lors, **l'article 5 de l'annexe I ne peut en aucun cas justifier les mesures de contingentement envisagées par l'initiative.**

Dans l'initiative ECOPOP, les restrictions à la libre circulation des personnes qu'engendrerait une application des dispositions envisagées **ne sauraient pas non**

¹¹⁰ Voir la Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, du 2 juillet 2009, concernant les lignes directrices destinées à améliorer la transposition et l'application de la directive 2004/38 relative au droit des citoyens de l'Union européenne et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, COM (2009) 313 final, p. 10 et 11. La directive 2004/38 reprend les notions qui étaient inscrites dans la directive 64/221.

¹¹¹ Art. 4, § 1, directive 64/221. L'annexe fait référence à un document de l'OMS et établit une liste exhaustive des maladies et des infirmités qui peuvent entrer en considération, telles que par exemple les maladies quaranténaires ou la tuberculose à certaines conditions.

¹¹² Art. 4, § 2, directive 64/221. Il convient de noter qu'aujourd'hui, dans l'Union européenne, c'est l'article 29, paragraphe 1, de la directive 2004/38 qui régit la matière. Cette disposition prévoit que seules peuvent justifier des mesures restreignant la libre circulation des personnes les maladies potentiellement épidémiques telles que définies dans les instruments de l'Organisation mondiale de la santé ainsi que les maladies infectieuses ou parasitaires contagieuses pour autant qu'elles fassent, dans le pays d'accueil, l'objet de dispositions de protection à l'égard des ressortissants de l'Etat membre d'accueil. On peut dès lors constater que la notion de santé publique n'a pas fondamentalement évolué depuis la directive 64/221.

¹¹³ CJCE, arrêt *Gül* du 7 mai 1986, aff. 131/85, Rec. 1986, p. 1573.

plus être justifiées par les motifs d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique de l'article 5 de l'annexe I. Les conditions d'application de ces motifs par une partie contractante à l'ALCP supposent que les restrictions apportées à la libre circulation soient des mesures individuelles, prises au cas par cas, et non des mesures générales de limitation de l'immigration prises sans aucune individualisation des situations des personnes concernées.

Les motifs invoqués dans les deux initiatives pour justifier les restrictions à la libre circulation des personnes ne peuvent pas être considérés comme entrant dans les notions d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique, telles qu'elles résultent de l'article 5 de l'annexe I de l'ALCP. Dès lors, les limitations au droit de séjour et d'accès à une activité économique prévues dans les deux initiatives **sont contraires à l'article 4 de l'ALCP et à l'article 2, paragraphe 1, de l'annexe I** et ne peuvent être justifiées sur la base de l'article 5 de l'annexe I.

E. Droit d'accès et d'exercice d'une activité salariée

Les articles 6 à 11 de l'annexe I de l'ALCP précisent les modalités de la libre circulation des travailleurs salariés garantie aux ressortissants d'une partie contractante en vertu de l'article 1, points a et d, et de l'article 4 de l'accord.

L'ALCP ne contient pas de définition du terme « travailleur ». S'agissant d'une notion de droit de l'Union européenne au sens de l'article 16, paragraphe 2, de l'accord, il convient de l'interpréter en se référant à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, laquelle a été largement reprise par le Tribunal fédéral, notamment dans un arrêt de 2005¹¹⁴. Sur la base de cette jurisprudence, une personne est considérée comme un travailleur, lorsqu'elle accomplit pendant un certain temps, en faveur d'une autre personne et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération¹¹⁵.

L'ALCP prévoit également le statut de « travailleur frontalier », lequel est accordé à celui qui réside sur le territoire d'une partie contractante et exerce une activité salariée sur le territoire d'une autre partie contractante, en retournant à son domicile en principe chaque jour, ou au moins une fois par semaine (art. 7, § 1, annexe I). L'obligation du retour quotidien dans le pays d'origine a été remplacée par une obligation de retour hebdomadaire¹¹⁶. La qualité de frontalier n'est plus liée au domicile dans les pays limitrophes de la Suisse, comme cela était le cas à l'origine, et peut donc être admise par exemple à l'égard d'un ressortissant britannique domicilié au Royaume-Uni¹¹⁷. En outre, depuis le 1^{er} juin 2007, il n'existe plus de zones frontalières déterminées pour les travailleurs frontaliers des Etats de l'UE-15 et de Malte et Chypre; leur domicile et leur lieu de travail ne doivent donc plus

¹¹⁴ ATF 131 II 339, consid. 3, dans lequel le Tribunal fédéral a adopté, à l'instar de la Cour de justice de l'Union européenne, une définition extensive de la notion de travailleur.

¹¹⁵ CJCE, arrêt *Lawrie-Blum* du 3 juillet 1986, aff. 66/85, Rec. 1986, p. 2121, pts 16 et 17, rappelés notamment dans l'arrêt *Raccanelli* du 17 juillet 2008, aff. C-94/07, Rec. 2008, p. I-5939, pt 33 ; CJCE, arrêt *Genc* du 4 février 2010, aff. C-14/09, Rec. 2010, p. I-931, pt 19.

¹¹⁶ Voir l'ancien art. 6 de l'ordonnance, du 6 octobre 1986, limitant le nombre des étrangers (OLE). Cette ordonnance a été abrogée par l'ordonnance, du 24 octobre 2007, relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA), RS 142.201.

¹¹⁷ ATF 135 II 128, consid. 3.

nécessairement être situés en zone frontalière. Cette restriction a également été levée, le 1^{er} mai 2011, pour les citoyens des Etats de l'UE-8. Elle est encore en vigueur pour les ressortissants bulgares et roumains jusqu'au 1^{er} juin 2016. Les autorisations délivrées aux travailleurs frontaliers ne sont pas contingentées.

S'agissant des chercheurs d'emploi, l'ALCP distingue entre les personnes intégrées au marché du travail qui perdent leur emploi et les personnes au chômage qui se déplacent sur le territoire d'une partie contractante afin de trouver un emploi. Les premières conservent la qualité de travailleur et bénéficient des avantages attachés à ce statut¹¹⁸ ; les secondes, auxquelles sont assimilées les personnes qui ont occupé un emploi pour une durée inférieure à un an, ne bénéficient pas du statut de travailleur¹¹⁹.

En vertu de l'article 2, paragraphe 1, alinéa 2, de l'annexe I, les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne ont le droit de chercher un emploi en Suisse pendant un délai raisonnable. Selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, qui doit être prise en compte en vertu de l'article 16, paragraphe 2, de l'ALCP, un délai est jugé raisonnable s'il ne dépasse pas six mois¹²⁰.

Ainsi, les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne ont le droit de se rendre en Suisse ou y rester après la fin d'un emploi d'une durée inférieure à un an pour y chercher un emploi et y séjourner pendant au plus six mois. Cette règle s'applique aux personnes qui, compte tenu de leur activité en Suisse, n'ont pas acquis un droit aux prestations de l'assurance-chômage suisse. Une autorisation de séjour de courte durée aux fins de la recherche d'un emploi leur est délivrée¹²¹. Elles bénéficient pendant cette période de la même assistance administrative que celle accordée aux ressortissants suisses en quête d'emploi (art. 2, § 1, annexe I). Si elles n'ont pas trouvé d'emploi à l'échéance des six mois, l'autorisation de séjour peut être prolongée jusqu'à une année pour autant qu'elles soient en mesure de prouver leurs efforts en vue de la recherche d'un emploi et qu'il existe de réelles chances d'engagement¹²². Elles n'ont toutefois pas un droit à la prolongation de l'autorisation de séjour de courte durée. En application des articles 2, paragraphe 1, et 24, paragraphe 2, de l'annexe I, elles n'ont pas non plus droit aux prestations sociales. En tant que personnes sans activité lucrative, elles doivent disposer pour elles-mêmes et pour les membres de leur famille de moyens financiers suffisants pour ne pas devoir faire appel à l'aide sociale pendant leur séjour et d'une assurance-maladie couvrant l'ensemble des risques. Dès

¹¹⁸ Les personnes qui gardent le statut de travailleur pourront bénéficier des droits en matière de séjour et de prestations sociales. Il faut toutefois qu'il s'agisse d'un cas de chômage involontaire. Si la personne s'est volontairement mise au chômage, elle perd la qualité de travailleur.

¹¹⁹ Ces personnes qui ne jouissent pas du statut de travailleur ne pourront notamment pas bénéficier des mêmes avantages sociaux que les nationaux et pourront être exclues de l'aide sociale, voir art. 2, § 1, al. 2 de l'annexe I de l'ALCP.

¹²⁰ CJCE, arrêt *Antonissen* du 26 février 1991, aff. C-292/89, Rec. 1991, p. I-745, pt 21. La Cour de justice, ajoute que si, après l'écoulement du délai en question, l'intéressé apporte la preuve qu'il continue à chercher un emploi et qu'il a des chances véritables d'être engagé, il ne saurait toutefois être contraint de quitter le territoire de l'Etat membre d'accueil.

¹²¹ Pt 8.2.5.2 de la directive de l'Office fédéral des migrations (ODM) sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes (état le 1^{er} mai 2011), disponible à l'adresse: http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/weisungen_und_kreisschreiben/weisungen_fza/weisungen-fza-f.pdf

¹²² Art. 18 § 3 OLCP, RS 142.203.

lors, lorsque leurs moyens financiers ne suffisent pas à subvenir à leurs besoins et qu'elles recourent à l'aide sociale, elles peuvent être renvoyées¹²³.

S'agissant des ressortissants des Etats membres de l'Union européenne qui ont acquis le droit aux prestations de chômage, les allocations de chômage doivent être prises en compte dans le calcul des moyens financiers requis pour le séjour sans activité lucrative (art. 24, § 3, annexe I). Ces personnes ont exercé une activité lucrative de douze mois au moins et obtiennent une autorisation de séjour de courte durée pour la recherche d'un emploi. L'autorisation sera délivrée pour la durée prévue du versement des allocations de chômage, au maximum jusqu'à l'épuisement du droit aux allocations. Ces personnes ont par ailleurs droit à recevoir la même assistance administrative que celle accordée aux ressortissants suisses à la recherche d'un emploi¹²⁴.

Enfin, il convient de souligner que le travailleur salarié bénéficie du droit d'entrée et de sortie sur le territoire d'une partie contractante, du droit de demeurer sur ce territoire après la fin de son activité économique¹²⁵, du droit au regroupement familial¹²⁶, ainsi que du droit à l'égalité de traitement en matière d'accès à une activité économique et son exercice. L'égalité de traitement doit s'appliquer en matière de conditions d'emploi et de travail, d'avantages fiscaux et sociaux¹²⁷, d'enseignement professionnel, d'activités syndicales et assimilées et de logement. L'ALCP lui octroie également le droit à la mobilité professionnelle et géographique sur le territoire de l'Etat d'accueil¹²⁸.

En vertu de l'article 10 de l'ALCP, des contingents sont applicables en Suisse, jusqu'au 31 mai 2014, à l'égard des ressortissants des Etats membres de l'UE-17 et au 30 avril à l'égard des ressortissants des Etats membres de l'UE-8 en ce qui concerne les autorisations de séjour B, d'une durée de cinq ans, lesquelles sont octroyées aux travailleurs qui occupent un emploi salarié d'une durée supérieure à un an ainsi qu'aux travailleurs indépendants. La délivrance des autorisations de séjour de courte durée n'est soumise à aucune restriction pour les ressortissants des Etats membres de l'UE-17 et de l'UE-8. S'agissant des ressortissants bulgares et roumains, la période transitoire, durant laquelle des contingents (permis L et permis B) et des prescriptions relatives au marché du travail peuvent être appliqués a été prolongée jusqu'au 31 mai 2014¹²⁹. Elle pourra, le cas échéant, être prolongée jusqu'au 31 mai 2016¹³⁰. La clause de sauvegarde de l'article 10, paragraphe 4, de l'ALCP pourra être activée à l'égard de

¹²³ Pt 8.2.5.3 de la directive de l'Office fédéral des migrations (ODM). L'ALCP et le droit fédéral ne prévoient aucun droit à l'aide sociale. Les cantons ne sont pas tenus de les soutenir financièrement, mais ils peuvent, sur la base de dispositions cantonales, décider de leur verser d'autres prestations d'assurance. Reste réservé le droit constitutionnel à la garantie à des conditions minimales d'existence conféré à toute personne, indépendamment de son statut de séjour en Suisse, voir ATF 122 I 367 et l'article 12 de la Constitution suisse.

¹²⁴ Pt 8.2.5.2 de la directive de l'Office fédéral des migrations (ODM).

¹²⁵ Voir nos développements *infra* dans la section II. J.

¹²⁶ Voir nos développements *infra* dans la section II. I.

¹²⁷ Voir nos développements *infra* dans la section II. K.

¹²⁸ Art. 7, pt b, de l'ALCP et art. 8 de l'annexe I. La mobilité professionnelle comprend le changement d'employeur, d'emploi, de profession et le passage d'une activité salariée à une activité indépendante. La mobilité géographique comprend le changement de lieu de travail et de séjour.

¹²⁹ Notification de la Suisse du 27 mai 2011, RO 2011 4127.

¹³⁰ Art. 10, § 4c, al. 2, ALCP.

ces ressortissants jusqu'à dix ans après l'entrée en vigueur du protocole, soit jusqu'au 31 mai 2019.

Sur la base de ces considérations sur les droits du travailleur salarié résultant de l'ALCP, il convient d'examiner les dispositions des deux initiatives.

L'initiative « contre l'immigration de masse » vise à limiter l'accès et l'exercice d'une activité salariée par les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne en fixant des contingents spécifiques à cette catégorie de travailleurs. Elle prévoit également une limitation possible des prestations sociales, susceptibles d'être versées à ces travailleurs. Elle envisage la mise en place d'un système qui permettrait de décider que « *celles et ceux qui n'ont plus de travail en Suisse doivent quitter le pays* ». Outre les **éléments d'incompatibilité relevés supra en matière de restrictions au droit de séjour et d'accès à une activité économique**¹³¹ par l'instauration de contingents en dehors des cas d'application de l'article 10, paragraphe 4, de l'ALCP, **l'initiative contrevient à l'ALCP en prévoyant la possibilité de limiter les prestations sociales**. Cette restriction est contraire au principe d'égalité de traitement des travailleurs salariés en matière de sécurité sociale, inscrit à l'article 8 de l'ALCP¹³². Elle **contrevient également aux dispositions relatives aux chercheurs d'emploi**, qui ont exercé une activité lucrative en Suisse pour une période supérieure à douze mois et qui y ont acquis le droit aux prestations de l'assurance-chômage.

Par l'instauration d'une règle selon laquelle toute personne sans travail doit quitter la Suisse, l'initiative **contrevient aussi au droit de tout ressortissant des Etats membres de l'Union européenne de se rendre en Suisse ou d'y rester après la fin d'un emploi d'une durée inférieure à un an pour y chercher un emploi et y séjourner pendant le délai raisonnable de six mois** (art. 2, § 1, annexe I), étant entendu que les conditions relatives aux ressources financières suffisantes et à la couverture d'une assurance-maladie sont satisfaites. En outre, l'article 6, paragraphe 6, de l'annexe I prévoit que « *le titre de séjour en cours de validité ne peut être retiré au travailleur salarié du seul fait qu'il n'occupe plus d'emploi, soit que l'intéressé ait été frappé d'une incapacité temporaire de travail résultant d'une maladie ou d'un accident, soit qu'il se trouve en situation de chômage involontaire dûment constatée par le bureau de main-d'œuvre compétent* ». **Cette disposition de l'article 6, paragraphe 6, de l'annexe I serait également violée** en cas d'application du principe selon lequel « *celles et ceux qui n'ont plus de travail en Suisse doivent quitter le pays* ».

En outre, la volonté des initiateurs de pouvoir limiter le droit au séjour durable en Suisse peut également porter atteinte aux droits des ressortissants des Etats membres de l'Union européenne, qui exercent une activité salariée d'une durée inférieure à un an et qui disposent d'une autorisation de séjour de courte durée, s'ils n'ont pas la possibilité de faire usage de leur droit à la mobilité professionnelle, laquelle comprend notamment le passage d'une activité salariée à une activité indépendante (art. 8, annexe I).

¹³¹ Voir nos développements *supra* dans la section II. D.

¹³² Voir nos développements *infra* dans la section II. K.

L'initiative ECOPOP est rédigée en des termes très généraux et vise à limiter l'immigration en Suisse, qu'elle soit d'origine européenne (Etats membres de l'Union européenne), africaine, américaine ou asiatique. En incluant l'immigration européenne, elle contrevient aux règles et à l'esprit de l'ALCP, qui instaure la libre circulation des personnes entre les parties contractantes. De surcroît, l'initiative n'opère aucune distinction s'agissant des personnes potentiellement concernées par la limitation de l'immigration qu'elle veut instaurer. Ainsi, la règle selon laquelle la part d'accroissement de la population résidente permanente en Suisse attribuable au solde migratoire ne doit pas dépasser 0,2 % par an (sur une moyenne de trois ans) est applicable à toutes les catégories de personnes, que celles-ci soient travailleurs salariés, travailleurs indépendants, prestataires ou destinataires de services, personnes sans activité lucrative ou membres de la famille, pour autant qu'elles souhaitent séjourner en Suisse pour une durée minimale de 12 mois (caractère permanent). **L'initiative** met donc en cause les droits de toutes ces personnes en vertu de l'ALCP et **contrevient aux dispositions correspondantes de l'accord**¹³³, y compris à celle qui octroie le droit d'accès et d'exercice d'une activité salariée aux ressortissants des Etats membres de l'Union européenne, en particulier à ceux qui souhaiteraient exercer une activité salariée pour une période minimale de 12 mois. En principe, les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne voulant exercer une activité salariée de moins de 12 mois ne verraient pas leurs droits touchés par le texte de l'initiative.

F. Droit d'accès et d'exercice d'activités non salariées

Les articles 12 à 16 de l'annexe I de l'ALCP précisent les modalités de la liberté d'établissement garantie aux ressortissants d'une partie contractante en vertu de l'article 1, points a et d, et de l'article 4 de l'accord.

Conformément à l'article 12, paragraphe 1, de l'annexe I, le ressortissant d'une partie contractante désirant s'établir sur le territoire d'une autre partie contractante en vue d'exercer une activité non salariée reçoit un titre de séjour d'une durée de cinq ans au moins à dater de sa délivrance pour autant qu'il produise la preuve aux autorités nationales compétentes qu'il est établi ou veut s'établir à cette fin.

Dans l'Union européenne, la qualité d'indépendant est conférée aux personnes exerçant des activités non salariées¹³⁴, à savoir des activités qui s'exercent, à la différence des travailleurs salariés, en dehors de toute relation de subordination avec un employeur.

L'établissement de la qualité de salarié ou d'indépendant dans le cadre de l'ALCP doit se faire conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne¹³⁵. Les directives de l'Office fédéral des migrations soulignent à cet égard que la caractéristique déterminante d'une activité indépendante est d'être exercée « à son propre compte et à ses propres risques » et que les cantons « ne sauraient ériger des obstacles prohibitifs pour les personnes tenues de fournir la preuve de l'exercice

¹³³ Voir nos développements *infra* dans la section II, lettres F, G, H et I.

¹³⁴ Voir notamment CJCE, arrêt *Trojani* du 7 septembre 2004, aff. C-456/02, Rec. 2004, p. I-7573, pts 22 à 27.

¹³⁵ CJCE, arrêt *Jany* du 20 novembre 2001, aff. C-268/99, Rec. 2001, p. I-8615, pt 34 ainsi que l'arrêt *Asscher* du 27 juin 1996, aff. C-107/94, Rec. 1996, p. I-3089, points 25 et 26.

d'une activité indépendante », car il revient au requérant de démontrer sa qualité de travailleur indépendant¹³⁶.

L'ALCP prévoit également un statut de « frontalier indépendant ». L'article 13 de l'annexe I le définit comme le statut d'un ressortissant d'une partie contractante qui a sa résidence sur le territoire d'une partie contractante et qui exerce une activité non salariée sur le territoire de l'autre partie contractante en retournant à son domicile au moins une fois par semaine. Les remarques formulées *supra* au sujet des travailleurs frontaliers salariés¹³⁷ s'agissant du retour hebdomadaire et de la zone frontalière valent ici *mutatis mutandis*.

Le travailleur indépendant bénéficie également d'un ensemble de droits et d'avantages, dont le droit à l'égalité de traitement¹³⁸ et le droit à la mobilité professionnelle et géographique sur l'ensemble du territoire de l'Etat d'accueil¹³⁹.

L'article 15, paragraphe 2, de l'annexe I prévoit que le travailleur indépendant reçoit, dans l'Etat d'accueil, en ce qui concerne l'accès à une activité non salariée et son exercice, un traitement non moins favorable que celui accordé à ses propres ressortissants. Pour le surplus, il est renvoyé aux dispositions de l'article 9 de l'annexe I relatives à l'égalité de traitement, contenues dans la partie de l'ALCP consacrée aux travailleurs salariés, lesquelles sont aussi applicables *mutatis mutandis* aux travailleurs indépendants¹⁴⁰. Cela concerne une application de la règle de l'égalité de traitement notamment en matière de conditions d'emploi et de travail, d'avantages fiscaux et sociaux¹⁴¹, d'enseignement professionnel, d'activités syndicales et assimilées et de logement.

En vertu de l'article 10 de l'ALCP, des contingents sont aujourd'hui applicables en Suisse et cela jusqu'au 31 mai 2014 à l'égard des ressortissants des Etats membres de l'UE-17 et jusqu'au 30 avril 2014 à l'égard des ressortissants des Etats membres de l'UE-8 pour ce qui concerne les autorisations de séjour B d'une durée de cinq ans, lesquelles sont octroyées aux travailleurs qui occupent un emploi salarié d'une durée supérieure à un an et aux travailleurs indépendants. S'agissant des ressortissants bulgares et roumains, la période transitoire, durant laquelle des contingents et des prescriptions relatives au marché du travail peuvent être appliqués a été prolongée jusqu'au 31 mai 2014¹⁴². Elle pourra, le cas échéant, être prolongée jusqu'au 31 mai 2016¹⁴³. En outre, la clause de sauvegarde de l'article 10, paragraphe 4, de l'ALCP pourra être activée à l'égard de ces ressortissants jusqu'à dix ans après l'entrée en vigueur du protocole, soit jusqu'au 31 mai 2019.

¹³⁶ Directive de l'Office fédéral des migrations (ODM) sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes (état le 1er août 2012), disponible à l'adresse internet suivante : http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/weisungen_und_kreisschreiben/weisungen_fza/weisungen-fza-f.pdf, pt 4.3.2.

¹³⁷ Voir nos développements *supra* dans la section II. E.

¹³⁸ Art. 7, pt a, ALCP et art. 15 de l'annexe I.

¹³⁹ Art. 7, pt b, ALCP et art. 14 de l'annexe I. La mobilité professionnelle comprend le changement de profession et le passage d'une activité indépendante à une activité salariée. La mobilité géographique comprend le changement de lieu de travail et de séjour.

¹⁴⁰ Voir nos développements *supra* dans la section II. E.

¹⁴¹ Voir nos développements *infra* dans la section II. K.

¹⁴² Notification de la Suisse du 27 mai 2011, RO 2011 4127.

¹⁴³ Art. 10, § 4c, al. 2, ALCP.

L’initiative « contre l’immigration de masse » ne distingue pas entre les ressortissants des Etats membres de l’Union européenne et les autres étrangers dans la mise en place des contingents annuels pour la catégorie des travailleurs indépendants. En ne les excluant pas des contingents, elle porte atteinte aux droits des ressortissants des Etats membres de l’Union européenne qui souhaitent s’établir en Suisse en vue d’exercer une activité non salariée. Elle est donc **incompatible avec l’article 1, points a et d, l’article 4 de l’ALCP ainsi qu’avec les articles 12 et ss de l’annexe I**, aussi longtemps qu’il s’agit de contingents envisagés en dehors du champ de l’article 10 de l’ALCP. La volonté des initiateurs de pouvoir limiter le droit au séjour durable en Suisse porte également atteinte aux droits des autres ressortissants des Etats membres de l’Union européenne qui remplissent les conditions fixées par l’ALCP en vue de l’octroi d’une autorisation de séjour de catégorie B pour une durée de cinq ans. Cette règle toucherait les travailleurs indépendants ressortissants des Etats membres de l’Union européenne, les ressortissants qui souhaitent demeurer sur territoire suisse après la fin de leur activité lucrative ainsi que les personnes sans activité lucrative qui souhaitent séjourner en Suisse¹⁴⁴.

Pour l’initiative ECOPOP, qui n’opère pas de distinction sur la base de la provenance de l’immigration (européenne, africaine, américaine ou asiatique) ni sur la base de l’exercice d’une activité lucrative, en vue de l’application de son taux maximum de l’accroissement de la part de la population résidente de manière permanente en Suisse attribuable au solde migratoire, elle contrevient nécessairement aux règles de l’ALCP qui octroient aux ressortissants des Etats membres de l’Union européenne un droit d’accéder et d’exercer une activité non salariée en Suisse aux mêmes conditions que les citoyens suisses. Elle **contrevient ainsi aux dispositions de l’article 1, points a et d, de l’article 4 de l’ALCP et des articles 12 et ss de l’annexe I**, s’agissant des ressortissants des Etats membres de l’Union européenne qui souhaitent exercer une activité indépendante pour une durée égale ou supérieure à 12 mois. Ceux qui souhaiteraient exercer une activité non salariée pour une durée de moins de 12 mois ne seraient en principe pas concernés par le texte de l’initiative.

G. Droit de prester des services de courte durée et droit de séjour

L’ALCP garantit le droit de prester des services de courte durée sur le territoire des parties contractantes (1) ainsi que le droit de séjour sur ce même territoire lié à la durée de la prestation envisagée (2).

1. Modalités du droit de prester des services

L’article 5 de l’ALCP et les articles 17 à 23 de l’annexe I précisent les modalités de la libre prestation de services garantie aux ressortissants d’une partie contractante en vertu de l’article 1, point b, de l’accord. L’objectif de l’ALCP en matière de services est de libéraliser la prestation de services de courte durée et de faciliter les prestations de plus longue durée.

L’ALCP ne donne pas de définition des services qu’il entend libéraliser. S’agissant d’une notion de droit de l’Union européenne, elle doit être interprétée conformément à

¹⁴⁴ Voir nos développements *infra* dans la section II. J.

la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en vertu de l'article 16, paragraphe 2, de l'accord.

La disposition de base en droit de l'Union européenne figure dans le traité FUE, à l'article 57, lequel définit les services comme « *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'alinéa 2 de cette disposition précise que les services comprennent notamment des activités de caractère industriel, des activités de caractère commercial, des activités artisanales et des activités des professions libérales.

La jurisprudence de la Cour de justice rend compte de la diversité des activités couvertes par la notion de services. Ont ainsi notamment été examinées sous l'angle des dispositions du traité FUE en matière de prestations de services, les activités de recouvrement de créances¹⁴⁵, de courtier d'assurance¹⁴⁶, de transport¹⁴⁷, des activités médicales¹⁴⁸ ou encore des activités de loterie¹⁴⁹. De manière générale, on peut considérer que la libre prestation des services au sens du traité FUE concerne des activités économiques¹⁵⁰, qui sont essentiellement immatérielles¹⁵¹, exercées en dehors de tout lien de subordination¹⁵² et à titre temporaire¹⁵³.

Le Tribunal fédéral a repris, dans le cadre de l'application de l'ALCP, une définition large des activités couvertes par la notion de services. Il a notamment considéré que cette dernière pouvait couvrir des activités liées au financement de procès¹⁵⁴, des activités de dentiste¹⁵⁵ ou des activités de prostitution¹⁵⁶.

Si l'ALCP ne prévoit expressément que la situation du déplacement sur le territoire d'une autre partie contractante, du prestataire de services (prestation active, art. 5, § 1 et § 2, ALCP) ou du destinataire de services (prestation passive, art. 5, § 3, ALCP et 23 annexe I), les prestations de services qui n'impliquent pas de déplacement d'une personne physique sont également couvertes par l'ALCP. Cela découle, d'une part, du fait que les dispositions de l'accord (et notamment les art. 5, § 1, ALCP et 17, pt a et 19 annexe I) sont largement inspirées du traité FUE, lequel ne prévoit pas davantage les prestations sans déplacement physique mais qui a été interprété, dès les années 90,

¹⁴⁵ CJCE, arrêt *Reisebüro Broede c. Sandker* du 12 décembre 1996, aff. C-3/95, Rec. 1996, p. I-6511.

¹⁴⁶ CJCE, arrêt *Coenen* du 26 novembre 1975, aff. 39/75, Rec. 1975, p. 1547.

¹⁴⁷ CJCE, arrêt *Corsica Ferries France* du 13 décembre 1989, aff. C-49/89, Rec. 1989, p. 4441.

¹⁴⁸ CJCE, arrêt *Luisi et Carbone* du 31 janvier 1984, aff. jtes 286/82 et 26/83, Rec. 1984, p. 377.

¹⁴⁹ CJCE, arrêt *Schindler* du 24 mars 1994, aff. C-275/92, Rec. 1994, p. I-1039.

¹⁵⁰ Le caractère économique des activités de services est illustré par l'expression « fournies normalement contre rémunération » de l'art. 57, al. 1, FUE.

¹⁵¹ Le caractère « immatériel » permet de distinguer la libre prestation des services de la libre circulation des marchandises.

¹⁵² L'absence de lien de subordination permet de distinguer la libre prestation des services de la libre circulation des travailleurs.

¹⁵³ Le caractère temporaire permet de distinguer la libre prestation des services de la liberté d'établissement, étant précisé que ce critère temporaire s'accompagne, dans le cas du déplacement du prestataire, de l'absence d'intégration économique dans l'Etat d'accueil en cas de prestation de services.

¹⁵⁴ ATF 131 I 223.

¹⁵⁵ Arrêt du 17 juin 2008, réf. 2C 151/2008.

¹⁵⁶ ATF Arrêt du Tribunal fédéral du 14 janvier 2008, réf. 2C_334/2007.

de manière à les couvrir¹⁵⁷. D'autre part, si les parties contractantes avaient entendu exclure ce mode de prestation de services, elles l'auraient expressément prévu, puisqu'elles ont pris le soin de limiter la libéralisation des services garantie par l'ALCP aux prestations ne dépassant pas 90 jours effectifs par année civile.

Toutefois, tous les services au sens de l'article 57 du traité FUE ne sont pas couverts par l'ALCP, lequel prévoit certaines exclusions. Sont ainsi exclues les activités des agences de travail temporaire et de travail intérimaire et les services financiers dont l'exercice exige une autorisation préalable et dont le prestataire est soumis à un contrôle des autorités (art. 22, § 3, pts i et ii, de l'annexe I). Cette dernière exclusion couvre pratiquement l'ensemble des activités des banques et des assurances, ainsi que les services d'investissement et de paiement.

L'article 5, paragraphe 1, de l'ALCP précise en outre que les droits en matière de services prévus par l'accord s'appliquent « sans préjudice d'autres accords spécifiques relatifs à la prestation de services entre les parties contractantes ». Cette réserve vise les accords conclus entre les parties qui concernent certains services particuliers, alors que la libéralisation partielle des services prévue dans l'ALCP couvre globalement toutes sortes de services. L'article 5 mentionne expressément l'accord conclu dans le secteur des marchés publics¹⁵⁸, mais d'autres accords sont également concernés, tels que l'accord sur les transports terrestres¹⁵⁹, l'accord sur le transport aérien¹⁶⁰ ou l'accord MEDIA dans le domaine de l'audiovisuel¹⁶¹. En tant que réglementations spéciales, ces accords prévalent sur l'ALCP en cas de conflit.

L'article 5 de l'ALCP confère aux prestataires de services, y compris les sociétés, le droit de fournir un service sur le territoire de l'autre partie contractante, mais ce droit est limité aux prestations de services qui ne dépassent pas 90 jours de travail effectif par année civile. Seules les prestations de courte durée sont donc libéralisées. Pour les autres prestations d'une durée plus longue, l'accord ne fait que faciliter la prestation des services.

Lorsque la durée de la prestation est supérieure à 90 jours, le droit de fournir la prestation repose soit sur une autorisation accordée par les autorités compétentes, soit sur un accord spécifique déjà conclu entre la Suisse et l'Union européenne (art. 5, § 2, pts a et b, ALCP).

Il convient enfin de noter qu'en matière de libre circulation des travailleurs salariés et des indépendants, l'ALCP ne vise que les personnes physiques, alors que l'article 18 de l'annexe I étend le bénéfice des dispositions de l'accord en matière de services aux sociétés constituées en conformité avec la législation d'un Etat membre de l'Union

¹⁵⁷ CJCE, arrêt *Säger* du 25 juillet 1991, aff. C-76/90, Rec. 1991, p. I-4221, pts 13 et 18, qui concernait des services de surveillance et de renouvellement de brevets.

¹⁵⁸ Accord, du 21 juin 1999, entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics, RS 0.172.052.68, JO L 114 du 30.4.2002, p. 430.

¹⁵⁹ Accord, du 21 juin 1999, entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route, RS 0.740.72, JO L 114 du 30.4.2002, p. 91.

¹⁶⁰ Accord, du 21 juin 1999, entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien RS 0.748.127.192.68, JO L 114 du 30.4.2002, p. 73.

¹⁶¹ Accord, du 11 octobre 2007, entre la Confédération suisse et la Communauté européenne dans le domaine de l'audiovisuel, établissant les termes et conditions pour la participation de la Confédération suisse au programme communautaire MEDIA 2007, RS 0.784.405.226.8, JO L 303 du 21.11.2007, p. 11.

européenne ou de la Suisse et qui ont leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur établissement principal sur le territoire d'une partie contractante. Les personnes morales sont donc en principe incluses dans le champ d'application des dispositions de l'ALCP relatives aux services et bénéficient d'un droit de prester un service.

2. Droit de séjour lié à la prestation de services

Corollaire du droit de fournir un service, le droit de séjour des prestataires de services ressortissants d'une partie contractante sur le territoire d'une autre partie contractante, est garanti pour le temps de la prestation par l'article 5, paragraphe 2, de l'ALCP.

L'article 17, point b, de l'annexe I interdit toute restriction relative à l'entrée et au séjour des prestataires ressortissants d'une partie contractante qui sont établis sur le territoire d'une partie contractante et qui se déplacent dans une autre partie contractante. Cette interdiction des restrictions à l'entrée et au séjour des prestataires de services vaut dans les deux cas visés par l'article 5, paragraphe 2, de l'ALCP, à savoir pour les prestations ne dépassant pas 90 jours qui sont libéralisées en vertu de l'ALCP et pour les prestations de services autorisées par les autorités compétentes ou libéralisées en vertu d'un accord spécifique.

Conformément à l'article 20 de l'annexe I, les prestataires de services n'ont pas besoin de titre de séjour pour des séjours ne dépassant pas 90 jours. Pour les séjours supérieurs à cette durée, les autorités compétentes délivrent un titre de séjour, ayant valeur déclaratoire, d'une durée égale à celle de la prestation.

L'article 17, point a, de l'annexe I précise que toute restriction à une prestation de services transfrontalière ne dépassant pas 90 jours de travail effectif par année civile est interdite.

Qu'il s'agisse d'une prestation de services de moins de 90 jours libéralisée en vertu de l'ALCP ou d'une prestation autorisée par les autorités compétentes nationales, l'article 19 de l'annexe I garantit aux prestataires de services l'égalité de traitement, à savoir le droit de pouvoir exercer leur activité « *dans les mêmes conditions que celles que cet Etat impose à ses propres ressortissants* ».

Les destinataires de services (2.1) et les travailleurs détachés (2.2) sont soumis à une réglementation spécifique.

2.1 Les destinataires de services

L'article 5, paragraphe 3, de l'ALCP prévoit que les personnes physiques ressortissantes d'une des parties contractantes qui se rendent sur le territoire d'une autre partie contractante en tant que destinataires de services bénéficient d'un droit d'entrée et de séjour¹⁶². L'article 23 de l'annexe I précise que les destinataires de services n'ont pas besoin de titre de séjour pour des séjours inférieurs ou égaux à trois

¹⁶² Cette disposition ne mentionne pas les personnes morales en tant que destinataires de services au sens de l'ALCP. La Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion, dans l'arrêt *Grimme* de 2009, de souligner que « toutes les catégories de personnes prévues dans l'ALCP, à l'exception des prestataires et des destinataires de services, présupposent par leur nature qu'il s'agit de personnes physiques », CJUE, arrêt *Grimme* du 12 novembre 2009, aff. C-351/08, Rec. 2009, p. I-10777, pt 34.

mois. Pour les séjours supérieurs à trois mois, les destinataires de services reçoivent un titre de séjour d'une durée égale à celle de la prestation.

L'ALCP ne contient pas, pour les destinataires de services, de disposition similaire à l'article 17, point a, de l'annexe I qui interdit les restrictions aux prestations de services transfrontalières. L'article 23, paragraphe 1, *in fine*, prévoit uniquement la possibilité d'exclure les destinataires de services du bénéfice de l'aide sociale pendant la durée de leur séjour.

2.2 Les travailleurs détachés

Conformément à l'article 17, point b, point ii, de l'annexe I, les travailleurs détachés, quelle que soit leur nationalité (ressortissants d'Etats membres de l'Union européenne ou ressortissants de pays tiers), bénéficient d'un droit d'entrée et de séjour sur la base de l'ALCP lorsqu'ils sont détachés dans une autre partie contractante dans le cadre de la fourniture d'une prestation de services. Ces travailleurs doivent toutefois être intégrés dans le marché régulier du travail d'une partie contractante avant leur détachement, afin d'éviter que des ressortissants d'Etats tiers ne soient uniquement engagés en vue de leur détachement¹⁶³.

L'article 22, paragraphe 2, de l'annexe I prévoit que l'ALCP ne préjuge pas de l'applicabilité des dispositions législatives, réglementaires et administratives existantes relatives aux travailleurs détachés. Cette disposition renvoie à cet égard à la directive 96/71¹⁶⁴, qui vise à assurer une concurrence loyale entre les opérateurs économiques et une protection des droits des travailleurs. La directive 96/71 établit une liste des règles protectrices que le prestataire de services doit observer en cas de détachement de travailleurs¹⁶⁵. Les Etats membres doivent veiller au respect desdites dispositions. La Suisse, quant à elle, a adopté une loi fédérale sur les travailleurs détachés dans le cadre des mesures d'accompagnement prises pour la mise en œuvre de l'ALCP¹⁶⁶. Cette loi vise à éviter que l'exécution de mandats par des travailleurs détachés n'entraîne une sous-enchère salariale et/ou sociale au détriment des travailleurs intégrés dans le marché suisse¹⁶⁷. Les conditions minimales de travail et de salaire que les employeurs doivent garantir aux travailleurs détachés en Suisse sont énumérées à l'article 2, paragraphe 1, de la loi fédérale. Il s'agit des mêmes domaines que ceux mentionnés à l'article 3 de la directive 96/71.

L'article 6 de la loi fédérale sur les travailleurs détachés établit une obligation d'annonce à la charge des employeurs en cas de détachement et précise, à son

¹⁶³ Voir l'art. 2, § 3, de l'OLCP.

¹⁶⁴ Directive 96/71 du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 1996, concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, JO L 18 du 21.1.1997, p. 1.

¹⁶⁵ Art. 3 directive 96/71, qui énumère les conditions de travail et d'emploi suivantes : périodes maximales de travail ; périodes minimales de repos ; durée minimale des congés annuels payés ; taux de salaire minimal ; conditions de mise à disposition des travailleurs ; sécurité, santé et hygiène de travail ; mesures protectrices pour les femmes enceintes, celles venant d'accoucher, les enfants, les jeunes ; égalité de traitement entre hommes et femmes.

¹⁶⁶ Loi fédérale, du 8 octobre 1999, 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, Ldét.), RS 823.20.

¹⁶⁷ Message du Conseil fédéral, du 23 juin 1999, relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999 5440, 5697.

paragraphe 3, que le travail ne peut commencer que huit jours après le début de la mission « règle des huit jours »¹⁶⁸.

Depuis le 1^{er} mai 2013, suite à une modification de la loi fédérale sur les travailleurs détachés en vue d'améliorer les mesures d'accompagnement de la libre circulation, l'article 6, paragraphe 1, point a, Ldét. permet de disposer d'une base légale pour exiger l'identité et l'annonce du salaire des personnes détachées en Suisse, originaires des Etats membres de l'Union européenne (et de l'AELE). La modification de la loi fédérale a entraîné des modifications des ordonnances, dont notamment l'article 6, paragraphe 4, point a^{bis}, de l'ordonnance sur les travailleurs détachés en Suisse¹⁶⁹. En vertu de cette dernière disposition, qui est en vigueur depuis le 15 mai 2013, les employeurs étrangers sont tenus, lors de l'annonce de travailleurs détachés (par la procédure d'annonce en ligne), de déclarer le salaire horaire brut effectivement versé pour la prestation de services annoncée concernant l'activité déployée en Suisse¹⁷⁰.

Sur la base de ces considérations sur le droit de prester des services dans l'ALCP, il convient d'examiner les dispositions des deux initiatives.

L'initiative « contre l'immigration de masse » vise tous les étrangers, et notamment ceux qui exercent une activité lucrative. L'ALCP garantit le droit de fournir un service sur le territoire suisse ainsi que le droit, qui découle du premier, d'entrer et de séjourner sur ce territoire. Les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne qui ont le droit de fournir un service sur la base de l'ALCP n'ont pas besoin d'un titre de séjour pour des séjours inférieurs ou égaux à 90 jours (art. 20, § 1, annexe I). En revanche, ceux qui ont le droit de fournir un service d'une durée supérieure à 90 jours ou qui ont été autorisés à fournir un tel service, reçoivent pour constater ce droit, un titre de séjour d'une durée égale à la prestation (art. 20, § 2, annexe I).

Le contingent du nombre d'autorisations délivrées pour le séjour d'étrangers venant prester des services en Suisse, tel que prévu par l'initiative, ne distingue pas entre les prestations de moins ou de plus de 90 jours. Il convient toutefois de souligner que l'initiative vise à limiter l'immigration, laquelle peut être définie comme le fait pour des personnes de quitter leur lieu de résidence pour s'établir de manière durable dans un autre lieu¹⁷¹. Selon cette perspective, les prestations de services de courte durée ne devraient pas être incluses dans les contingentements prévus par l'initiative, s'il convient de garder à l'esprit la notion d'immigration et de résidence durable, qui sont les mots-clés de l'initiative. Toutefois, les auteurs de l'initiative n'apportent aucune

¹⁶⁸ Cette règle est un sujet de dispute entre la Suisse et l'Union européenne en lien avec l'application de l'ALCP, qui a été porté devant le Comité mixte ALCP sans qu'une décision ne puisse être prise. L'Union européenne considère que cette règle constitue une violation de l'ALCP, ce que conteste la Suisse. Voir la résolution du Parlement européen, du 7 septembre 2010, EEE-Suisse : obstacles à la pleine mise en œuvre du marché intérieur, réf. P7_TA-PROV (2010) 0300, ch. 12 et les conclusions du Conseil, du 14 décembre 2010, sur les relations de l'Union européenne avec les pays de l'AELE, pt 43. Cette question n'est pas traitée dans le présent avis de droit.

¹⁶⁹ RS 823.201.

¹⁷⁰ Circulaire de l'ODM, du 29 avril 2013, sur l'introduction et la mise en oeuvre de l'obligation d'annonce du salaire des prestataires de services détachés en Suisse, consultable à l'adresse http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/weisungen_und_kreisschreiben/weisungen_fza/20130429-rs-lohnmeldung-f.pdf

¹⁷¹ Voir aussi l'interprétation donnée dans le Message du Conseil fédéral, du 7 décembre 2012, relatif à l'initiative populaire « contre l'immigration de masse », FF 2013 279, 302.

précision à cet égard. Dès lors, **si l'initiative vise l'instauration de contingents pour des prestations de courte durée, elle serait en violation de l'article 5 de l'ALCP et de l'article 20, paragraphe 1, de l'annexe I. Si l'initiative vise les prestataires de services d'une durée plus longue, dont l'activité les mènerait à résider de manière durable en Suisse et dont la situation pourrait être assimilée à une immigration, en leur limitant de manière substantielle le séjour pour la durée de la prestation sur territoire suisse, elle contreviendrait aux droits découlant de l'article 20, paragraphe 2, de l'annexe I.**

Bien plus, l'initiative semble aussi **porter atteinte aux droits des destinataires de services, garantis dans l'article 5, paragraphe 3, de l'ALCP et l'article 23 de l'annexe I**, lesquels bénéficient d'un droit d'entrée et de séjour sur la base de l'ALCP pour la durée de la prestation qu'ils reçoivent lorsque celle-ci dure plus de trois mois.

Les **travailleurs détachés** bénéficient d'un droit d'entrée et de séjour aux conditions fixées par l'article 17, point b, points ii, de l'annexe I. Ces droits pourraient aussi être touchés dans la mesure où la durée de l'activité sur territoire suisse sera prise en compte dans la fixation des contingents comme l'indiquent les auteurs de l'initiative¹⁷². Sur ce point également, **l'initiative contreviendrait aux dispositions de l'ALCP.**

L'initiative ECOPOP vise elle aussi à limiter la part de la population étrangère résidant de manière permanente en Suisse. Or, la libre prestation des services au sens de l'article 5 de l'ALCP est par définition une activité présentant un caractère temporaire, ce qui la distingue de la liberté d'établissement au sens des articles 12 à 16 de l'annexe I ou de l'exercice d'activités salariées, qui présentent une certaine durée. En outre, nous avons vu que cette initiative vise à restreindre le nombre de séjours d'étrangers d'une durée égale ou supérieure à 12 mois. Sur la base de ces éléments, **l'on peut considérer que l'initiative ne viserait que les prestations de services d'une durée égale ou supérieure à 12 mois**, qui seraient susceptibles d'entrer dans la notion de « population résidant en Suisse de manière permanente ». Dans cette mesure, l'initiative se heurterait aux droits découlant de l'ALCP garantis aux ressortissants des Etats membres de l'Union européenne en tant que prestataires de services, en tant que destinataires de services ou encore en tant que travailleurs détachés, qu'ils soient ressortissants d'Etats membres de l'Union européenne ou d'Etats tiers. Elle **violerait les dispositions de l'article 5, paragraphe 2, de l'ALCP, de l'article 17, point b, point i, et de l'article 20, paragraphe 2, de l'annexe I (prestataires de services) ; de l'article 5, paragraphe 3, de l'ALCP et de l'article 23 de l'annexe I (destinataires de services), ainsi que de l'article 17, point b, point ii, de l'annexe I (travailleurs détachés).**

H. Droit de séjour des personnes sans activité économique

L'article 6 de l'ALCP garantit aux personnes ressortissantes d'une partie contractante n'exerçant pas d'activité économique le droit de séjourner sur le territoire d'une partie contractante. Les modalités du droit de séjour de ces personnes est précisé à l'article 24 de l'annexe I. En vertu de cette dernière disposition, l'ALCP insiste sur le

¹⁷² Argumentaire de l'initiative « contre l'immigration de masse », du 25 juillet 2011, p. 29.

caractère subsidiaire du droit de séjour de ces personnes, puisque ce dernier n'intervient que si un droit de séjour en vertu d'autres dispositions n'est pas envisageable.

Les personnes sans activité économique, contrairement aux travailleurs salariés, aux travailleurs indépendants et aux prestataires de services, n'ont pas été soumises à une réglementation transitoire dans le cadre de l'ALCP. Elles ont bénéficié d'une libre circulation totale depuis l'entrée en vigueur de l'ALCP. Entrent dans cette catégorie les personnes sans activité lucrative, les retraités et les étudiants.

Leur droit de séjour a été régi en droit de l'Union européenne par trois directives adoptées dans les années 90 : la directive 93/96 relative au droit de séjour des étudiants¹⁷³, la directive 90/365 relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non-salariés ayant cessé leur activité professionnelle¹⁷⁴, et la directive 90/364 relative au droit de séjour¹⁷⁵. L'ALCP ne renvoie pas expressément à ces actes qui étaient en vigueur dans l'Union européenne au moment de la signature de l'accord, mais les notions et conditions énoncées dans l'accord correspondent largement à celles contenues dans lesdites directives¹⁷⁶. Ces trois textes sont donc pertinents pour l'application de l'ALCP.

Conformément à l'article 24, paragraphe 1, de l'annexe I, les personnes sans activité lucrative reçoivent un titre de séjour d'une durée de cinq ans au moins, valable sur tout le territoire de l'Etat qui l'a délivré. L'obtention de l'autorisation de séjour requiert la preuve que ces personnes disposent pour elles-mêmes et pour les membres de leur famille :

- de moyens financiers suffisants pour ne pas devoir faire appel à l'aide sociale pendant leur séjour, et
- d'une assurance-maladie couvrant l'ensemble des risques.

Si ces conditions sont remplies, le droit de séjour ne peut être refusé que pour des motifs liés à l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique (art. 5 ALCP)¹⁷⁷.

S'agissant de la condition relative aux moyens financiers suffisants, le paragraphe 2, de l'article 24 de l'annexe I précise que « *sont considérés comme suffisants les moyens financiers nécessaires qui dépassent le montant en dessous duquel les nationaux, eu égard à leur situation personnelle et, le cas échéant, à celle des membres de leur famille, peuvent prétendre à des prestations d'assistance. Lorsque cette condition ne peut s'appliquer, les moyens financiers du demandeur sont considérés comme suffisants lorsqu'ils sont supérieurs au niveau de la pension minimale de sécurité sociale versée par l'Etat d'accueil* ».

¹⁷³ Directive 93/96 du Conseil, du 29 octobre 1993, relative au droit de séjour des étudiants, JO L 317, du 18.12.1993, p. 59.

¹⁷⁴ Directive 90/365 du Conseil, du 28 juin 1990, relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle, JO L 180, du 13.7.1990, p. 28.

¹⁷⁵ Directive 90/364 du Conseil, du 28 juin 1990, relative au droit de séjour, JO L 180, du 13.7.1990, p. 26.

¹⁷⁶ Ces trois directives ont été abrogées et remplacées dans l'Union européenne par la directive 2004/38, du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union européenne et de membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, JO L 158 du 30.4.2004, p. 77.

¹⁷⁷ Voir nos développements *supra* dans la section II. D.

En Suisse, les moyens sont réputés suffisants s'ils dépassent les prestations d'assistance qui seraient allouées à un ressortissant suisse en fonction des directives « Aide sociale : concepts et normes de calcul » (directives CSIAS¹⁷⁸) (art. 16, § 1, OLCP). Pour les retraités, les moyens sont réputés suffisants s'ils dépassent le montant qui ouvre le droit à des prestations complémentaires¹⁷⁹ (art. 16, § 2, OLCP)¹⁸⁰.

Conformément à l'article 24, paragraphe 4, de l'annexe I, l'étudiant reçoit un titre de séjour d'une durée limitée à celle de la formation ou d'une durée d'un an si la durée de la formation dépasse un an. Il est prolongé annuellement pour une durée correspondant à la durée résiduelle de la formation (art. 24, § 5, *in fine*).

Outre les deux conditions générales relatives à l'existence de moyens financiers suffisants et à la couverture de l'ensemble des risques par une assurance-maladie art. 24, § 1, annexe I), l'étudiant doit être inscrit dans un établissement agréé pour suivre, à titre principal, des études (art. 24, § 4, annexe I).

La condition relative aux moyens financiers suffisants n'est pas régie de la même manière pour les étudiants que pour les autres personnes sans activité économique. L'étudiant ne doit pas « prouver » qu'il dispose de tels moyens, mais uniquement « assurer » l'autorité nationale que tel est le cas, par une déclaration ou au choix de l'étudiant par tout autre moyen équivalent (art. 24, § 4, annexe I). Cette différence s'explique par le fait que l'étudiant ne se trouve que temporairement sur le territoire de l'Etat d'accueil, que sa situation est examinée annuellement par les autorités compétentes et qu'il peut facilement compléter les ressources dont il dispose¹⁸¹.

L'article 24, paragraphe 4, *in fine* de l'annexe I rappelle que l'ALCP ne règle ni l'accès à la formation professionnelle, ni l'aide accordée pour leur entretien aux étudiants. Ces derniers, qui bénéficient d'un droit de séjour en tant que personnes sans activité économique, n'ont donc pas accès aux bourses et prêts d'étude et peuvent, en outre, être soumis à des frais d'inscription différents (en pratique plus élevés) que ceux payés pour les étudiants suisses lors de leur immatriculation dans les universités suisses.

L'initiative « contre l'immigration de masse », en prévoyant la limitation possible du droit au séjour durable, contreviendrait au droit des personnes, ressortissantes des Etats membres de l'Union européenne, qui n'exercent pas d'activité lucrative sur territoire suisse, mais qui devraient bénéficier d'un droit de séjour en vertu de l'ALCP, lorsqu'elles remplissent les conditions fixées par l'ALCP pour l'obtention de ce droit. L'initiative viserait, si elle était acceptée, aussi bien les personnes sans activité lucrative, les retraités que les étudiants sans distinction. Les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne entrant dans ces catégories verraient leurs droits

¹⁷⁸ Directives de la Conférence suisse des institutions d'aide sociale, disponibles au siège de la Conférence, à l'adresse Mühlenplatz 3, 3000 Berne 13. Voir aussi les directives de l'ODM sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes, état au 1^{er} mai 2011, pt 8.2.3.

¹⁷⁹ Loi fédérale, du 6 octobre 2006, sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (Loi sur les prestations complémentaires, LPC), RS 831.30.

¹⁸⁰ L'ALCP ne contenant pas de disposition sur la question de l'appréciation des preuves, cette dernière doit se faire conformément aux dispositions de droit cantonal sur la procédure administrative. Voir arrêt du Tribunal fédéral, du 3 mars 2010, réf. 2C 696/2009, consid. 3.

¹⁸¹ CJCE, arrêt *Commission c. Italie* du 25 mai 2000, aff. C-424/98, Rec. 2000, p. I-4001, pts 40 et 45.

résultant de l'ALCP potentiellement réduits, lorsque les contingents les concernant seraient épuisés. L'initiative introduirait donc des dispositions **qui ne seraient pas conformes aux droits garantis à l'article 6 de l'ALCP et aux articles 2 et 24 de l'annexe I.**

L'initiative ECOPOP, par la limitation qu'elle apporte à l'accroissement de la population résidant de manière permanente en Suisse attribuable au solde migratoire, contrevient aux droits des ressortissants des Etats membres de l'Union européenne, qui entreraient dans les catégories des retraités, étudiants ou autres, qui n'exerceraient pas une activité lucrative en Suisse et qui souhaiteraient y résider de manière permanente, soit pour une durée supérieure à 12 mois. En cela, **l'initiative contrevient aux droits découlant de l'article 6 de l'ALCP et des articles 2 et 24 de l'annexe I.**

I. Droit au regroupement familial

Le concept de regroupement familial découle du droit au respect de la vie privée et familiale inscrit à l'article 8 CEDH. Il est aussi intégré dans l'ALCP car le droit au regroupement familial favorise la libre circulation des personnes, en permettant à ceux qui se déplacent dans un Etat, autre que leur Etat d'origine, de mieux s'intégrer sur le territoire de l'Etat d'accueil en compagnie des membres de leur famille.

Les dispositions de l'ALCP en matière de libre circulation bénéficient aux membres de la famille des ressortissants des parties contractantes, quelle que soit leur nationalité (art. 1, annexe I).

Conformément à l'article 3, paragraphe 2, de l'annexe I la notion de « membre de la famille » englobe les personnes suivantes : le conjoint¹⁸² et leurs descendants de moins de vingt-et-un ans ou à charge ; les ascendants et ceux du conjoint à charge ; et, dans le cas de l'étudiant, son conjoint et leurs enfants à charge¹⁸³.

L'article 3, paragraphe 2, dernier alinéa, de l'annexe I, précise que les parties contractantes doivent également favoriser l'admission de tout autre membre de la famille qui n'entrerait pas dans les catégories susmentionnées s'il se trouve à la charge ou s'il vit dans le pays de provenance sous le toit du ressortissant d'une partie contractante.

Ainsi, l'ALCP permet au ressortissant d'une partie contractante, bénéficiant du droit de séjour, de vivre avec les membres de sa famille, lesquels peuvent s'installer avec lui dans l'Etat d'accueil. Ce droit général, de nature dérivée, comprend un *droit d'entrée et de sortie* (art. 1, § 1, annexe I) et un *droit de séjour* (art. 7, pt c, ALCP). L'article 3,

¹⁸² Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice en vigueur au moment de la signature de l'accord, la notion de conjoint exclut celle de concubin et de partenaire enregistré. S'agissant du partenaire enregistré, la situation est donc plus favorable en application de la LEtr, puisque l'art. 52 LEtr assimile ce dernier au conjoint.

¹⁸³ Cette notion est basée sur le droit en vigueur dans l'Union européenne au moment de la signature de l'ALCP (art. 10 et 11 du règlement n° 1612/68 pour les travailleurs, et les dispositions correspondantes des directives 90/364 (personnes sans activité économique) 90/365 (retraités) et 93/96 (étudiants). L'accord distingue entre les « descendants » et les « enfants » du migrant. Ainsi, en ce qui concerne l'étudiant, seuls sont concernés par le regroupement familial ses enfants, alors que pour les travailleurs salariés, les indépendants ou les prestataires de services, ce sont leurs descendants (enfants et petits-enfants) qui sont visés. De même, le droit de séjour est accordé à tous les descendants du travailleur migrant tandis que seuls ses enfants ont le droit d'accéder à l'enseignement ou à une activité économique.

paragraphe 1, 2^{ème} phrase, de l'annexe I précise que le travailleur salarié qui entend bénéficier du regroupement familial doit disposer d'un logement considéré comme normal pour les travailleurs nationaux dans la région où il est employé¹⁸⁴. La condition du logement « normal » devrait aussi valoir pour les autres catégories de bénéficiaires de l'accord, et non seulement pour les travailleurs salariés¹⁸⁵.

Le conjoint et les enfants de moins de vingt-et-un ans ou à charge d'une personne bénéficiant du droit de séjour, quelle que soit leur nationalité, ont aussi le *droit d'accéder à une activité économique* (art. 7, pt e, ALCP et art. 3, § 5, annexe I)¹⁸⁶.

Les membres de la famille ont aussi le droit de demeurer sur le territoire d'une partie contractante (art. 4, § 1, annexe I). Pour l'interprétation de ces notions, il est renvoyé au règlement n° 1251/70 et à la directive 75/34¹⁸⁷.

L'article 3, paragraphe 6, de l'annexe I accorde également un *droit à l'enseignement* pour les enfants d'un ressortissant d'une partie contractante (admission aux cours d'enseignement général, d'apprentissage et de formation professionnelle dans les mêmes conditions que les ressortissants de l'Etat d'accueil à condition qu'ils résident sur le territoire de l'Etat d'accueil). Sur la base de la disposition similaire applicable dans l'Union européenne (art. 10 du règlement n° 492/2011, qui a remplacé l'ancien art. 12 du règlement n° 1612/68), la Cour de justice a considéré que les enfants des anciens travailleurs migrants pouvaient poursuivre leurs études dans l'Etat membre d'accueil, alors que leurs parents n'y résidaient plus, ce qui équivaut à leur reconnaître un droit de séjour indépendant de celui attribué à leurs parents, lequel ne se fonde plus sur la réunion des conditions posées pour le regroupement familial¹⁸⁸.

L'initiative « contre l'immigration de masse » prévoit la possibilité de limiter, de manière générale, le regroupement familial pour les étrangers qui bénéficieraient d'un droit de séjour en Suisse. Ainsi, les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne bénéficiant d'un droit de séjour en vertu de l'ALCP ainsi que les membres de leur famille verraient leurs droits disparaître ou substantiellement limités. L'initiative serait, sur ce point, **contraire à l'article 7, point d, de l'ALCP et à l'article 1, paragraphe 1, de l'annexe I**. Elle serait également **contraire à l'article 7, point e, de l'ALCP et à l'article 3, paragraphe 5, de l'annexe I**, parce qu'elle empêcherait le conjoint et les enfants de moins de vingt-un ans ou à charge d'un ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne d'exercer leur droit d'accéder potentiellement à une activité économique. Elle **contreviendrait également à l'article 4, paragraphe 1, de l'annexe I** s'agissant du droit de demeurer **ainsi qu'à l'article 3, paragraphe 6, de l'annexe I**, en ce que le droit à l'enseignement pour les enfants d'un

¹⁸⁴ Le Tribunal fédéral a notamment considéré qu'un appartement de trois pièces et demie était approprié pour une famille de quatre personnes (ATF 136 II65, consid. 5.3).

¹⁸⁵ Toutefois, la condition du logement normal a été supprimée dans le droit dérivé de l'Union européenne.

¹⁸⁶ Voir nos commentaires *supra* sur le droit d'accès à une activité économique dans la section III. D.

¹⁸⁷ Règlement n° 1251/70 de la Commission, du 29 juin 1970, relatif au droit des travailleurs de demeurer sur le territoire d'un Etat membre après y avoir occupé un emploi, JO L 142 du 30.6.1970, p. 24, abrogé par le règlement n° 635/2006 de la Commission, du 25 avril 2006, JO L 112 du 26.4.2006, p. 9 ; directive 75/34 du Conseil, du 17 décembre 1974, relative au droit des ressortissants d'un Etat membre de demeurer sur le territoire d'un autre Etat membre après y avoir exercé une activité non salariée, JO L 14 du 20.1.1975, p. 10.

¹⁸⁸ CJUE, arrêt *Ibrahim* du 23 février 2010, aff. C-310/08, Rec. 2010, p. I-1065, pts 38 à 41. Voir également CJUE, arrêt *Teixeira* du 23 février 2010, aff. C-480/08, Rec. 2010, p. I-1107, pts 49 et 50.

ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne ne pourrait potentiellement pas être exercé.

L'initiative ECOPOP, qui prévoit que la part de l'accroissement de la population résidant de manière permanente en Suisse, attribuable au solde migratoire, ne doit pas dépasser 0.2 % par an sur une moyenne de trois ans, vient restreindre les droits des bénéficiaires de l'ALCP, membres de la famille d'un ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne qui voudraient bénéficier du droit de séjour de manière permanente en Suisse pour une durée de plus de 12 mois au titre du regroupement familial, ainsi que les autres droits liés dont ils bénéficient à ce titre, notamment l'exercice d'une activité économique et le droit à l'enseignement pour les enfants. **L'initiative contreviendrait aux mêmes dispositions de l'ALCP que l'initiative « contre l'immigration de masse »¹⁸⁹.**

J. Droit de demeurer

L'article 7, point c, de l'ALCP et l'article 4 de l'annexe I accordent aux ressortissants d'une partie contractante et aux membres de leur famille un droit de demeurer sur le territoire d'une autre partie contractante après y avoir exercé une activité économique. L'article 4, paragraphe 2, de l'annexe I renvoie au règlement n° 1251/70 et à la directive 75/34, tels qu'en vigueur au moment de la signature de l'ALCP¹⁹⁰.

Conformément à l'article 2 du règlement n° 1251/70 et à l'article 2 de la directive 75/34, le droit de demeurer à titre permanent doit être accordé aux travailleurs salariés et aux travailleurs indépendants dans trois situations : s'ils atteignent l'âge de la retraite selon la législation de la partie contractante où ils se trouvent après y avoir travaillé pendant les douze derniers mois au moins et y avoir résidé d'une façon continue depuis plus de trois ans ; en cas d'incapacité permanente de travail après avoir résidé depuis plus de deux ans sur le territoire d'une partie contractante, et cessé d'y exercer son activité à la suite de l'incapacité de travail ; en cas d'exercice d'une activité salariée ou non salariée sur le territoire d'une autre partie contractante que celui dans lequel ils résident, où ils retournent en principe chaque jour ou au moins une fois par semaine, à condition qu'ils aient auparavant travaillé et résidé de manière continue pendant trois ans sur le territoire de cette dernière partie contractante¹⁹¹.

Conformément à l'article 3 du règlement n° 1251/70 et à l'article 3 de la directive 75/34, les membres de la famille acquièrent un droit propre de demeurer à titre permanent sur le territoire d'une partie contractante si le ressortissant d'une partie contractante avec lequel ils résident a lui-même acquis le droit de demeurer.

¹⁸⁹ Voir nos développements *supra* dans la même section II. I.

¹⁹⁰ Règlement n° 1251/70 de la Commission, du 29 juin 1970, relatif au droit des travailleurs de demeurer sur le territoire d'un Etat membre après y avoir occupé un emploi, JO L 142 du 30.6.1970, p. 24, abrogé par le règlement n° 635/2006 de la Commission, du 25 avril 2006, JO L 112 du 26.4.2006, p. 9 ; directive 75/34 du Conseil, du 17 décembre 1974, relative au droit des ressortissants d'un Etat membre de demeurer sur le territoire d'un autre Etat membre après y avoir exercé une activité non salariée, JO L 14 du 20.1.1975, p. 10. Dans l'Union européenne, l'essentiel de ces textes a été repris à l'article 17 de la directive 2004/38, laquelle n'a pas été intégrée dans l'ALCP.

¹⁹¹ Pour le détail des conditions, voir les articles respectifs du règlement et de la directive, JO L 142 du 30.6.1970, p. 24 et JO L 14 du 20.1.1975, p. 10.

En cas de décès de l'intéressé avant l'acquisition de son droit de demeurer, les membres de la famille acquièrent néanmoins le droit de demeurer dans trois hypothèses : lorsque le travailleur salarié ou le travailleur indépendant, que les membres de la famille ont rejoint, résidait à la date de son décès de façon continue depuis au moins deux ans sur le territoire de la partie contractante ; ou lorsque le décès de l'intéressé est dû aux suites d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle ; ou lorsque le conjoint survivant est ressortissant de la partie contractante en cause ou a perdu cette nationalité à la suite de son mariage avec l'intéressé.

L'initiative « contre l'immigration de masse » ne précise pas si elle compte modifier les conditions de l'obtention du droit de demeurer sur territoire suisse. Elle se contente d'exprimer l'objectif général de limiter le droit au séjour durable des étrangers. Il convient de considérer que cet objectif comprendrait le droit de demeurer, qui est une expression du droit de séjour durable. Les travailleurs salariés et les travailleurs indépendants ainsi que les membres de leurs familles verront ainsi les droits dont ils bénéficient sur la base de l'ALCP restreints par l'initiative, laquelle vise à instaurer des plafonds et des contingents annuels afin de limiter le nombre d'autorisations délivrées en Suisse pour le séjour des ressortissants des Etats membres de l'Union européenne. L'initiative **contreviendrait ainsi à l'article 7, point c, de l'ALCP et à l'article 4 de l'annexe I.**

L'initiative ECOPOP aurait les mêmes effets restrictifs sur le droit de demeurer garanti par l'ALCP que l'initiative « contre l'immigration de masse », car le seuil de 0.2 % à ne pas dépasser s'agissant de la part de l'accroissement de la population résidente de manière durable en Suisse attribuable au solde migratoire, comprendrait nécessairement la catégorie des personnes bénéficiaires du droit de demeurer en vertu de l'ALCP. L'initiative **contreviendrait ainsi à l'article 7, point c, de l'ALCP et à l'article 4 de l'annexe I.**

K. Droit à l'égalité de traitement, avantages sociaux et droits de sécurité sociale

L'article 9, paragraphe 2, de l'annexe I de l'ALCP garantit aux travailleurs salariés et aux membres de leur famille les mêmes avantages fiscaux et sociaux que les travailleurs nationaux et les membres de leur famille.

Ces notions de droit de l'Union européenne, reprises de l'article 7, paragraphe 2, du règlement n° 492/2011 (ancien art. 7 du règlement n° 1612/68), ont fait l'objet d'une jurisprudence abondante de la Cour de justice de l'Union européenne, à laquelle le Tribunal fédéral s'est largement référé¹⁹².

Sont considérés comme des avantages sociaux *« tous les avantages qui, liés ou non à un contrat d'emploi, sont généralement reconnus aux travailleurs nationaux en raison, principalement, de leur qualité objective de travailleurs ou du simple fait de leur résidence ordinaire sur le territoire national, et dont l'extension aux travailleurs*

¹⁹² Voir, par exemple, arrêt du Tribunal fédéral, du 7 novembre 2003, réf. 2P.142/2003, consid. 3.4 dans lequel il a refusé la qualification d'avantage social à l'octroi d'une patente de pêche ; ATF 132 V 184, consid. 6 dans lequel le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si des mesures de formation scolaire spéciale au sens de l'art. 19 LAI constituaient des avantages sociaux.

ressortissants d'autres Etats membres apparaît dès lors comme de nature à faciliter leur mobilité à l'intérieur de la Communauté »¹⁹³. La jurisprudence est riche en la matière et illustre la diversité de ce qui est entendu par « avantages sociaux ». Entrent notamment dans cette notion : une prestation sociale garantissant de façon générale un minimum de moyens d'existence¹⁹⁴ ; l'octroi d'une allocation spéciale de vieillesse garantissant un revenu minimal aux personnes âgées¹⁹⁵ ou encore les cartes de réduction sur les prix de transport délivrés par un organisme national de chemin de fer aux familles nombreuses¹⁹⁶.

En fait, la notion d'avantage social est susceptible de couvrir toutes les prestations sociales qui ne relèvent pas de la sécurité sociale au sens de l'ancien règlement n° 1408/71¹⁹⁷ ou aujourd'hui du règlement n° 883/2004. L'application de la notion d'avantage social est subsidiaire par rapport au règlement relatif à la coordination des systèmes de sécurité sociale.

L'ALCP prévoit aussi le rattachement de la Suisse au système de coordination de la sécurité sociale mis en œuvre dans l'Union européenne. Conformément à l'article 8 de l'ALCP, les parties contractantes doivent régler la coordination des systèmes de sécurité sociale¹⁹⁸ dans l'annexe II de l'accord en vue d'assurer notamment l'égalité de traitement, la détermination de la législation applicable, la totalisation de toutes les périodes de cotisation, le paiement des prestations aux personnes résidant sur le territoire des parties contractantes, l'entraide et la coopération administratives entre les autorités et les institutions.

L'article 1 de l'annexe II prévoit que les parties contractantes conviennent d'appliquer entre elles les actes juridiques de l'Union européenne auxquels il est fait référence dans l'annexe, ou une réglementation équivalente¹⁹⁹. L'ALCP a fait pendant longtemps référence aux règlements n° 1408/71 et n° 574/72, qui ont été abrogés et

¹⁹³ CJCE, arrêt *Martinez Sala* du 12 mai 1998, aff. C-85/96, Rec. 1998, p. I-2691, pt 25.

¹⁹⁴ Il s'agit d'une prestation garantissant un minimum de moyens d'existence (minimex) belge dans les trois arrêts suivants : CJCE, arrêt *Scriver et Cole* du 27 mars 1985, aff. 122/84, Rec. 1985, p. 1027 ; CJCE, arrêt *Hoeckx* du 27 mars 1985, aff. 249/83, Rec. 1985, p. 973 ; CJCE, arrêt *Grzelczyk* du 20 septembre 2001, aff. C-184/99, Rec. 2001, p. I-6193, pt 27. Voir également, concernant les personnes non économiquement actives, CJCE, arrêt *Trojani* du 7 septembre 2004, aff. C-456/02, Rec. 2004, p. I-7573, pt 42.

¹⁹⁵ CJCE, arrêt *Frascoigna* du 6 juin 1985, aff. 157/84, 1985, Rec. 1985, p. 1739; voir également un autre arrêt *Frascoigna* du 9 juillet 1987, aff. 256/86, Rec. 1987, p. 3431. Voir également pour un revenu garanti aux personnes âgées par la législation d'un Etat membre, CJCE, arrêt *Castelli* du 12 juillet 1984, aff. 261/83, 1984, Rec. 1984, p. 3199.

¹⁹⁶ CJCE, arrêt *Cristini* du 30 septembre 1975, aff. 32/75, Rec. 1975, p. 1085, pt 19.

¹⁹⁷ Règlement n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la communauté, JO L 149 du 5.7.1971, p. 2.

¹⁹⁸ Les branches de sécurité sociale visées sont les suivantes : la maladie et la maternité, l'invalidité, la vieillesse et le décès, les accidents du travail et les maladies professionnelles, l'allocation de décès, le chômage, la préretraite, et les prestations familiales.

¹⁹⁹ En théorie, la réglementation du droit de l'Union à laquelle il est renvoyé dans l'annexe II concernant la sécurité sociale n'est pas d'application directe en Suisse. En pratique, elle l'est puisqu'il ne pouvait être question d'introduire dans chacune des lois impliquées dans ce processus de coordination des dispositions équivalentes à celles, longues et compliquées, qui figurent dans cette réglementation. Le législateur fédéral s'est donc limité à introduire dans les lois d'assurance sociale concernées, sous le titre « Relation avec le droit européen », une clause générale de renvoi (art. 153a LAVS, 80a LAI, 95a LAMal, 115a LAA, 23a LFA, 121 LACI, 32 LPC, 89a LPP, 25b LFLP).

remplacés dans l'Union européenne par les règlements n° 883/2004 et n° 987/2009²⁰⁰. Ces deux derniers textes ont été intégrés dans l'annexe II par une décision du comité mixte de l'ALCP avec effet au 1^{er} avril 2012²⁰¹.

Le principe d'égalité de traitement, prévu dans le règlement de coordination des systèmes de sécurité sociale (art. 4 du règlement n° 883/2004) implique notamment que, dans les matières qui entrent dans le champ d'application dudit règlement, les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne ont droit aux prestations en cause aux mêmes conditions que les ressortissants suisses²⁰².

L'initiative « contre l'immigration de masse » prévoit la possibilité de limiter le droit aux prestations sociales pour les étrangers. Elle n'opère pas de distinction entre les étrangers selon qu'ils proviennent des Etats membres de l'Union européenne ou d'autres Etats à travers le monde. En envisageant la limitation du droit aux prestations sociales pour les étrangers, elle viole les droits dont les ressortissants des Etats membres de l'Union bénéficient en vertu de l'ALCP. Elle **viole le principe d'égalité de traitement inscrit à l'article 2 de l'accord, repris en matière de coordination des systèmes de sécurité sociale à l'article 8, point a), de l'ALCP et en matière d'avantages sociaux à l'article 9, paragraphe 2, de l'annexe I**, car elle prévoit de traiter les étrangers, y compris les ressortissants des Etats membres de l'Union, de manière différente des ressortissants suisses.

L'initiative ECOPOP vise à limiter la part de l'accroissement de la population résidente permanente en Suisse attribuable au solde migratoire. Elle porte en premier lieu atteinte au droit de séjour durable sur le territoire suisse. Les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne, qui séjourneraient légalement sur le territoire suisse en vertu de l'ALCP, **ne verraient en principe pas leurs droits aux avantages sociaux violés** car l'initiative n'a pas pour objectif de limiter lesdits droits. **Le principe d'égalité de traitement en matière de sécurité sociale ne serait en principe pas non plus violé**, l'initiative n'intervenant que sur la limitation de la population étrangère résidente de manière permanente en Suisse.

²⁰⁰ Règlement n°1408/71 *précité*; règlement n° 574/72 du Conseil, du 21 mars 1972, fixant les modalités d'application du règlement n° 1408/71 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, JO L 74 du 27.3.1972, p. 1. Ces deux règlements ont été abrogés dans l'Union et ont été remplacés le règlement n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, JO L 166 du 30.4.2004, p. 1 et le règlement n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 16 septembre 2009, fixant les modalités d'application du règlement n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, JO L 284 du 30.10.2009, p. 1. S'agissant de la reprise prochaine des règlements n° 883/2004 et n° 987/2009 dans les relations entre la Suisse et l'Union, voir la décision 2011/863 du Conseil, du 16 décembre 2011, relative à la position que doit adopter l'Union européenne au sein du Comité mixte institué par l'accord entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes en ce qui concerne le remplacement de l'annexe II dudit accord sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, JO L 341 du 22.12.2011, p. 1.

²⁰¹ Décision n°1/2012 du comité Suisse-UE, du 31 mars 2012, remplaçant l'annexe II de l'ALCP, JO L 103 du 13.4.2012, p. 51.

²⁰² ATF 131 V 390, consid. 5.2.

III. Examen de l'application d'exceptions dont bénéficient certains Etats membres en matière de libre circulation des personnes

Dans la présente section, il convient d'examiner si les exceptions dont bénéficient certains Etats membres, à l'instar de l'Espagne, par rapport à l'application de la libre circulation des personnes, sont susceptibles de s'appliquer à la Suisse dans le cadre de l'ALCP.

L'exception dont il s'agit concerne l'application d'une clause de sauvegarde (protection en raison d'une perturbation grave du marché du travail) dans le cadre de la période transitoire en matière de libre circulation des personnes prévue dans l'acte d'adhésion de la Bulgarie et de la Roumanie à l'Union européenne.

Nous allons, dans un premier temps, exposer le contexte de la situation espagnole (A), et la comparer à la situation suisse dans le cadre de l'ALCP (B).

A. Contexte des restrictions espagnoles prises en matière de libre circulation

L'acte d'adhésion de la Bulgarie et de la Roumanie à l'Union européenne de 2005 prévoit des dispositions transitoires concernant la libre circulation des personnes²⁰³. En vertu desdites dispositions, les Etats membres de l'Union européenne peuvent limiter ou interdire l'accès à leur marché du travail aux travailleurs provenant de ces deux Etats. La période transitoire en cause, prévue pour une période maximale de sept ans (jusqu'au 31 décembre 2013), est divisée en trois phases distinctes (2+3+2 ans). Les conditions à respecter diffèrent pour chaque phase, à l'instar de ce qui est prévu dans l'ALCP. La troisième et dernière phase de la période transitoire a commencé le 1^{er} janvier 2012 et prendra fin le 31 décembre 2013.

En vertu de l'article 23 de l'acte d'adhésion²⁰⁴ et des annexes VI et VII²⁰⁵, les Etats membres peuvent prendre des mesures restrictives en matière de libre circulation des personnes²⁰⁶. S'agissant de la Roumanie, il est prévu que l'article 39 et l'article 49, premier alinéa, du traité CE ne s'appliquent pleinement que sous réserve des dispositions transitoires prévues aux points 2 à 14²⁰⁷. Les points 5 à 7 sont particulièrement importants et sont reproduits en note de bas de page²⁰⁸.

²⁰³ Voir les articles 20 et ss du Protocole relatif aux conditions et modalités d'admission de la République de Bulgarie et de la Roumanie à l'Union européenne, JO L 157 du 21.6.2005, p. 29.

²⁰⁴ L'article 23 de l'acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne de la République de Bulgarie et de la Roumanie et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne, se lit : « Les mesures énumérées aux annexes VI et VII du présent acte sont applicables à la Bulgarie et à la Roumanie dans les conditions définies dans lesdites annexes », JO L 157 du 21.6.2005, p. 211

²⁰⁵ Les annexes VI et VII sont respectivement intitulées : « Liste visée à l'article 23 de l'acte d'adhésion: mesures transitoires – Bulgarie » et « Liste visée à l'article 23 de l'acte d'adhésion: mesures transitoires – Bulgarie ».

²⁰⁶ Les deux annexes sont publiées au JO L 157 du 21.6.2005, p. 278 et 311.

²⁰⁷ Une disposition analogue est prévue dans l'annexe relative à la Bulgarie.

²⁰⁸ Les points 5 à 7 prévoient que : « 5. *Un Etat membre maintenant des mesures nationales ou des mesures résultant d'accords bilatéraux à la fin de la période de cinq ans visée au paragraphe 2 peut les proroger, après en avoir averti la Commission, jusqu'à la fin de la période de sept ans suivant la date d'adhésion si son marché du travail subit ou est menacé de subir des perturbations graves. A défaut de cette notification, les articles 1^{er} à 6 du règlement n° 1612/68 s'appliquent.*

6. *Durant la période de sept ans suivant la date d'adhésion, les Etats membres dans lesquels, en vertu du paragraphe 3, 4 ou 5, les articles 1^{er} à 6 du règlement n° 1612/68 s'appliquent en ce qui concerne les*

L'Espagne avait déjà libéralisé l'accès à son marché du travail pour les travailleurs roumains et les membres de leur famille au début de la deuxième phase de la période transitoire, en date du 1^{er} janvier 2009. Elle ne pouvait donc restreindre l'accès des travailleurs roumains qu'en invoquant la « clause de sauvegarde », qui permet à un Etat membre de réimposer des restrictions sur le libre accès à son marché du travail s'il subit ou prévoit des perturbations graves dans ce domaine. L'Espagne a donc invoqué ladite clause, le 28 juillet 2011, dans une lettre adressée à la Commission européenne. Celle-ci a autorisé l'Espagne à restreindre l'accès des travailleurs roumains à son marché du travail, du fait des graves perturbations que l'Espagne a connues en matière d'emploi en raison de la crise financière.

Toutefois, la Commission a d'abord rappelé que la libre circulation des travailleurs est une liberté fondamentale garantie par le traité sur l'Union européenne et le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ; que cette liberté permet aux citoyens de l'Union de se rendre librement dans un autre Etat membre pour y travailler et y résider à cet effet ; que toute restriction à la libre circulation des travailleurs constitue une dérogation à une liberté fondamentale garantie par le droit de l'Union, qui doit être autorisée par ce droit. Elle a souligné que même si les dispositions transitoires de l'acte d'adhésion autorisent de telles dérogations, celles-ci sont et doivent rester limitées dans le temps.

Se basant sur le fait que la demande espagnole a été étayée par des éléments de preuve concrets et que l'acte d'adhésion permet le rétablissement de mesures restrictives en cas de perturbations graves du marché du travail, la Commission a autorisé l'Espagne à imposer, jusqu'au 31 décembre 2012, des restrictions temporaires concernant l'accès des ressortissants roumains à son marché du travail. Ces restrictions ont été appliquées à l'ensemble des secteurs et des régions. La décision ne concernait toutefois pas les ressortissants roumains déjà actifs sur le marché du travail espagnol.

La situation en Espagne est particulièrement difficile. Ce pays fait face à de graves perturbations sur son marché du travail, caractérisées par un taux de chômage record dans l'Union européenne (21 % en juin 2011, contre 9,4 % en moyenne dans l'Union

ressortissants roumains, et qui délivrent des permis de travail à des ressortissants roumains à des fins d'observation durant cette période le feront automatiquement.

7. Les Etats membres dans lesquels, en vertu du paragraphe 3, 4 ou 5, les articles 1^{er} à 6 du règlement n° 1612/68 s'appliquent en ce qui concerne les ressortissants roumains peuvent recourir aux procédures prévues aux alinéas suivants jusqu'à la fin de la période de sept ans suivant la date d'adhésion.

Lorsqu'un Etat membre visé au premier alinéa subit ou prévoit des perturbations sur son marché du travail qui pourraient menacer gravement le niveau de vie ou d'emploi dans une région ou profession donnée, il en avise la Commission et les autres Etats membres en leur fournissant toutes les indications pertinentes. Sur la base de ces indications, l'Etat membre peut demander à la Commission de déclarer que l'application des articles 1^{er} à 6 du règlement n° 1612/68 est totalement ou partiellement suspendue afin d'assurer le rétablissement de la situation dans ladite région ou profession. La Commission décide de la suspension, ainsi que de la durée et de la portée de cette suspension, au plus tard deux semaines après avoir été saisie de la demande et informe le Conseil de sa décision. Dans un délai de deux semaines après que la Commission a pris sa décision, tout Etat membre peut demander l'annulation ou la modification de cette décision par le Conseil. Le Conseil statue sur cette demande à la majorité qualifiée dans un délai de deux semaines.

Dans des cas urgents et exceptionnels, un Etat membre visé au premier alinéa peut suspendre l'application des articles 1^{er} à 6 du règlement n° 1612/68; il transmet ensuite une notification motivée à la Commission ».

européenne et 9,9 % dans la zone Euro) ainsi que par une reprise économique lente (la croissance du PIB n'a été que de 0,3 % au premier trimestre 2011 par rapport au trimestre précédent, contre 0,8 % dans l'Union et la zone Euro)²⁰⁹.

L'analyse effectuée par la Commission européenne a notamment établi que les ressortissants roumains résidant en Espagne sont fortement touchés par le chômage, étant donné que 30 % d'entre eux étaient sans emploi. Sur la base de ces considérations et sur d'autres éléments mis en évidence dans le cadre de la procédure, la Commission a autorisé l'instauration des mesures restrictives, tout en se réservant le droit de modifier ou de révoquer sa décision à tout moment si elle le jugeait opportun²¹⁰.

Le 13 décembre 2012, les autorités espagnoles ont demandé à la Commission européenne de bien vouloir autoriser la prolongation, jusqu'au 31 décembre 2013, des restrictions temporaires à l'accès des travailleurs roumains au marché du travail espagnol en raison des graves perturbations qui secouent leur marché. Il s'agit donc d'une dernière prolongation car les restrictions temporaires à la libre circulation des travailleurs roumains et bulgares doivent être levées dans tous les Etats membres au 1^{er} janvier 2014.

La Commission européenne a, le 21 décembre 2012, autorisé la prolongation car la situation de l'économie et du marché du travail espagnols s'était encore détériorée. L'Espagne a enregistré des taux de chômage qui n'avaient jamais été atteints précédemment. Le taux global culminait à 26,2 %, alors qu'il était de 22,7 % un an plus tôt et le taux de chômage des jeunes à 55,9 % (chiffres d'octobre 2012). Le taux de ressortissants roumains au chômage avait encore progressé. En prenant cette décision, la Commission européenne s'est à nouveau réservé le droit de modifier ou de révoquer sa décision à tout moment si elle le jugeait opportun²¹¹.

Il convient à présent d'examiner si la Suisse peut invoquer une disposition similaire dans le cadre de l'ALCP.

B. Application par la Suisse de restrictions en matière de libre circulation

L'ALCP prévoit à l'article 10 les dispositions transitoires en vue de la mise en œuvre progressive de la libre circulation des personnes entre la Suisse et les Etats membres de l'Union européenne sur une période de 12 ans. Les différentes phases ont été exposées et analysées *supra* dans la section I.B²¹². La clause de sauvegarde de l'article 10, paragraphe 4, peut être activée à l'égard de l'UE-17 et de l'UE-8 jusqu'au 31 mai 2014. Elle pourra être activée à l'égard des ressortissants roumains et bulgares jusqu'au 31 mai 2019. Pour prendre des mesures restrictives en matière de libre circulation, les conditions d'application de la clause de sauvegarde du paragraphe 4 de l'article 10, liée nombre des titres de séjour de courte ou de longue durée délivrés en Suisse, doivent être remplies. Elles ne concernent toutefois pas le cas de graves

²⁰⁹ Chiffres indiqués dans le Communiqué de presse IP/11/960 du 11 août 2011.

²¹⁰ Pour plus de détails sur cette décision, voir le Communiqué de presse IP/11/960 du 11 août 2011.

²¹¹ Pour plus de détails sur cette décision, voir le Communiqué de presse IP/12/1440 du 21 décembre 2012.

²¹² Voir nos développements *supra*, p. 10 ss.

perturbations du marché du travail au sens de ce qui a été prévu dans l'acte d'adhésion de la Bulgarie et de la Roumanie.

En dehors de la clause de l'article 10, paragraphe 4, l'ALCP prévoit le recours possible à l'article 14, paragraphe 2, qui concerne le cas « de difficultés sérieuses d'ordre économique ou social ». Conformément à cette disposition, le Comité mixte se réunit, *« à la demande d'une des parties contractantes, afin d'examiner les mesures appropriées pour remédier à la situation »*. Il *« peut décider des mesures à prendre dans un délai de 60 jours à compter de la date de la demande. Ce délai peut être prolongé par le Comité mixte. Ces mesures sont limitées, dans leur champ d'application et leur durée, à ce qui est strictement indispensable pour remédier à la situation. Devront être choisies les mesures qui perturbent le moins le fonctionnement du présent accord »*.

L'article 14, paragraphe 2, est une clause de sauvegarde générale qui vise à remédier à des difficultés d'ordre économique et social²¹³. Il s'agit d'une clause de sauvegarde consensuelle. Le Comité mixte se réunit à la demande d'une partie contractante et décide des mesures à prendre dans un délai de 60 jours. En cela, elle est différente de la clause de l'article 10, paragraphe 4, de l'ALCP, qui est une clause de sauvegarde unilatérale, qui peut être déclenchée par la Suisse. Elle est aussi différente de celle de l'acte d'adhésion de 2005, dont l'application exige une autorisation par la Commission européenne à la demande d'un Etat membre.

La demande d'une éventuelle application de l'article 14, paragraphe 2, de l'ALCP par la Suisse exigerait la preuve par des éléments concrets de l'existence de difficultés sérieuses d'ordre économique ou social dans le pays qui exigeraient le rétablissement de restrictions en matière de libre circulation des personnes pour les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne. Cette demande serait traitée par le Comité mixte qui est autorisé à décider des mesures appropriées à prendre en vue de remédier à la situation. En tout état de cause, compte tenu du résultat économique satisfaisant global de la Suisse, une telle demande nous semble difficilement envisageable.

Selon les indications du Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche, *« malgré la phase de récession prolongée que traverse la zone euro, l'économie suisse s'est relativement bien maintenue au printemps 2013. Toutefois, il subsiste toujours un déséquilibre entre une conjoncture intérieure solide et des exportations affaiblies. Cette évolution conjoncturelle contrastée devrait se poursuivre pendant le reste de l'année, avec une dynamique de croissance dans l'ensemble modérée en Suisse et une légère hausse du chômage. Le groupe d'experts de la Confédération maintient dans une large mesure ses dernières prévisions (datant du mois de mars) et table sur une croissance du PIB de 1,4 % en 2013. Une évolution conjoncturelle un peu plus robuste, touchant autant les exportations que le marché du travail, est attendue en 2014 (prévision de PIB: +2,1 %), à la condition toutefois que l'économie mondiale se reprenne et, notamment, que la zone euro sorte enfin de la récession »*. En outre, *« Compte tenu des perspectives conjoncturelles modérées, une amélioration de la situation sur le marché du travail devrait encore se faire attendre.*

²¹³ Une clause similaire « perturbation grave des marchés » figure à l'article 10, paragraphe 1, de l'accord relatif aux échanges de produits agricoles. CE ne sont pas les seuls exemples dans la série des accords bilatéraux I.

En ce qui concerne l'emploi, on n'observe pas de recul, mais une augmentation quelque peu ralentie et différente d'un secteur à l'autre. La lente hausse des chiffres du chômage devrait se poursuivre dans les prochains mois, avant que la tendance ne s'inverse au cours de l'année prochaine grâce à la reprise conjoncturelle. En moyenne annuelle, le groupe d'experts de la Confédération table sur un taux de chômage de 3,3 % en 2013 et en 2014 (prévisions inchangées) contre 2,9 % en 2012 »²¹⁴.

La situation économique en Suisse n'est en aucun cas comparable à la situation en Espagne, laquelle a permis l'autorisation par la Commission européenne de mesures restrictives en matière d'accès des travailleurs roumains au marché du travail espagnol. Le PIB espagnol se situait à 0,3 % (contre 1,4 % en Suisse) et le taux de chômage global était supérieur à 25 % (contre 3,3 % en Suisse). Si on ne prend que ces deux éléments en considération, et nous sommes conscients qu'une analyse plus globale devrait être effectuée²¹⁵, les situations espagnole et suisse n'ont rien en commun. Dans ces circonstances, une éventuelle activation de la clause de sauvegarde consensuelle de l'article 14, paragraphe 2, de l'ALCP nous semble inconcevable et n'aurait aucune chance de trouver l'assentiment du comité mixte. **L'article 14, paragraphe 2, de l'ALCP ne peut donc pas constituer le fondement ou justifier les mesures prévues par le texte des deux initiatives** sous examen, compte tenu de la situation économique satisfaisante générale en Suisse. En outre, **les mesures envisagées** dans les deux initiatives ne sont limitées ni dans leur champ d'application ni dans leur durée, elles **ne satisfont pas sur ce plan les critères mentionnés à l'article 14, paragraphe 2.**

IV. Examen de la possibilité d'une renégociation de l'ALCP

L'initiative « contre l'immigration de masse » et l'initiative ECOPOP prévoient, toutes les deux, qu'aucun accord international contraire à leurs objectifs ne pourra être conclu à l'avenir. Il convient, selon les auteurs des initiatives, d'éviter qu'un accord international contrevienne, empêche ou entrave la mise en œuvre des mesures propres à atteindre les objectifs des initiatives. En ce sens, il faudra renégocier et adapter les accords existants en vue de les rendre compatibles avec les objectifs et les textes des initiatives.

L'initiative « contre l'immigration de masse » prévoit que la renégociation et l'adaptation des accords qui empêchent la gestion de l'immigration doit se faire dans un délai de 3 ans. L'initiative « *halte à la surpopulation – oui à la préservation durable des ressources naturelles* » prévoit, quant à elle, un délai de 4 ans pour

²¹⁴ Communiqué de presse, du 11 juin 2013, du Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR), Secrétariat d'Etat à l'économie SECO, disponible à l'adresse <http://www.seco.admin.ch/themen/00374/00375/00376/index.html?lang=fr>. Le Groupe d'experts de la Confédération publie chaque trimestre ses prévisions pour l'évolution conjoncturelle de la Suisse. Le communiqué de presse du 19 septembre 2013 annonce la poursuite de l'amélioration conjoncturelle et présente des chiffres plus favorables que ceux du mois de mars 2013.

²¹⁵ Une analyse qui prendrait notamment en compte les chiffres de l'immigration originaire des Etats membres de l'Union européenne et le taux de chômage atteint en Suisse pour cette catégorie de personnes, voir le neuvième rapport de l'Observatoire sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE, du 11 juin 2013, p. 14 ss.

modifier les accords existants, et si nécessaire, les dénoncer. Les auteurs de l'initiative « contre l'immigration de masse » précisent que l'ALCP doit être renégocié et adapté « car il ne permet pas de gérer l'immigration via des plafonds et des contingents »²¹⁶. Les auteurs de l'initiative ECOPOP n'indiquent pas quels accords devraient être renégociés, adaptés ou dénoncés.

Conformément au principe « *pacta sunt servanda* », la Suisse est tenue de respecter les accords internationaux qui la lient. Si elle n'est plus en mesure de les respecter, elle devrait les dénoncer, à moins qu'il ne soit possible de les renégocier et de les adapter aux nouvelles dispositions de droit interne²¹⁷.

L'ALCP a été signé en 1999 car les parties contractantes étaient convaincues que la liberté des personnes de circuler sur leurs territoires respectifs constituait un élément important pour le développement harmonieux de leurs relations. Dans l'Union européenne, la libre circulation des personnes est une des libertés fondamentales du marché intérieur, garantie par les traités sur l'Union européenne et sur le fonctionnement de l'Union européenne. Elle permet à tout citoyen de l'Union, soit à tout ressortissant d'un des 28 Etats membres, de se rendre librement dans un autre Etat membre notamment pour y travailler (sans avoir besoin d'un permis de travail) et y résider à cet effet²¹⁸. Toute restriction à la libre circulation constitue une dérogation à la liberté fondamentale garantie par le droit de l'Union et doit être autorisée par ce droit.

Les initiatives sous examen prévoient de gérer l'immigration au moyen de la fixation de plafonds et de contingents annuels ou de la fixation de la part de l'accroissement de la population résidant de manière permanente en Suisse, attribuable au solde migratoire, qui ne doit pas être dépassé. Elles visent toutes les deux à introduire des restrictions à la circulation et au séjour en Suisse des ressortissants des Etats membres de l'Union européenne au-delà de la période transitoire prévue dans l'ALCP. Elles sont ainsi contraires à l'esprit et aux dispositions de l'ALCP, lequel prévoit que les dérogations au principe de libre circulation, ne peuvent être envisagées que si elles sont « autorisées » sur la base de ses dispositions.

Nous avons pu constater, dans la section précédente, que seule une application de l'article 14, paragraphe 2, ALCP serait envisageable après la fin de la période transitoire. Or, cette clause de sauvegarde générale ne peut être invoquée qu'en cas de difficultés sérieuses d'ordre économique ou social et que son application doit être décidée d'un commun accord entre la Suisse et l'Union européenne dans le cadre du comité mixte ALCP. Compte tenu de la situation économique et sociale globalement satisfaisante en Suisse, il semble difficile, voire impossible, de justifier l'invocabilité

²¹⁶ Argumentaire, p. 32. Dans ce texte, les auteurs de l'initiative précisent encore que les accords d'établissement conclus avec d'autres pays ne doivent pas être résiliés dans la mesure où ils n'entraînent qu'un faible nombre de transformations d'autorisations annuelles en permis de séjour de longue durée. Ceux-ci peuvent, toujours selon ces auteurs, être facilement intégrés dans un système de plafonds et de contingents. Les auteurs indiquent également que la CEDH n'est pas concernée par la renégociation et l'adaptation car elle admet « parfaitement une limitation du droit à un séjour durable, au regroupement familial et aux prestations sociales », argumentaire, p. 32.

²¹⁷ Voir dans ce sens notamment le Message du Conseil fédéral, du 7 décembre 2012, relatif à l'initiative populaire « contre l'immigration de masse », FF 2013 279, 311.

²¹⁸ Sous réserve de l'application de dispositions transitoires contenues dans les actes d'adhésion.

d'une telle clause devant le comité mixte ALCP, lequel doit décider d'une éventuelle application de l'article 14 par consensus entre les parties contractantes.

Compte tenu de la difficulté du recours à l'article 14 de l'ALCP, il convient d'examiner la question de la renégociation de l'ALCP avec l'Union européenne en vue d'y intégrer la possibilité pour la Suisse d'instaurer de nouvelles restrictions à la libre circulation, lui permettant ainsi de gérer l'immigration sur son territoire et de mettre en œuvre les initiatives dans l'hypothèse de leur acceptation par le peuple et les cantons suisses.

Une renégociation d'un accord international est en théorie toujours possible, il faut encore que les partenaires s'entendent pour entrer dans un processus de modification de l'accord. Toutefois, dans le cas présent, compte tenu du contenu des initiatives qui met en cause une des libertés fondamentales du marché intérieur, il ne s'agirait, selon nous, que d'une possibilité théorique et invraisemblable. Du côté suisse, il conviendrait de rendre l'ALCP compatible avec les nouvelles dispositions de droit interne suisse, lesquelles exigent une élimination des incompatibilités dans un délai de 3 ou 4 ans. Du côté de l'Union européenne, une renégociation de l'ALCP dans le sens susmentionné signifierait notamment l'acceptation du rétablissement de contingents et de la préférence nationale dans l'accès à l'emploi ou de l'instauration d'un pourcentage définissant la part de l'accroissement de la population résidant de manière permanente en Suisse qui ne doit pas être dépassé. **Ce sont, dans les deux cas, des restrictions quantitatives (et partiellement qualitatives) qui vont fondamentalement à l'encontre de la liberté de circulation des personnes, garantie par l'ALCP dans les relations bilatérales entre la Suisse et l'Union européenne.** Ces restrictions créeraient des discriminations entre les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne et les ressortissants suisses, ce qui contrevient au principe fondamental qui sous-tend l'ensemble de l'ALCP, à savoir le principe d'égalité de traitement. Dans ces conditions, **une renégociation de l'ALCP dans ces termes est invraisemblable.**

V. Examen d'une dénonciation éventuelle de l'ALCP

L'article 25, paragraphe 3, de l'ALCP prévoit que « *la Communauté européenne (l'Union européenne, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009²¹⁹) ou la Suisse peut dénoncer l'accord en notifiant sa décision à l'autre partie contractante. En cas de notification, les dispositions du paragraphe 4 s'appliquent* ».

En cas d'acceptation des initiatives par le peuple et les cantons, la Suisse pourrait être amenée, le cas échéant, à dénoncer l'ALCP au plus tard dans les 3 ou 4 ans, si une adaptation de l'accord n'est pas possible. Une telle dénonciation aurait pour conséquence l'application du paragraphe 4 de l'article 25, contenant la clause « guillotine ». Cette disposition prévoit que : « *les sept accords mentionnés dans le paragraphe 1 cessent d'être applicables six mois après la réception de la notification* ».

²¹⁹ En vertu de l'article 1, alinéa 3, du traité sur l'Union européenne, « l'Union européenne se substitue et succède à la Communauté européenne », depuis le 1^{er} décembre 2009.

relative à la non-reconduction²²⁰ visée au paragraphe 2 ou à la dénonciation visée au paragraphe 3 ».

Il convient, dans la présente section, d'examiner les modalités de la clause de dénonciation de l'article 25, paragraphe 3 (A), le mécanisme de fonctionnement de la clause « guillotine » de l'article 25, paragraphe 4 (B) ainsi que les scénarios les plus envisageables (C).

A. Modalités de la clause de dénonciation

La possibilité de dénoncer l'ALCP appartient aussi bien à la Suisse qu'à l'Union européenne, qui sont en mesure, chacune, de le dénoncer sans aucune condition temporelle, à la différence de ce qui est prévu à l'article 25, paragraphe 2, s'agissant de l'éventuelle non-reconduction de l'ALCP²²¹, mais dont l'hypothèse ne peut plus se réaliser comme on vient de l'indiquer. La dénonciation peut donc se faire à n'importe quel moment par l'une ou l'autre des parties contractantes.

La décision de dénoncer ou non l'ALCP est une question qui relève de l'appréciation politique tant du côté suisse que de celui de l'Union européenne. Cet aspect sort du cadre de l'analyse juridique qu'il nous a été demandé de faire et nous ne le traiterons donc pas.

Si la décision de dénoncer l'ALCP est prise par la Suisse, celle-ci devra se conformer aux dispositions de son droit interne. De même, si l'Union européenne prend une telle décision, elle devra se conformer à ses règles procédurales internes²²².

La question d'une dénonciation de l'ALCP par l'Union européenne a déjà été évoquée à plusieurs reprises dans les messages du Conseil fédéral liés à l'extension de l'application de l'ALCP aux nouveaux membres de l'Union européenne en 2005 et en 2008 et à la reconduction de l'accord. Le cas d'un éventuel refus de l'extension par le peuple suisse avait été envisagé dans le message du Conseil fédéral de 2004 relatif au protocole additionnel, dans les termes suivants : « *Si la Suisse devait rejeter l'extension de l'ALCP, elle devrait s'attendre à ce que l'UE dénonce le présent accord, ce qui entraînerait l'abrogation automatique de tous les autres accords sectoriels des Bilatérales I* »²²³ ou encore « *En conclusion, les cantons sont convaincus que le rejet de l'extension de l'accord sur la libre circulation des personnes et les incidences de l'abrogation de tous les accords sectoriels en vertu de l'application de la clause « guillotine » entraîneraient une grave déstabilisation des relations entre la*

²²⁰ Une telle hypothèse ne peut plus se réaliser. Le Parlement suisse a approuvé la reconduction de l'ALCP et le protocole II, le 13 juin 2008 et l'acceptation par le peuple a eu lieu le 8 février 2009.

²²¹ L'article 25, paragraphe 2, de l'ALCP prévoit que « *Le présent accord est conclu pour une période initiale de sept ans. Il est reconduit pour une durée indéterminée à moins que la Communauté européenne ou la Suisse ne notifie le contraire à l'autre partie contractante, avant l'expiration de la période initiale. En cas de notification, les dispositions du paragraphe 4 s'appliquent* ».

²²² L'article 218 du traité FUE prévoit des dispositions spécifiques pour la suspension d'accords internationaux auxquels l'Union est partie, mais ne prévoit aucune règle en matière de dénonciation des accords. Toutefois, il paraît logique, sur la base du respect du principe du parallélisme des formes, d'admettre que les règles procédurales applicables en matière de conclusion, devraient trouver à s'appliquer en cas de dénonciation des accords.

²²³ Message portant approbation du protocole à l'accord entre la Suisse et la CE sur la libre circulation des personnes, du 1er octobre 2004, FF 2004 5523, 5530.

Suisse et l'UE, ce qui aurait notamment des conséquences négatives considérables, en particulier pour l'économie suisse »²²⁴.

Dans le message du Conseil fédéral de 2008, les termes utilisés étaient similaires : « *Les accords bilatéraux I sont liés juridiquement. Si l'un d'entre eux est dénoncé ou s'il n'est pas prolongé, tous les accords cessent automatiquement d'être applicables six mois après la réception de la notification. La non-reconduction de l'ALCP par la Suisse ébranlerait par conséquent tout l'édifice* »²²⁵. La question de la dénonciation de l'ALCP, de l'application de la clause « guillotine » et de ses conséquences est récurrente. Elle ne manquera d'ailleurs pas de se poser à nouveau à l'occasion de l'extension de l'application de l'ALCP à la Croatie.

B. Mécanisme de fonctionnement de la clause « guillotine »

L'article 25, paragraphe 4, de l'ALCP contient la clause « guillotine »²²⁶. En vertu de celle-ci, la non-reconduction ou la dénonciation de l'ALCP met fin aux six autres accords conclus dans le cadre des Bilatérales I, six mois après la réception de la notification de la non-reconduction ou de la dénonciation. Les dispositions finales des autres accords bilatéraux I prévoient la même clause²²⁷.

Sont ainsi concernés:

- l'accord sur certains aspects relatifs aux marchés publics;
- l'accord sur la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité;
- l'accord relatif aux échanges de produits agricoles;
- l'accord sur le transport aérien;
- l'accord sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route; et
- l'accord sur la coopération scientifique et technique²²⁸.

Conformément à l'article 25, un automatisme est prévu entre la notification de la dénonciation de l'ALCP et la fin de l'application des autres accords, exprimé

²²⁴ Idem, FF 2004 5523, 5545.

²²⁵ Message concernant la reconduction de l'accord sur la libre circulation des personnes et son extension à la Bulgarie et la Roumanie, du 14 mars 2008, FF 2808, 1927, 1934.

²²⁶ L'article 25, paragraphe 4, se lit : « Les sept accords mentionnés dans le paragraphe 1 cessent d'être applicables six mois après la réception de la notification relative à la non-reconduction visée au paragraphe 2 ou à la dénonciation visée au paragraphe 3 ».

²²⁷ Dans le Message relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE du 23 juin 1999 relatif aux accords bilatéraux I, il est précisé que « L'exigence du parallélisme approprié entre les sept accords résulte de l'appréciation communautaire selon laquelle seul l'ensemble de ces accords correspond à l'intérêt mutuel de la Suisse et de l'UE. Par conséquent, soit les sept accords sont conclus et approuvés, et ils entrent en vigueur simultanément, soit le refus d'un seul accord fait obstacle à l'entrée en vigueur des six autres accords. L'UE a également posé la condition qu'en cas d'extinction d'un des sept accords, les six autres cessent d'être applicables », FF 1999, 5467.

²²⁸ La durée de validité de l'accord sur la recherche, qui était partie intégrante des Bilatérales I, a été limitée à la durée des programmes-cadres de recherche. L'accord consécutif portant sur une participation au septième programme-cadre de recherche (2007 à 2013) ne tombe plus sous le coup de la clause guillotine. Cependant, la décision de l'Union européenne concernant l'approbation de l'accord sur la recherche prévoit que celui-ci ne serait pas prorogé en cas de non-reconduction ou de dénonciation des accords bilatéraux I. Voir l'article 3 de la décision n° 2008/270 du Conseil et de la Commission, du 25 février 2008, concernant la conclusion, au nom de la Communauté européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique, de l'accord de coopération scientifique et technologique entre la Communauté européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, JO L 86 du 28.3.2008, p. 25.

simplement par l'expiration d'une période de 6 mois, à compter de la réception de la notification. La règle énoncée dans cette disposition est claire et transparente. Il convient de rappeler, dans ce contexte, que la Suisse avait tenté, lors des négociations des bilatérales I, d'assouplir la clause « guillotine » en demandant que la dénonciation d'un accord ne puisse prendre effet avant une période de douze mois dont six mois de consultations au sein du comité mixte et que ce dernier puisse déterminer quels sont les accords qui sont suspendus ou qui cessent d'être en vigueur à la suite de la dénonciation d'un accord²²⁹. La Commission européenne et les Etats membres avaient toutefois refusé un tel assouplissement.

Le déclenchement de la clause guillotine suite à une dénonciation de l'ALCP est donc tout à fait vraisemblable. Il suffit que la Suisse ou l'Union européenne dénonce un des accords de la série des Bilatérales I pour que le mécanisme de l'article 25, paragraphe 4, soit enclenché. Aussi cette hypothèse doit-elle être prise en considération dans le cas où la Suisse serait obligée de dénoncer l'ALCP suite à l'acceptation de l'une ou de l'autre initiative sous examen après avoir tenté, sans succès, de renégocier l'ALCP avec l'Union européenne. Elle doit aussi être prise en compte dans le cas où l'Union européenne, considérant que l'acceptation de l'une ou de l'autre des initiatives par le peuple et les cantons suisses anéantit l'essence même de l'ALCP, déciderait de dénoncer l'accord. Les cinq autres accords des Bilatérales I cesseraient de s'appliquer 6 mois après la notification de la dénonciation. L'accord sur la coopération scientifique et technique de 2007 pourrait aussi être concerné même s'il n'est pas *stricto sensu* rattaché à la clause guillotine, compte tenu de la décision du Conseil et de la Commission de 2008, laquelle prévoit que cet accord ne serait pas prorogé en cas de non-reconduction ou de dénonciation des accords bilatéraux I²³⁰. Le risque existe donc également pour cet accord même s'il ne contient pas formellement une disposition telle que celle de l'article 25, paragraphe 4, de l'ALCP.

En revanche, la clause « guillotine » ne se trouve pas dans les accords relevant des Bilatérales II. Il n'y a pas non plus de lien formel entre les accords bilatéraux de 1999 et ceux de 2004. Toutefois, la dénonciation de l'ALCP ne serait pas, à notre avis, sans conséquence sur l'accord d'association de la Suisse à Schengen (AAS), car la mise en œuvre de ce dernier accord est étroitement liée à la libre circulation des personnes.

Compte tenu du lien matériel entre l'AAS et la libre circulation des personnes garantie par l'ALCP, une éventuelle dénonciation de ce dernier pourrait avoir un effet indirect sur l'existence et la continuation de l'application de l'AAS dans les relations bilatérales entre la Suisse et l'Union européenne, et conséquemment sur l'accord d'association de la Suisse à Dublin²³¹, car ce dernier est juridiquement lié à l'AAS²³².

²²⁹ Daniel Felder, *Appréciation juridique et politique du cadre institutionnel et des dispositions générales des accords sectoriels*, in : D. Felder/Ch. Kaddous (éd.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Dossier de droit européen n° 8, Bâle/Bruxelles (Helbing & Bruylant), p. 117-149, p. 124.

²³⁰ Article 3 de la décision de l'Union européenne du 25 février 2008, JO L 86 du 28.3.2008, p. 25.

²³¹ Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite en Suisse ou dans un Etat membre, RS 0.142.392.68.

²³² Si l'un des deux accords est dénoncé, l'autre sera automatiquement considéré comme tel, voir l'article 17, paragraphe 2, de l'accord Schengen et l'article 16, paragraphe 2, de l'accord Dublin.

Dans une telle hypothèse d'effets en cascade, l'ensemble de la coopération envisagée dans ces deux accords prendrait fin. Cela signifierait notamment la fin de l'accès aux diverses banques de données prévues dans ces accords, en particulier les SIS, VIS, et Eurodac; la fin de l'utilisation des facilitations dans le domaine de la coopération instaurée dans ces deux accords : dans le domaine des visas (fin du visa Schengen et restauration du mécanisme des visas suisses), dans le domaine de l'asile, où la Suisse participe au système de répartition des charges en matière d'asile sur la base de l'AAD, la réintroduction des contrôles systématiques aux frontières suisses, qui ne seraient plus des frontières intérieures mais des frontières extérieures à l'espace Schengen, avec la réapparition vraisemblable des désagréments liés aux attentes aux frontières terrestres entre la Suisse et ses voisins, comme le pays l'a vécu sporadiquement par le passé.

La question des effets de la dénonciation de l'ALCP peut aussi se poser par rapport à la Convention AELE. Si l'ALCP devait être dénoncé, la Convention AELE de 1960²³³ continuerait d'être applicable entre la Suisse et ses partenaires de l'AELE, à savoir la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein. Cette Convention, qui a été révisée suite à la conclusion des accords bilatéraux I entre la Suisse et l'Union européenne, ne contient aucune disposition qui la lie formellement à ceux-ci. La dénonciation de l'ALCP n'aurait donc pas d'impact direct sur l'application de la Convention. La nouvelle situation qui résulterait de la dénonciation de l'ALCP et du maintien de la Convention AELE, engendrerait une différence de traitement entre les ressortissants des Etats membres de l'Union et ceux de l'AELE sur territoire suisse, ces derniers continuant de bénéficier des avantages de la libre circulation. Cependant, les textes des initiatives sont également contraires à la Convention AELE, laquelle devrait être renégociée en cas d'acceptation des textes par le peuple et les cantons suisses.

Conclusions

I. L'examen de l'initiative « contre l'immigration de masse » et de l'initiative ECOPOP a démontré un certain nombre d'incompatibilités avec les dispositions de l'ALCP. Il convient toutefois de souligner que certains droits garantis dans l'ALCP ne sont pas touchés par les initiatives. On dresse ci-après brièvement les résultats de cette analyse en relation avec chacun des droits examinés:

- Les deux initiatives sont contraires à la **clause de *stand still*** de l'article 13 de l'ALCP, car elles instaurent de nouvelles mesures restrictives à la libre circulation des ressortissants des Etats membres de l'Union européenne, garantie par l'ALCP.
- L'étude a démontré une relation différente des deux initiatives avec le **principe d'égalité de traitement**, qui trouve son expression générale à l'article 2 de l'ALCP. Ce principe est concrétisé à l'article 7, point a, de l'ALCP, lequel précise que le droit à l'égalité de traitement avec les nationaux en ce qui concerne l'accès à une activité économique et son exercice ainsi que les conditions de vie, d'emploi et de travail doit être garanti par les parties contractantes. Il est

²³³ Convention, du 4 janvier 1960, instituant l'Association européenne de libre-échange, RS 0.632.31.

notamment repris dans les articles 9 (travailleurs salariés), 15 (travailleurs indépendants) et 19 (prestataires de services) de l'annexe I.

L'initiative « contre l'immigration de masse » contrevient au principe d'égalité de traitement en voulant notamment instaurer la règle de la préférence nationale, laquelle constitue une discrimination fondée sur la nationalité interdite par l'ALCP.

L'initiative ECOPOP, quant à elle, ne viole pas le principe d'égalité de traitement *stricto sensu*, car elle n'instaure pas de discriminations entre les ressortissants suisses et les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne, une fois que ceux-ci séjournent légalement sur le territoire suisse.

- Aucune des deux initiatives ne contrevient **au droit d'entrée**, garanti à l'article 3 de l'ALCP. Les deux textes n'envisagent *a priori* pas d'introduire l'exigence d'un visa d'entrée ni d'obligation équivalente pour les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne.
- Les deux initiatives contreviennent au **droit de séjour et d'accès à une activité économique**, inscrit à l'article 4 de l'ALCP et à l'article 2, de l'annexe I, mais dans des termes différents.

L'initiative « contre l'immigration de masse » viole lesdites dispositions de l'ALCP car elle vise à introduire de nouvelles restrictions quantitatives pour les diverses catégories de personnes concernées par l'ALCP.

L'initiative ECOPOP, qui ne viserait qu'à limiter les séjours des ressortissants étrangers d'une durée égale ou supérieure à 12 mois, ne porterait atteinte aux droits des ressortissants des Etats membres de l'Union européenne que si ceux-ci envisageaient d'exercer une activité économique en Suisse pour une durée égale ou supérieure à 12 mois.

- Les deux initiatives contreviennent au **droit d'accès et d'exercice d'une activité salariée**, inscrit à l'article 1, points a et d, de l'ALCP et aux articles 6 à 11 de l'annexe I, mais dans des termes différents.

L'initiative « contre l'immigration de masse » viole lesdites dispositions de l'ALCP en instaurant des contingents pour la catégorie des travailleurs salariés, et en créant des discriminations entre travailleurs suisses et travailleurs ressortissants des Etats membres de l'Union européenne dans toute une série de droits attachés au statut de travailleur.

L'initiative ECOPOP viole également lesdites dispositions de l'ALCP, mais en principe uniquement en ce qui concerne les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne qui souhaiteraient exercer une activité salariée d'une durée égale ou supérieure à 12 mois. Ceux qui souhaiteraient exercer une activité d'une durée plus courte ne sont en principe pas touchés par l'initiative. En outre, les autres droits attachés au statut de travailleur, résultant de l'ALCP, ne sont pas modifiés par l'initiative. Celle-ci n'envisage pas de créer de discriminations entre travailleurs suisses et travailleurs ressortissants des Etats membres de l'Union européenne, une fois le statut de travailleur acquis par ces derniers.

- Les deux initiatives contreviennent au **droit d'accès et d'exercice d'activités non salariées**, inscrit à l'article 1, lettres a et d, à l'article 4 de l'ALCP et aux articles 12 à 16 de l'annexe I, mais dans des termes différents.

L'initiative « contre l'immigration de masse » viole lesdites dispositions de l'ALCP en instaurant des contingents pour la catégorie des travailleurs indépendants, et en créant des discriminations entre ressortissants suisses et ressortissants des Etats membres de l'Union européenne dans toute une série de droits attachés au statut de travailleur indépendant.

L'initiative ECOPOP viole également lesdites dispositions de l'ALCP, mais en principe uniquement en ce qui concerne les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne qui souhaiteraient exercer une activité non salariée d'une durée égale ou supérieure à 12 mois. Ceux qui souhaiteraient exercer une activité d'une durée plus courte ne seraient en principe pas touchés par l'initiative. En outre, les autres droits attachés au statut de travailleur indépendant, résultant de l'ALCP, ne sont pas modifiés par l'initiative. Celle-ci n'envisage pas de créer de discriminations entre ressortissants suisses et ressortissants des Etats membres de l'Union européenne, une fois le statut de travailleur indépendant acquis par ces derniers.

- S'agissant de la **prestation de services**, une distinction doit être opérée entre les prestations de courte durée (qui ne dépasse pas 90 jours) et celles de durée plus longue.

Les deux initiatives visent à limiter l'immigration en Suisse. Elles n'ont donc en principe pas pour objectif de limiter la prestation de services de courte durée (qui ne dépasse pas 90 jours), garantie dans l'ALCP.

Toutefois, si l'initiative « contre l'immigration de masse » vise l'instauration de contingents pour des prestations de courte durée, elle serait en violation de l'article 5 de l'ALCP et de l'article 20, paragraphe 1, de l'annexe I. Si elle vise les prestataires de services d'une durée plus longue, elle pourrait contrevenir aux droits découlant de l'article 17, point b, et de l'article 20, paragraphe 2, de l'annexe I. Les droits des destinataires de services et des travailleurs détachés seraient aussi susceptibles d'être restreints par l'initiative.

L'initiative ECOPOP, qui a pour objectif de restreindre le nombre de séjours d'étrangers d'une durée égale ou supérieure à 12 mois, ne viserait en principe que les prestations de services d'une durée égale ou supérieure à 12 mois. En cela, elle violerait les droits octroyés par l'ALCP aux ressortissants des Etats membres de l'Union européenne en tant que prestataires de services sur la base des articles susmentionnés. Les droits des destinataires de services et des travailleurs détachés seraient aussi susceptibles d'être restreints par l'initiative.

- Les deux initiatives contreviennent au **droit de séjour des personnes sans activité économique**, garanti à l'article 6 de l'ALCP et aux articles 2 et 24 de l'annexe I en ce qu'elles visent aussi à limiter le droit de séjour des ressortissants des Etats membres de l'Union européenne, qui n'exercent pas d'activité économique, à savoir les étudiants, retraités et autres personnes sans activité

lucrative. Ici également, l'initiative ECOPOP ne viserait que les séjours d'une durée égale ou supérieure à 12 mois.

- Les deux initiatives contreviennent au **droit au regroupement familial**, garanti à l'article 7, points d et e, de l'ALCP et aux articles 1, 3 et 4 de l'annexe I.

L'initiative « contre l'immigration de masse » prévoit la possibilité de limiter, de manière générale, le regroupement familial pour les étrangers qui bénéficieraient d'un droit de séjour en Suisse.

L'initiative ECOPOP vise aussi à restreindre le droit des ressortissants des Etats membres de l'Union européenne, bénéficiant d'un droit de séjour en vertu de l'ALCP, de se faire accompagner des membres de leur famille, lorsqu'il s'agit de séjours d'une durée égale ou supérieure à 12 mois.

- Les deux initiatives contreviennent au **droit de demeurer**, garanti à l'article 7, point c, de l'ALCP et à l'article 4 de l'annexe I.

L'initiative « contre l'immigration de masse » vise à limiter le droit au séjour durable des étrangers. Cet objectif comprend nécessairement le droit de demeurer, qui est une expression du droit de séjour durable. Les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne qui souhaiteraient exercer leur droit de demeurer verraient leurs droits limités compte tenu des contingents qui seront mis en place.

L'initiative ECOPOP aurait les mêmes effets restrictifs sur le droit de demeurer que l'initiative « contre l'immigration de masse ».

- L'étude a démontré une relation différente des deux initiatives avec le **principe d'égalité de traitement**, inscrit à l'article 2 de l'ALCP et concrétisé d'une part, **en matière d'avantages sociaux** à l'article 9, paragraphe 2, de l'annexe I, et, d'autre part, **en matière de sécurité sociale** à l'article 8, point a, de l'ALCP.

L'initiative « contre l'immigration de masse » prévoit de limiter le droit aux prestations sociales pour les étrangers. Elle contrevient donc aux dispositions susmentionnées de l'ALCP.

L'initiative ECOPOP ne vise pas à restreindre les avantages sociaux ou les droits de sécurité sociale des ressortissants des Etats membres de l'Union européenne qui bénéficieraient d'un droit de séjour en Suisse. Elle ne contrevient donc pas en principe aux dispositions susmentionnées de l'ALCP.

- II. La clause de sauvegarde en raison d'une **perturbation grave du marché du travail**, inscrite dans l'acte d'adhésion de 2005 de la Bulgarie et de la Roumanie à l'Union européenne et qui a été invoquée par l'Espagne, n'est opérationnelle que pendant la période transitoire prévue par ledit acte d'adhésion. Les mesures restrictives proposées par l'Espagne ont été autorisées par la Commission européenne, compte tenu de la situation particulièrement difficile du marché du travail et de l'économie espagnole.

L'ALCP contient une clause de sauvegarde générale à l'article 14, paragraphe 2, qui peut être invoquée par une partie contractante, en dehors de la période transitoire, en cas de **difficultés sérieuses d'ordre économique ou social**.

Compte tenu de la situation économique globalement satisfaisante en Suisse, une possible activation de cette clause, à la demande de la Suisse, en vue de restreindre l'immigration, semble, à l'heure actuelle, inconcevable.

- III. La **renégociation de l'ALCP**, suite à l'acceptation par le peuple et les cantons suisses de l'une ou l'autre des initiatives, en vue d'y intégrer leur contenu, semble invraisemblable, car les mesures proposées par lesdites initiatives vont fondamentalement à l'encontre de l'esprit et des dispositions fondamentales de la libre circulation des personnes garantie par l'accord.
- IV. La **dénonciation de l'ALCP** aurait pour conséquence que les accords des Bilatérales I cesseraient de s'appliquer, conformément à la clause « guillotine », 6 mois après la notification de la dénonciation. L'accord sur la coopération scientifique et technique, bien que non formellement lié par la clause « guillotine », pourrait ne pas être prorogé. L'effet indirect de la dénonciation de l'ALCP sur une cessation de l'application des accords d'association de la Suisse à Schengen et Dublin ne pourrait être écarté.

Fait à Genève, le 29 septembre 2013.

Christine Kaddous