Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 111 (1992)

Artikel: La portée de l'article 4 de la Constitution fédérale en droit de la sécurité sociale

Autor: Duc, Jean-Louis / Greber, Pierre-Yves

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896428

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 18.08.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

La portée de l'article 4 de la Constitution fédérale en droit de la sécurité sociale

Rapport présenté par

JEAN-LOUIS DUC

Professeur à l'Université de Lausanne

PIERRE-YVES GREBER

Professeur à l'Université de Genève

Table des matières

Bibliographie

1. Introduction générale et au droit européen 487
   1.1. Objet du rapport 487
   1.2. L'apport de la Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) 489
   1.3. L'apport de la Charte sociale européenne et du Code européen de sécurité sociale (Conseil de l'Europe) 491
   1.4. L'apport du droit de la Communauté européenne 495
   1.5. Quelques éléments généraux sur l'article 4 Cst. 498

2. Mutualité, solidarité et article 4 Cst. 503
   2.1. Remarques liminaires 503
   2.2. Principe de la solidarité et principe d'assurance 506
   2.3. Solidarité par l'impôt 509
   2.4. Solidarité, mutualité et sanctions 510
   2.5. Principes de la mutualité dans la LAMA 511

3. Interdiction de l'arbitraire 514
   3.1. Généralités 514
   3.2. L'interdiction de l'arbitraire considérée au niveau de la norme 518
      3.2.1. Le contenu du principe 518
      3.2.2. Ordonnances fédérales d'exécution 521
      3.2.3. Dispositions de droit cantonal 526
      3.2.4. Directives de l'administration 527
      3.2.5. Recours de droit administratif et recours de droit public, contrôle abstrait et contrôle concret des normes 528
      3.2.6. En cas de procédure d'approbation des normes . . 530
   3.3. Application aux cas pratiques 532

4. Protection de la bonne foi 537
   4.1. Généralités 537
   4.2. Principe de la bonne foi proprement dit 539
      4.2.1. Remarques liminaires 539
      4.2.2. Le contenu du principe 542

4.2.3. L'application aux cas pratiques 547
4.3. Principe de la confiance 549
4.3.1. Le contenu du principe 549
4.3.2. L'application aux cas pratiques 550
4.4. Interdiction de l'abus de droit 552
4.4.1. Le contenu du principe 552
4.4.2. L'application aux cas pratiques 552

5. Principe de la proportionnalité 553
5.1. Le contenu du principe 553
5.2. L'application aux cas pratiques 557

6. L'égalité de traitement entre Suisses et non-Suisses 562
6.1. Généralités 562
6.1.1. Le problème 562
6.1.2. Les solutions envisageables 563
6.1.3. Les étapes suivantes de l'analyse 566
6.2. L'apport de l'article 4, alinéa 1, Cst. 567
6.2.1. Le principe constitutionnel de l'égalité s'applique-t-il aux ressortissants non suisses ? . . 567
6.2.1.1. Les droits fondamentaux s'appliquent-ils aux étrangers ? 567
6.2.1.2. La titularité du droit à l'égalité 568
6.2.2. L'admissibilité de restrictions à l'égalité pour les non-Suisses 573
6.2.2.1. Le contenu général du droit à l'égalité . . 573
6.2.2.2. L'admissibilité de restrictions à l'égard des non-Suisses en général 576
6.2.2.3. Synthèse des critères 578
6.2.2.4. L'admissibilité de restrictions à l'égard des non-Suisses en droit de la sécurité sociale 579
6.3. L'apport de l'article 7 du Traité instituant la Communauté économique européenne 584
6.3.1. La portée générale de l'article 7 du Traité CEE . . 585
6.3.2. La nature du droit à l'égalité 587
6.3.3. Le contenue du droit à l'égalité 587
6.3.4. L'application de l'article 7 du Traité CEE 589
6.3.4.1. Dans une compétence communautair . . . 589
6.3.4.2. Application autonome ou avec d'autres dispositions du Traité 591

6.3.4.3. L'application directe de l'art. 7 du Traité . 593
6.3.5. Le champ d'application personnel 594
6.3.6. La reprise de l'acquis communautaire par l'Accord EEE 595
6.4. L'apport de l'article 3 du Règlement (CEE) No 1408/71 . 596
6.4.1. La portée générale de l'article 3 du Règlement No 1408/71 597
6.4.1.1. L'égalité dans un cadre de coordination . 597
6.4.1.2. L'égalité dans le cadre communautaire . . 602
6.4.2. Le contenu du droit à l'égalité 603
6.4.2.1. La conception de l'égalité 603
6.4.2.2. L'interdiction des discriminations directes et indirectes 606
6.4.2.3. Autres aspects liés au contenu 611
6.4.3. L'application de l'art. 3 du Règlement No 1408/71 614
6.4.4. Le champ d'application personnel 616
6.4.4.1. *De lege lata* 616
6.4.4.2. Vers une, voire deux extensions du champ d'application personnel? 618
6.4.5. La reprise de l'acquis communautaire par l'EEE . 622

6.5. L'apport du droit européen émanant du Conseil de l'Europe 623
6.5.1. L'égalité dans la Charte sociale européenne 623
6.5.2. L'égalité dans le Code européen de sécurité sociale 626
6.5.3. L'égalité dans la Convention européenne de sécurité sociale 629

6.6. Le droit interne de la sécurité sociale et l'article 4, alinéa 1, Cst. 633
6.6.1. Remarques liminaires 633
6.6.2. Egalité et régime d'assurance-maladie 635
6.6.3. Autres régimes 640

6.7. L'apport des conventions liant la Suisse 642

6.8. Application à quelques cas pratiques 646

6.9. Evaluation et perspectives 651

7. Conclusion 654

Bibliographie

AUBERT, Gabriel/AUBRY GIRARDIN, Florence/BYRNE-SUTTON, Pascale (éd.): La protection de la santé et de la sécurité du travailleur: la Suisse face au droit de la Communauté européenne, Collection Le droit du travail en pratique, volume 2, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich 1991.

AUBERT, Jean-François: Traité de droit constitutionnel suisse, volume II, Editions Ides et Calendes, Neuchâtel, 1967.

IDEM: Traité de droit constitutionnel suisse, supplément 1967-1982, Editions Ides et Calendes, Neuchâtel, 1982.

AUER, Andreas: L'égalité dans l'illégalité, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, 1978, pp. 290 ss.

IDEM: La juridiction constitutionnelle en Suisse, Bâle et Francfort-sur-le Main, 1983.

AVENATI, Elena/Ghélew, André/Meuli, Alberto: Domicile et nationalité dans les différentes branches des assurances sociales suisses, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung 1981, pp. 241 ss.

BENDEL, Felix: Die Rechtsstellung des ausländischen Grenzgängers in der schweizerischen Alters-Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung 1980, pp. 1 ss.

BERENSTEIN, Alexandre: Etudes de droit social 1936- 1977, Hommage de la Faculté de Droit, Mémoires publiés par la Faculté de Droit de Genève, No 62, Georg, Genève 1979.

IDEM: La Suisse et le développement international de la sécurité sociale, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung 1981, pp. 161 ss.

IDEM: La solidarité dans les assurances sociales, in: Actes du colloque de Lausanne 1990 organisé par l'Institut de recherches sur le droit de la responsabilité civile et des assurances, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, La solidarité dans l'assurance-maladie, aujourd'hui. Et demain?, Lausanne, 1990, pp. 7 ss.

IDEM: La révision du Code européen de sécurité sociale, Aspects de la sécurité sociale, Bulletin de la FEAS, 2/1991, pp. 36 ss.

IDEM: Le principe de la solidarité, son application dans les assurances sociales en Suisse, in: Pratiques des solidarités, Réalités sociales, Lausanne, 1991, pp. 15 ss.

BEUTLER, Bengt/BIEBER, Roland/PIPKORN, Jörn/STREIL, Jochen; Die Europäische Gemeinschaft Rechtsordnung, und Politik, 3. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1987.

BOIS, Philippe: Réflexions sur l'assistance en 1978, Revue syndicale suisse, 1978, pp. 49 ss (également paru dans Etudes de droit social, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1991, pp. 217 ss).

IDEM: La décision dans le domaine des assurances sociales, in: Mélanges offerts à la Société suisse des juristes, Mémoires publiés par la Faculté de Droit de Genève, No 50, Georg, Genève, 1976 (également paru dans Etudes de droit social, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1991, pp. 191 ss).

IDEM: La Charte sociale européenne, son influence sur le droit suisse, Annuaire suisse de droit international volume XXXIII, 1977, pp. 9 ss.

BOSSCHER, Annette: La coordination des régimes de sécurité sociale dans la Communauté, in: EISS Yearbook 1989/Annuaire EISS 1989: Social Security and Europe 1992/La sécurité sociale et l'Europe 1992, Institut européen de sécurité sociale, Acco, Leuven/Anmersfoort 1990, pp. 27-43.

BOMBACH/KLEINEWEFERS/WEBER: Situation et problèmes de l'économie suisse 1978-1979, Rapport du groupe d'experts "Situation économique", Office central fédéral des imprimés, Berne, 1978.

BOULOUIS, Jean/CHEVALLIER, Roger-Michel: Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes, Tome 1, 5e édition, Dalloz, Paris, 1991, p. 83.

Bureau international du Travail: Introduction à la sécurité sociale, 3e édition, BIT, Genève 1986.

Bureau international du Travail: La sécurité sociale des travailleurs migrants, BIT, Genève 1974.

CARTOU, Louis: Communautés européennes, 9e édition, Précis Dalloz, Dalloz, Paris 1989.

CATALA, Nicole/BONNET, René: Droit social européen, Litec, Librairie de la Cour de Cassation, Paris 1991.

CEREXHE, Etienne: Le droit européeen, La libre circulation des personnes et des entreprises, avec la collaboration de J.-P. HANNEQUART, Nauwelaerts, Bruxelles 1979.

CHEVALLIER, Roger-Michel: Particularités de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en matière de droit social des travailleurs migrants, in: La jurisprudence sociale de la Cour de justice des Communautés européennes (Colloque avril 1977 de l'Université Jean-Moulin — Lyon III), Librairie Sociale et Economique, Paris 1978, pp. 5 ss.

Commentaire Mégret: Le droit de la CEE. Volume 3: Libre circulation des personnes, des services et des capitaux, transports. Par Jill AUSSANT, Raffaelo FORNASIER, Jean-Victor LOUIS, Jean-Claude SÉCHÉ, Sean VAN RAEPENBUSCH, 2e édition, Collection Etudes européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles 1990.

Commission des Communautés européennes (éd).): La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, Europe sociale [Bruxelles/Luxembourg], 1/90.

Commission des Communautés européennes: Premier rapport sur l'application de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, Europe sociale [Bruxelles/Luxembourg], 1/92.

Commission des Communautés européennes (éd.): L'année sociale 1991, Europe sociale [Bruxelles/Luxembourg], 2/92.

Conseil de l'Europe: Manuel du Conseil de l'Europe, Structure, fonctionnement, réalisations, Pedone, Paris 1970.

Conseil de l'Europe: Rapports explicatifs sur la Convention européenne de sécurité sociale et sur l'Accord complémentaire pour l'application de la Convention européenne de sécurité sociale, Conseil de l'Europe, Strasbourg 1973.

DE RUYT, Jean: L'Acte unique européen, Commentaire, Collection Etudes européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles 1987.

DUBOUIS, Louis/GUEYDAN, Claude: Grands textes de droit communautaire, 2e édition, Dalloz, Paris 1990.

DUC, Jean-Louis: Les tarifs médicaux, Imprimerie vaudoise, Lausanne, 1961.

IDEM: Les méthodes d'interprétation utilisées par le Tribunal fédéral des assurances, in: Les règles d'interprétation, principe communément admis par les juridictions, Enseignement de 3e cycle de droit 1988, Editions universitaires, Fribourg, 1989, pp. 179 ss.

IDEM: La protection offerte par l'assurance sociale au paraplégique réadapté, Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle, 1989, pp. 57 ss et 155 ss.

IDEM: A propos de solidarité dans l'assurance-maladie, Revue économique et sociale (RES), 1989, No 4, pp. 199 ss (également paru dans les Actes du colloque de Lausanne 1990 de l'Institut de recherches sur le droit de la responsabilité civile et des assurances — IRAL —, La solidarité dans l'assurance-maladie, aujourd'hui. Et demain? Lausanne, 1990, pp. 110 ss.

DUCOMMUN, Jean-Daniel: Légalité et bonne foi dans la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, in: Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne, 1977, pp. 249 ss.

DUPEYROUX, Jean-Jacques: Le droit à la sécurité sociale dans les déclarations et pactes internationaux, Droit social [Paris] 1960, pp. 365 ss.

IDEM: Droit de la sécurité sociale, 11e édition, Précis Dalloz, Dalloz, Paris 1988.

DURAND, Paul: Les équivoques de la redistribution du revenu par la sécurité sociale, Droit social (Paris), 1953 p. 292.

FEHRLIN, Wolfram: Die Rechtsgleichheit der Ausländer in der Schweiz. Berner Dissertation, Stämpfli, Berne 1952.

FISCHER, Peter/KÖCK, Heribert Franz: Europarecht einschliesslich des Rechtes supranationaler Organisationen, Prugg Verlag, Einsenstadt 1986.

FLEINER-GERSTER, Thomas: Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, Unter Mitarbeit von Josef Zurkirchen, 2. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich 1980.

GIACOMETTI, Zaccaria/FLEINER, Fritz: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Polygraphischer Verlag, Zurich 1949.

GILLIARD, François: Le Tribunal fédéral, interprète du droit privé, in: Les règles d'interprétation, principe communément admis par les juridictions, Enseignement de 3e cycle de droit 1988, Editions universitaires, Fribourg, 1989, pp. 167 ss.

GIORGIO, Hans: Les assurances sociales en Suisse, in: La Suisse économique et sociale, 1926.

GOSSERIES, Ph.: Sécurité sociale des travailleurs migrants CEE, Ses principes fondamentaux, Journal des tribunaux du travail [Bruxelles] 1988, pp. 169 ss.

GOSSWEILER, Martin: Die Verfügung im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, ASR, Heft 478, Stämpfli & Cie AG, Berne, 1983, pp. 171 ss.

GREBER, Pierre-Yves: Droit suisse de la sécurité sociale. Avec un aperçu de théorie générale et de droit international, Réalités sociales, Lausanne, 1982.

IDEM: Les principes fondamentaux du droit international et du droit suisse de la sécurité sociale, Réalités sociales, Lausanne, 1984.

IDEM: Aperçu sur la compatibilité de la sécurité sociale suisse avec le droit communautaire, Cahiers genevois de sécurité sociale, No 6-1990, pp. 49 ss.

IDEM: Les conventions bilatérales de sécurité sociale conclues par la Suisse, Cahiers genevois de sécurité sociale, No 1-1986, pp. 5-24.

IDEM: Sécurité sociale, in: Die Europaverträglichkeit des schweizerischen Rechts/Le droit suisse et le droit communautaire: Convergences et divergences, Publié par D. SCHINDLER, G. HERTIG, J. KELLENBERGER, D. THÜRER, R. ZÄCH, Collection de droit européen, volume 1, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich 1990, pp. 617-666.

GRISEL, André: Droit administratif suisse, Editions Ides et Calendes, Neuchâtel, 1970 (réimpr. 1975).

IDEM: Traité de droit administratif, Editions Ides et Calendes, Neuchâtel, 1984 (deux volumes).

GYGI, Fritz: Bundesverwaltungsrechtspflege, 2e édition, Berne, 1983.

IDEM: Verwaltungsrecht, Eine Einführung, Stämpfli, Berne 1986.

HAEFLIGER, Arthur: Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich, Zur Tragweite des Artikels 4 der Bundesverfassung, Stämpfli, Berne 1985.

IDEM: Der Gleichheitssatz im Verhältnis zu andern verfassungsmässigen Rechten und zur Europäischen Menschenrechtskonvention, in: Mélanges André Grisel, Publiés par J.-F. AUBERT et P. BOIS, Ides et Calendes, Neuchâtel 1983, pp. 79 ss.

HÄFELIN, Ulrich/HALLER, Walter: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Ein Grundriss, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich 1984.

HANGARTNER, Yvo: Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Zweiter Band: Grundrechte, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich 1980.

HOTTELIER, Michel: La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, Contribution à l'étude des droits fondamentaux, Collection juridique romande, Payot, Lausanne 1985.

HUBER, Hans: Die Grundrechte der Ausländer in der Schweiz und ihre Rechtsquellen, in: Mélanges Henri Zwahlen, Association Henri Zwahlen pour le développement du droit administratif et du droit fiscal, Lausanne 1977, pp. 117 ss.

HUG, Markus: Der Ausländer als Grundrechtsträger, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Nr. 88, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich 1990.

IMBODEN, Max/RHINOW, René: Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I: Allgemeiner Teil. Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le Main 1986.

ISAAC, Guy: Droit communautaire général, 2e édition, Collection Droit-Sciences Economiques, Masson, Paris 1989.

JACOT-GUILLARMOD, Olivier: Strasbourg, Luxembourg, Lausanne, Lucerne: Méthodes d'interprétation comparées de la règle internationale conventionnelle, in: Les règles d'interprétation, Collection Enseignements du 3e cycle de droit, volume 9, Editions Universitaires de Fribourg, Fribourg 1989, pp. 109 ss.

IDEM: L'ordre juridique suisse face à l'ordre juridique communautaire: aspects normatifs et judiciaires, in: Die Europaverträglichkeit des schweizerischen Rechts/Le droit suisse et le droit communautaire: convergences et divergences, Publié par D. SCHINDLER, G. HERTIG, J. KELLENBERGER, D. THÜRER, R. ZÄCH, Collection de droit européen, volume 1, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich 1990, pp. 1-20.

Jurisprudence sociale de la Cour de justice des Communautés européennes, Colloque, Montpellier, 21 avril 1989, Droit social [Paris], juillet-août 1989, pp. 523 ss.

KAISER, Ernst: Les aspects économiques et sociaux de l'AVS, Revue syndicale suisse, 1966, pp. 273 ss.

IDEM: Les possibilités et les limites d'une solidarité conçue dans le cadre des générations et des revenus, RCC 1971, pp. 217 ss.

KNAPP, Blaise: Précis de droit administratif, 4e édition, Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1991 (3e édition, Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1988).

IDEM: L'article 113 alinéa 3 Cst., l'interprétation des lois fédérales et le Tribunal fédéral, in: Les règles d'interprétation, Collection Enseignements du 3e cycle de droit, volume 9, Editions Universitaires de Fribourg, Fribourg 1989, pp. 197 ss.

La Charte sociale européenne, Dix années d'application, Colloque organisé les 14 et 15 octobre 1976 par l'Institut d'Etudes Européennes, Université Libre de Bruxelles, Bruxelles 1978.

LAROQUE, Pierre: Article 12, Droit à la sécurité sociale, in: La Charte sociale européenne, Dix années d'application, Institut d'Etudes Européennes, Université Libre de Bruxelles, Bruxelles 1978, pp. 162-166.

IDEM: L'Organisation internationale du travail et la sécurité sociale, Revue internationale du travail 1969, pp. 513 ss.

LAROQUE, Pierre/ABEL-SMITH, Brian/BOROWCZYK, Ewa/COHEN, Wilbur/DÉJARDIN, Jérôme/OSBORNE, John/DA SILVA LEAL, António/TRIER, Adam/WELDKAMP, Gérard/WOODHOUSE, Owen: La sécurité sociale à l'horizon 2000, Rapport présenté au Directeur général du Bureau international du Travail, Bureau international du Travail, Genève 1984.

LYON-CAEN, Gérard/LYON-CAEN, Antoine: Droit social international et européen, 7e édition, Dalloz, Paris 1991, pp. 289 ss.

MANFRINI, Pierre-Louis: Nature et effets juridiques des ordonnances administratives, Mémoires publiés par la Faculté de Droit de Genève, No 58, Georg, Genève, 1978.

MARTI BUFILL, Carlos: Les conventions sur la sécurité sociale et le rôle joué par l'OIT dans l'établissement de normes, Revue internationale de sécurité sociale 1969, pp. 538 ss.

MARZIALE, Franco: La sécurité sociale, l'assistance sociale et médicale en faveur des travailleurs migrants dans les instruments du Conseil de l'Europe, Revue belge de sécurité sociale (Bruxelles), 1973, pp. 37 ss.

MAURER, Alfred: Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Berne, Stämpfli, 1979.

IDEM: Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Band II, Besonderer Teil (Sozialversicherungszweige), Berne, Stämpfli, 1981.

IDEM: Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, Berne, Stämpfli, 1985.

MÉGRET, Jacques/LOUIS, Jean-Victor/VIGNES, Daniel/WAELBROECK, Michel: Le droit de la Communauté économique européenne, Commentaire du Traité et des textes pris pour son application, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles 1971/1973.

MERCIER, Pierre/JACOT-GUILLARMOD, Olivier: La libre circulation des personnes et des services, Dossier de droit européen No 1, Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le Main 1991.

Message concernant trois conventions de l'Organisation internationale du Travail et du Conseil de l'Europe relatives à la sécurité sociale, du 17 novembre 1976, FF 1976 III 1345.

Message concernant la Charte sociale européenne, du 13 juin 1983, FF 1983 II 1273.

MEYER, Jean: Le statut des travailleurs immigrés dans la sécurité sociale suisse, Nouvelle littérature juridique, Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur- le Main 1990.

MEYER-BLASER, Ulrich: Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht, ASR, Heft 494, Stämpfli, Berne, 1985.

MOOR, Pierre: Droit administratif, volume I, Les fondements généraux, volume II, Les actes administratifs et leur contrôle, Stämpfli, Berne, 1988 et 1991.

MOSER, Hans Peter: Die Rechtsstellung des Ausländers in der Schweiz, Rapports et communications à la Société suisse des juristes, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 1967.

MOTTA, Christoforo: Die Schweiz und die internationale Zusammenarbeit auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung, 1976, pp. 233 ss.

IDEM: Die Schweiz und die internationale Zusammenarbeit auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung 1977, pp. 233 ss.

MÜLLER, Georg: Commentaire de la Constitution Fédérale de la Confédération Suisse du 29 mai 1874, J.-F. AUBERT, K. EICHENBERGER, J.-P. MÜLLER, R.A. RHINOW, D. SCHINDLER (éditeurs), Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich/Stämpfli, Berne, article 4.

MÜLLER, JÖRG PAUL: Commentaire de la Constitution Fédérale de la Confédération Suisse du 29 mai 1874, J.-F. AUBERT, K. EICHENBERGER, J.-P. MÜLLER, R.A. RHINOW, D. SCHINDLER (éditeurs), Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich/Stämpfli, Berne, Introduction aux droits fondamentaux.

IDEM: Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux, traduit par M. HOTTELIER, L. MADER et M. ROSSINELLI, Stämpfli, Berne, 1983.

MULLER, Pierre: Le principe de la proportionnalité, Rapports et communications de la Société suisse des juristes, 112e année, 1978, Helbing & Lichtenhahn, Bâle.

NEF, Hans: Egalité devant la loi, Fiches juridiques suisses, No 546, Genève 1942.

Office fédéral des assurances sociales: Une convention internationale concernant la norme minimum de la sécurité sociale, RCC 1954 157, 207, 284.

Office fédéral des assurances sociales: Les conséquences du traité sur l'Espace économique européen en matière de sécurité sociale. RCC 1992, pp. 50-53.

PANAYOTOPOULOS, Marios: La sécurité sociale des travailleurs migrants, Etude sur les règlements de la CEE et la situation en Suisse, Etudes suisses de droit européen, volume 9, Centre d'études juridiques européennes, Genève, Georg, Genève 1973.

PERRIN, Guy: L'action de l'Organisation internationale du travail en faveur de la coordination et de l'harmonisation des législations de sécurité sociale, Revue belge de sécurité sociale 1969, août-septembre, pp. 76 ss.

IDEM: La sécurité sociale des étrangers et des migrants selon les instruments de l'Organisation internationale du Travail. Revue belge de sécurité sociale 1991, No 3, pp. 1 ss.

IDEM: Le rôle de l'Organisation internationale du travail dans l'harmonisation des conceptions et des législations de sécurité sociale, Droit social, Paris, 1970, pp. 457 ss.

IDEM: Les fondements du droit international de la sécurité sociale, Droit social, Paris, 1974.

IDEM: La Convention européenne dans le contexte des instruments internationaux de coordination des législations de sécurité sociale, Revue internationale de sécurité sociale, 1978, p. 316.

IDEM: L'influence de la Cour de justice des Communautés européennes sur la coordination internationale des législations de sécurité sociale, in: La jurisprudence sociale de la Cour de justice des Communautés européennes (Colloque avril 1977 de l'Université Jean-Moulin — Lyon III), Librairie Sociale et Economique, Paris, 1978.

IDEM:Pour une sécurité sociale sans frontières. Deux nouveaux instruments de l'Organisation internationale du travail (OIT), Revue belge de sécurité sociale (Bruxelles), 1984, pp. 505 ss.

IDEM: La sécurité sociale dans la perspective du Marché intérieur unique de la Communauté économique européenne, Cahiers genevois de sécurité sociale, No 6, 1990, pp. 3 ss.

IDEM: Un nouvel instrument multilatéral pour la protection des travailleurs migrants, La Convention européenne de sécurité sociale, Revue belge de sécurité sociale 1973, No 1, pp. 1 ss.

PHILIP, Christian: Droit social européen, Collection Droit-Sciences économiques, Masson, Paris 1985.

PICOT, François: La bonne foi en droit public, Rapports et communications de la Société suisse des juristes, 111e année, 1977, Helbing & Lichtenhahn, Bâle.

PRÉTOT, Xavier: Le droit social européen, Collection "Que sais-je?" Presses Universitaires de France, Paris 1990.

IDEM: La protection sociale des travailleurs qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, in: Jurisprudence sociale de la Cour de justice des Communautés européennes, Colloque, Montpellier, 21 avril 1989, Droit social [Paris], juillet-août 1989, pp. 565 ss.

Rapport sur la question d'une adhésion de la Suisse à la Communauté européenne, du 18 mai 1992 (92.053), FF 1992 III 1125.

RAYMOND, Jean: La Suisse devant les organes de la Convention européenne des droits de l'homme, Rapports et communications de la Société suisse des juristes, 113e année, 1979, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, pp. 3 ss.

RIZZO, Fabrice: La jurisprudence sociale de la Cour de justice des Communautés européennes, Institut de droit des affaires, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence 1991.

SALADIN, Peter: Grundrechte im Wandel, 3e édition, Stämpfli, Berne 1982.

SAMELI, Katharina: Treu und Glauben im öffentlichen Recht, Rapports et communications de la Société suisse des juristes, 111e année, 1977, Helbing & Lichtenhahn, Bâle.

SAXER, Arnold: La Sécurité sociale suisse, éditions P. Haupt, Berne, 1964.

IDEM: Die Soziale Sicherheit in der Schweiz, 4e édition allemande, Paul Haupt, Berne/SKV, Zurich, 1977, pp. 244-246.

SPIRA, Raymond: Le contrôle juridictionnel des ordonnances administratives en droit fédéral des assurances sociales, in: Mélanges André Grisel, publiés par Jean-François AUBERT et Philippe BOIS, Ides et Calendes, Neuchâtel, 1983.

IDEM: L'application du droit international de la sécurité sociale par le juge, in: Mélanges Alexandre Berenstein, Lausanne, 1989, pp. 471 ss.

TANTAROUDAS, Charilaos: La protection juridique des travailleurs migrants de la CEE en matière de Sécurité sociale et la jurisprudence de la Cour des Communautés, Collection Etudes juridiques, série Droit social, Economica, Paris 1976.

THÜRER, Daniel: Das Willkürverbot nach Art. 4 BV, Rapports et communications de la Société suisse des juristes, 121e année, 1987, Helbing & Lichtenhahn, Bâle.

TSCHUDI, Hans Peter: La Constitution sociale de la Suisse (L'Etat social), traduction Isabelle Houriet, Documents de l'Union syndicale suisse, Berne, 1987.

VALTERIO, Michel: Droit et pratique de l'assurance-invalidité, Les prestations, Commentaire systématique et jurisprudentiel, Réalités sociales, Lausanne, 1985.

IDEM: Commentaire de la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants, tome II, Les prestations, Réalités sociales, Lausanne, 1988.

VALTICOS, Michel: Droit international du travail, 2e édition, in: Droit du travail, publié sous la direction de G.H. CAMERLYNCK, Dalloz, Paris 1983.

VAN RAEPENBUSCH, Sean: L'applicabilité matérielle du Règlement (CEE) No 1408/71 en matière de sécurité sociale des travailleurs migrants, Journal des tribunaux du travail [Bruxelles] 1986, pp. 369 ss.

VOGEL-POLSKY, Eliane: L'Acte unique ouvre-t-il l'espace social européen? Droit social (Paris), 1989, p. 177.

VOGEL-POLSKY, Eliane/VOGEL, Jean: L'Europe sociale 1993: Illusion, alibi ou réalité? Etudes européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1991.

VILLARS, Charles: Le Code européen de sécurité sociale et le Protocole additionnel, Etudes suisses de droit européen, volume 23, Centre d'études juridiques européennes, Genève, Georg, Genève 1979.

IDEM: La Convention européenne de sécurité sociale et la Suisse, Etudes suisses de droit européen, volume 17, Centre d'études juridiques européennes, Genève, Georg, Genève 1975.

VIRET, Bernard: L'assujettissement et le droit aux prestations des étrangers dans quelques assurances sociales suisses, in: Les étrangers en Suisse, Recueil de travaux publié par la Faculté de droit à l'occasion de l'assemblée de la Société suisse des juristes à Lausanne, du 1er au 3 octobre 1982, Université de Lausanne, Lausanne 1982, pp. 97-111.

VOIRIN, Michel: Sécurité sociale et Marché intérieur européen. Quelles mesures communautaires pour faire face à l'échéance de 1993 ? Revue internationale de sécurité sociale 1991, pp. 49 ss.

IDEM: L'organisation administrative de la sécurité sociale, un enjeu social et politique, Bureau international du Travail, Genève 1991.

WEBER-DÜRLER, Beatrice: Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1983.

WERTENSCHLAG, Rudolf: Grundrechte der Ausländer in der Schweiz, Eine Studie zu Entwicklung und Zustand der politischen Freiheit im Bundesstaat, Basler Studien zur Rechtswissenschaft (Reihe B, Band 6), Helbing & Lichtenhahn, Bâle1980.

WILDHABER, Luzius: Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, Rapports et communications de la Société suisse des juristes, 113e année, 1979, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, pp. 231 ss.

YERSIN, Danielle: Le statut des étrangers dans les projets législatifs d'harmonisation fiscale. in: Les étrangers en Suisse, Recueil de travaux publié par la Faculté de droit à l'occasion de l'assemblée de la Société suisse des juristes à Lausanne, 1982. Université de Lausanne. Lausanne 1982, pp. 293 ss.

ZIEGLER, Hans: Versicherungs - und Solidaritätsprinzip im schweizerischen und im französischen Sozialrecht vorwiegend dargestellt am Leistungssystem der schweizerischen und der französischen Alters- und Hinterbliebenenversicherung, thèse de Berne, Librairie Droz, Genève, et Librairie Minard, Paris, 1958

ZIMMERLI, Ulrich: Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, Rapports et communications de la Société suisse des juristes, 112e année, 1978, Helbing & Lichtenhahn, Bâle.

A paraître chez Helbing & Lichtenhahn, une étude de la Société suisse de droit des assurances: Das Verschulden im Versicherungs- und Haftpflichtrecht, La faute en relation avec le début et la fin du rapport d'assurance ainsi qu'avec la survenance du dommage

1. Introduction générale et au droit européen[1]

1.1. Objet du rapport

1. L'*objet* du présent rapport consiste à analyser certains aspects de la portée de l'article 4 de la Constitution fédérale (Cst.) en droit suisse de la sécurité sociale. Les auteurs n'appartiennent pas à la grande famille des constitutionnalistes et le lecteur ne saurait ainsi s'attendre à découvrir de savants développements sur l'article 4 Cst., voire des nouveautés sur une disposition aussi fondamentale de l'ordre juridique suisse, brillamment commentée par une doctrine faisant autorité.[2] Les deux présentateurs de cette étude, bien plus modestement, ne sont que *spécialistes du droit de la sécurité sociale*. Mais il se trouve que cette discipline, relativement

---

1 L'ampleur du sujet est telle que nous devrons nous contenter d'aborder quelques questions. Notre choix a notamment été dicté par l'existence ou l'inexistence d'études ayant pour objet les problèmes entrevus. Nous avons renoncé à traiter les garanties de procédure tirées de l'article 4 Cst., en raison du rapport demandé à M. le Juge fédéral Ulrich MEYER. Pour les mêmes raisons, nous sommes très loin d'avoir mentionné tous les arrêts du Tribunal fédéral des assurances qui auraient pourtant mérité d'être signalés. Il en va de même des références aux nombreux auteurs qui ont commenté l'article 4 Cst. ainsi que de la bibliographie (les ouvrages cités contiennent eux-mêmes des bibliographies plus importantes). Notre choix a aussi été influencé par le fait que plusieurs rapports ont déjà été présentés à la Société suisse des juristes dans les domaines soumis à notre réflexion: Daniel THÜRER, Das Willkürverbot nach Art. 4 BV, Rapports et communications de la Société suisse des juristes, 121e année, 1987, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, pp. 413 ss; Ulrich ZIMMERLI, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, Rapports et communications de la Société suisse des juristes, 112e année, 1978, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, pp. 1 ss; Pierre MULLER, Le principe de la proportionnalité, Rapports et communications de la Société suisse des juristes, 112e année, 1978, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, pp. 197 ss; François PICOT, La bonne foi en droit public, Rapports et communications de la Société suisse des juristes, 111e année, 1977, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, pp. 115 ss; Katharina SAMELI, Treu und Glauben im öffentlichen Recht, Rapports et communications de la Société suisse des juristes, 111e année, 1977, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, pp. 287 ss.

2 Nous nous bornerons à rappeler ici l'exposé magistral de Georg MÜLLER, ad article 4 Cst., dans le nouveau Commentaire de la Constitution Fédérale de la Confédération Suisse du 29 mai 1874, J.-F. AUBERT, K. EICHENBERGER, J.-P. MÜLLER, R.A. RHINOW, D. SCHINDLER (éditeurs), Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich/Stämpfli, Berne (ci-après, nouveau Commentaire).

jeune[3], est *interpellée* d'une façon qui n'est pas inintéressante par l'article 4 Cst. La matière est vaste, et nous avons voulu une approche qui soit susceptible d'être utile tant au praticien qu'au chercheur. Dans une telle perspective, certains sujets ont été sélectionnés, qui feront l'objet de quelques commentaires — certainement imparfaits et lacunaires — après cette introduction. Ce sont les suivants:

- mutualité, solidarité et article 4 Cst.;
- interdiction de l'arbitraire;
- protection de la bonne foi;
- principe de la proportionnalité;
- égalité entre Suisses et non-Suisses.

Nous avons dû, à regret, pour des raisons de place et de temps, renoncer à traiter de *l'égalité des droits entre femmes et hommes* dans le domaine de la sécurité sociale. C'est un sujet qui a donné lieu à une littérature importante, depuis plusieurs années, dans la perspective magistrale ouverte par la juge fédérale Margrith Bigler-Eggenberger (*Soziale Sicherung der Frau*, Berne 1979). Il revêt une actualité particulière dans la 10e révision de l'assurance-vieillesse et survivants. La prévoyance professionnelle a donné lieu à la jurisprudence et le débat est susceptible de prendre une tournure nouvelle, en cas de ratification de l'Accord sur l'Espace économique européen. En effet, les directives CEE et la jurisprudence de la Cour de Luxembourg (cf. note 463) font partie de l'acquis communautaire et impliqueront des adaptations certaines dans notre pays. En fait, l'article 4 al. 2 Cst. trouvera un allié non négligeable dans le droit européen. Il y aurait là matière à un rapport entièrement consacré à cet aspect. Le lecteur devra se contenter ici de quelques allusions des plus brèves.

---

3 Il convient de rendre ici un hommage tout particulier à ceux qui ont été les véritables pères fondateurs du droit suisse de la sécurité sociale: le professeur Hans Peter TSCHUDI, ancien Président de la Confédération, le professeur Alexandre BERENSTEIN, ancien Juge fédéral, et le professeur Alfred MAURER, ancien Directeur d'une grande compagnie d'assurances. C'est grâce aux perspectives qu'ils ont ouvertes par leurs analyses aussi pertinentes qu'innombrables que cette discipline a été reconnue en Suisse, tant sur le plan doctrinal que sur celui de l'enseignement. Profitant de cette percée, un nombre d'auteurs relativement élevé s'est mis à explorer cette partie du droit public et le Tribunal fédéral des assurances, notre plus haute juridiction de sécurité sociale (comme son nom ne l'indique pas), tient toujours davantage compte de cet apport.

2. Si ce rapport présenté par les deux auteurs conjointement a donné lieu à maints échanges, il convient cependant de signaler que les quatre premiers sujets émanent plus particulièrement de Jean-Louis Duc, le dernier ainsi que les aspects européens introductifs, de Pierre-Yves Greber. Nous espérons que cette paternité double ne nuira pas au travail mais, peut-être, qu'elle l'enrichira sur tel ou tel point. Enfin, bien que notre mandat de recherche porte sur le *droit suisse*, il nous a semblé utile, pour certaines questions, de prendre en compte le *droit européen*, qu'il s'agisse du droit émanant de la Communauté européenne ou de celui adopté par le Conseil de l'Europe. En revanche, nous avons renoncé à considérer les normes de l'Organisation internationale du travail (OIT) ainsi que le droit comparé, nonobstant leur intérêt, en raison des limites assignées à la présente étude.

1.2. L'apport de la Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)

3. Le Tribunal fédéral des assurances a déjà eu l'occasion d'examiner les rapports entre le droit européen et le droit interne suisse. S'agissant de la Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), par exemple, il a jugé que cet instrument n'interdit une discrimination qu'au sujet des droits et libertés nommés expressément par lui. Comme il ne contient pas de dispositions concernant les limites d'âge donnant droit à des prestations de la sécurité sociale ou levant l'obligation de cotiser, la question de savoir si un assuré de sexe masculin de 62 ans a droit à une rente de vieillesse de l'AVS doit être examinée du seul point de vue du droit suisse. Cependant, le Tribunal fédéral des assurances est lié (article 113 alinéa 3 Cst.) par les règles de la LAVS fixant la fin de l'obligation de cotiser et le début du droit à une rente de vieillesse à des moments différant selon que l'on a affaire à un homme ou à une femme. Il est intéressant de souligner ce que la Haute Cour a rappelé au sujet de la protection offerte par la convention: celle-ci n'a de valeur indépendante que dans la mesure où elle dépasse la protection garantie par les constitutions et lois de la Confédération et des cantons. Or, l'article 14 CEDH, selon lequel la jouissance des droits et des libertés reconnus par cet instrument doit être assurée, sans distinction aucune fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation, ne pose aucune règle autonome et

générale sur l'égalité de droit; comme relevé plus haut, il en résulte que l'interdiction de discrimination ne vaut que pour les droits et libertés nommés expressément dans la convention.[4,5]

4. Sur le plan de la procédure, le Tribunal fédéral des assurances a dû se prononcer sur le retard apporté par la Commission fédérale de recours AVS/AI pour les personnes domiciliées à l'étranger à statuer sur une affaire.[6] Le plaideur invoquait l'article 6 CEDH, selon lequel, notamment, chacun a le droit de se faire entendre dans un délai raisonnable lorsqu'il agit en justice. Il a rappelé que la disposition susmentionnée contenait diverses garanties qui sont aussi données, selon le droit constitutionnel suisse, en particulier par l'interdiction de l'arbitraire (article 4 Cst.), certaines de ces garanties allant au-delà de celles accordées par le droit suisse. Dans cette dernière hypothèse, rappelle la Haute Cour en se référant à la doctrine, il y a pour notre pays un droit nouveau[7] — ce qui n'est toutefois pas le cas, s'agissant de l'exigence d'une procédure judiciaire menée sans retard inutile. Aussi, dans le cas d'espèce, a-t-elle fait abstraction de la CEDH.[8, 9, 10]

---

4 ATF 105 V 1 (RCC 1979 p. 267).

5 Dans un fameux arrêt fort discuté (ATF 111 V 201), sinon critiqué (Raymond SPIRA, L'application du droit international de la sécurité sociale par le juge, dans les Mélanges Alexandre Berenstein, Payot, Lausanne, 1989, pp. 471 ss), le Tribunal fédéral des assurances a été amené à se prononcer sur la réduction des prestations en cas de négligence grave, au regard de la Convention OIT No 128 et du Code européen de sécurité sociale. Il a rappelé les principes qu'il appliquait, s'agissant des rapports entre le droit international et le droit interne.

6 ATF 103 V 190 (RCC 1978 p. 325).

7 Une violation de la CEDH constituant une violation du droit fédéral qui peut être invoquée par la voie du recours de droit administratif (ATF 115 V 253 consid. 4 b).

8 Voir également ATF 115 V 256 consid. bb et les arrêts cités.

9 Autre exemple, concernant la publicité des débats: ATF 115 V 255 consid. d.

10 Rappelons que deux rapports à la Société suisse des juristes ont porté sur la CEDH: Jean RAYMOND, La Suisse devant les organes de la Convention européenne des droits de l'homme, et Luzius WILDHABER, Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, Rapports et communications de la Société suisse des juristes, 113e année, 1979, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, pp. 3 ss et 231 ss. Voir aussi Jörg Paul MÜLLER, Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux, traduit par M. HOTTELIER, L. MADER et M. ROSSINELLI, Stämpfli, Berne, 1983, pp. 179 ss.

1.3. L'apport de la Charte sociale européenne et du Code européen de sécurité sociale (Conseil de l'Europe)

5. Poursuivons notre bref tour d'horizon du droit européen pertinent au regard des quelques sujets énumérés ci-dessus (cf. No 1 *in fine*). Le pendant de la CEDH pour les droits sociaux est représenté par la Charte sociale européenne, instrument adopté par le Conseil de l'Europe en 1961 et révisé en 1988.[11] Ce texte relève des fondements du droit international de la sécurité sociale.[12] Il faut également mentionner le Code européen de sécurité sociale, son Protocole, ainsi que la révision récente de ces normes; toutes relèvent de l'harmonisation des législations.[13]

6. Quelles sont les *perspectives* esquissées par ces instruments au regard des cinq sujets retenus? La mutualité n'est ni imposée ni écartée. En revanche, la *solidarité* doit trouver une certaine application, au moins dans sa dimension verticale.[14] La Charte sociale reconnaît en effet à toute personne le droit à la protection de la santé (paragraphe 11, article 11), à l'assistance sociale et médicale (paragraphe 13, article 13), à l'aide de services sociaux qualifiés (paragraphe 14, article 14) et à la réadaptation (paragraphe 15, article 15). La reconnaissance effective de droits à l'en-

---

11 La révision de l'instrument a été effectuée par le Protocole additionnel à la Charte sociale européenne, du 5 mai 1988.

12 Guy PERRIN place, sous ce terme de fondements, d'une part les textes internationaux de principe — par exemple la Charte —, d'autre part les textes constitutifs des organisations internationales qui ont une compétence en matière de sécurité sociale (Guy PERRIN, Les fondements du droit international de la sécurité sociale, Droit social, Paris, 1974, p. 479).

13 A distinguer de l'unification. Si cette distinction n'a jamais posé de problèmes particuliers dans le cadre du Conseil de l'Europe et de l'Organisation internationale du travail (OIT), elle semble moins bien perçue au sein de la Communauté européenne. En effet, l'on entend régulièrement dire que l'harmonisation communautaire de la sécurité sociale est impossible et qu'elle serait d'ailleurs un non-sens. Cette impossibilité et ce non-sens concernent en fait l'unification des législations nationales de sécurité sociale. Leur diversité est très grande. Une harmonisation, soit un rapprochement de certaines composantes importantes de la sécurité sociale, est non seulement concevable mais en cours de réalisation. Pour l'acquis, voir par exemple: Alexandre BERENSTEIN, La Suisse et le développement international de la sécurité sociale, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung 1981, pp. 161 ss; Guy PERRIN, Le rôle de l'Organisation internationale du travail dans l'harmonisation des conceptions et des législations de sécurité sociale, Droit social, Paris, 1970, pp. 457 ss; Pierre-Yves GREBER, Droit suisse de la sécurité sociale. Avec un aperçu de théorie générale et de droit international, Réalités sociales, Lausanne, 1982, pp. 74 ss. Pour l'avenir, voir par exemple: Gérard LYON-CAEN/Antoine LYON-CAEN, Droit social international et européen, 7e édition, Dalloz, Paris 1991, pp. 289 ss.

14 Voir ci-dessous la subdivision 2.2.

semble de la population (une protection dite universelle) implique par définition une intervention du principe de la solidarité: une partie des intéressés n'est pas à même de financer — totalement ou partiellement — le coût de la protection; l'équivalence individuelle devra alors céder le pas à la solidarité verticale (ou entre revenus), que celle-ci soit réalisée par la voie des cotisations, de la fiscalité ou d'une combinaison de ces deux techniques. Le droit à la sécurité sociale *stricto sensu* (paragraphe 12, article 12) n'est reconnu en revanche qu'aux travailleurs et à leurs ayants droit (une protection non pas universelle, mais généralisée). L'article 12 est relativement limité quant au contenu du droit et, à première vue, il n'implique pas nécessairement l'application du principe de la solidarité. Son paragraphe 2 se réfère cependant au "niveau satisfaisant, au moins égal à celui nécessaire pour la ratification de la Convention internationale du Travail No 102 concernant la norme minimum de la sécurité sociale." Or, la Convention OIT No 102 contient une disposition qui implique une solidarité, l'article 71 paragraphe 2.[15] Cette norme — qui ne vaut qu'à l'égard des salariés — a pour but d'éviter qu'une charge financière trop lourde incombe aux personnes protégées. La part non couverte peut être financée par les cotisations de leurs employeurs, par les subventions des pouvoirs publics ou par une combinaison de ces deux modes. Dans le premier cas, il est fait appel à la solidarité des employeurs; cependant, l'existence même de celle-ci est discutée, voire niée, dans la mesure où ils peuvent faire supporter la charge effective par les salariés ou par les consommateurs.[16] En cas d'intervention des pouvoirs publics,

---

15 "Le total des cotisations d'assurance à la charge des salariés protégés ne doit pas dépasser 50 pour cent du total des ressources affectées à la protection des salariés, de leurs épouses et enfants. Pour déterminer si cette condition est remplie, toutes les prestations accordées par le Membre en application de la Convention pourront être considérées dans leur ensemble, à l'exception des prestations aux familles et à l'exception des prestations en cas d'accidents du travail et de maladies professionnelles, si ces dernières relèvent d'une branche spéciale."

16 Paul DURAND, Les équivoques de la redistribution du revenu par la sécurité sociale, Droit social (Paris), 1953 p. 292; Alfred MAURER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht (ci-après, Sozialversicherungsrecht), Band I, Allgemeiner Teil, Berne, Stämpfli, 1979, pp. 112-113; BOMBACH/KLEINEWEFERS/WEBER, Situation et problèmes de l'économie suisse 1978-1979, Rapport du groupe d'experts "Situation économique", Office central fédéral des imprimés, Berne, 1978, pp. 252, 266 et 268. Les deux premiers auteurs sont nuancés quant à l'existence même de la solidarité des employeurs; selon la conjoncture, l'élasticité de la demande ou la volonté de l'entreprise, la charge de la cotisation patronale sera supportée effectivement par l'employeur, par les salariés ou par les consommateurs. Les trois derniers auteurs estiment au contraire que cette solidarité est illusoire, dans la mesure où le partage des cotisations n'est qu'une fiction.

la solidarité mise en oeuvre pourra s'effectuer entre revenus (en cas de fiscalité directe) ou entre les contribuables acquittant une "taxe" (en cas de fiscalité indirecte).

7. Le Code européen de sécurité sociale, du 16 avril 1964, comprend un article 70 paragraphe 2, dont la teneur est identique à l'article 71 paragraphe 2 de la Convention OIT No 102[17]; il n'est pas modifié sur ce point par son Protocole. Nous pouvons ainsi renvoyer à ce qui vient d'être exposé. Le Code européen de sécurité sociale (révisé), du 5 novembre 1990, contient un article 76 paragraphe 2 dont les termes sont quelque peu différents tout en restant au service d'une même finalité.[18,19] Le rapport explicatif[20] n'explique rien (au moins dans sa version provisoire), se bornant à mentionner que "Cette disposition s'inspire de l'article 70 du Code européen de sécurité sociale."[21] Le souci de tenir compte des personnes protégées à ressources faibles et, d'une manière générale, de leur capacité contributive, s'inscrit également dans une application du principe de la solidarité, dans sa dimension verticale.

8. L'*interdiction de l'arbitraire*, la *protection de la bonne foi* et le *principe de la proportionnalité* ne sont pas traités par la Charte sociale européenne ni par le Code européen de sécurité sociale (Protocole de 1964, Code révisé de même). On aurait pu s'attendre à une règle formulée dans les dispositions générales ou communes et l'on peut plus particulièrement penser aux articles qui portent sur le refus, la suppression ou la suspension d'une prestation. La matière reste de la compétence des Etats. Comme il s'agit de grands principes juridiques, rien ne devrait s'opposer cependant à la vérification de leur application lors du contrôle prévu par ces instruments (contrôle qui n'est pas judiciaire). Le rapport explicatif du Code révisé n'aborde pas la question.[22] Une disposition (article 74

---

17 Voir ci-dessus le No 6 et la note 15.

18 "Le coût des prestations attribuées en application du présent Code (révisé) et les frais d'administration afférents doivent être financés collectivement, selon des modalités qui évitent que les personnes de faibles ressources n'aient à supporter une trop lourde charge et qui tiennent compte de la capacité contributive des personnes protégées."

19 Alexandre BERENSTEIN, La révision du Code européen de sécurité sociale, Aspects de la sécurité sociale, Bulletin de la FEAS, 2/1991, pp. 36 ss.

20 Conseil de l'Europe, Rapport explicatif du Code européen de sécurité sociale (révisé), Document établi par la Direction des Affaires sociales et économiques, version provisoire, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1er août 1990.

21 IDEM, p. 94.

22 Cf. note 20.

paragraphe 2) introduite dans le Code révisé a un certain lien avec le principe de la proportionnalité; elle a pour but de maintenir une partie des prestations qui ont fait l'objet d'un refus, d'une suppression ou d'une suspension, au bénéfice des personnes à charge de la personne protégée, à moins que celles-ci ne bénéficient d'une autre forme de prestation. Le droit international tend ici à réduire l'effet de la mesure adoptée, pour des raisons sociales.

9. La Charte sociale européenne, le Code européen de sécurité sociale, y compris sa version révisée, contiennent quelques règles relatives à l'*égalité de traitement entre nationaux et non-nationaux*, qui nous intéressent à propos de la problématique *égalité entre Suisses et non-Suisses*. Ces règles seront prises en considération dans la sixième subdivision du présent rapport.

10. Il convient cependant de rappeler ici que l'article 12 de la Charte sociale européenne, consacré spécifiquement à la sécurité sociale, contient trois paragraphes qui s'apparentent à l'harmonisation et un quatrième qui représente une base pour la coordination.[23] L'article 12 paragraphe 4 donne mandat aux Etats qui ratifient la Charte de conclure des conventions bilatérales ou d'adhérer à des systèmes multilatéraux (ou d'employer d'autres moyens, non spécifiés) afin de garantir l'égalité de traitement entre les ressortissants des Parties contractantes, de même que le maintien des droits acquis ou en cours d'acquisition. Dans une telle perspective, le Conseil de l'Europe a adopté les Accords intérimaires

23 La coordination internationale des législations de sécurité sociale ne vise pas à modifier celles-ci; elle a pour but de régler la situation des étrangers et des migrants. En d'autres termes, elle établit des ponts entre des systèmes nationaux, différents et qui le restent. La coordination est fondée sur les principes de l'égalité entre nationaux et non-nationaux, du maintien des droits acquis et en cours d'acquisition, de la coopération administrative. Cf. Bureau international du travail, La sécurité sociale des travailleurs migrants, BIT, Genève 1974; Franco MARZIALE, La sécurité sociale, l'assistance sociale et médicale en faveur des travailleurs migrants dans les instruments du Conseil de l'Europe, Revue belge de sécurité sociale (Bruxelles), 1973, pp. 37 ss; Christoforo MOTTA, Die Schweiz und die internationale Zusammenarbeit auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung, 1976, pp. 233 ss; Guy PERRIN, La Convention européenne dans le contexte des instruments internationaux de coordination des législations de sécurité sociale, Revue internationale de sécurité sociale, 1978, p. 316; Guy PERRIN, Pour une sécurité sociale sans frontières. Deux nouveaux instruments de l'Organisation internationale du travail (OIT), Revue belge de sécurité sociale (Bruxelles), 1984, pp. 505 ss (ces deux instruments sont la Convention OIT No 157 et la Recommandation OIT No 167 concernant l'établissement d'un système international de conservation des droits en matière de sécurité sociale).

européens de sécurité sociale (1953), puis la Convention européenne de sécurité sociale (1972). Bien qu'il soit un instrument d'harmonisation[24], le Code contient aussi un article relatif à la coordination (article 73), mais il s'agit plutôt d'une esquisse, mentionnant quand même l'égalité de traitement et la conservation des droits acquis ou en cours d'acquisition.[25] Cette esquisse n'a pas été reprise dans le Code révisé: en effet, la Convention européenne de sécurité sociale a rempli le vide qui existait au moment de l'adoption du Code de 1964; elle est fondée sur les principes classiques de la coordination.[26]

11. En dehors des sujets traités, quelques indications à propos de l'*égalité des droits entre femmes et hommes en matière de sécurité sociale:* alors que la Charte sociale prescrit le droit des travailleurs masculins et féminins à une rémunération égale pour un travail de valeur égale (article 4 paragraphe 3), elle ne contient pas de règle spécifique à la sécurité sociale. L'article 12 n'est pas discriminatoire en lui-même, mais il n'impose pas non plus l'égalité; il se réfère à la Convention OIT No 102 concernant la norme minimum de sécurité sociale, instrument qui ne respecte pas pleinement ladite égalité. L'article 17, protection sociale et économique de la mère et de l'enfant, ne devrait pas s'opposer au principe d'égalité, en tout cas lorsqu'il est lié, pour la mère, à la maternité. Le Code européen de sécurité sociale se trouve dans la même situation que la norme minimum de sécurité sociale. En revanche, le Code révisé fait une place à l'égalité.

1.4. L'apport du droit de la Communauté européenne

12. Quittons maintenant le Conseil de l'Europe pour examiner rapidement l'apport du droit communautaire au regard des cinq sujets sélectionnés. Il convient de considérer: au titre des fondements[27], le Traité instituant la Communauté économique européenne (dit Traité de Rome), dans sa teneur modifiée par l'Acte unique européen, et la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs; en matière d'harmonisation[28]: la Communauté n'a pas pu, à ce jour, oeuvrer de manière globale

24 Cf. la note 13.

25 L'article 73 du Code n'est pas modifié par le Protocole.

26 Cf. la note 23.

27 Cf. la note 12.

28 Cf. la note 13.

mais elle a procédé par thèmes[29]: celui qui est le plus avancé est celui de l'égalité de traitement entre hommes et femmes; en coordination[30]: les normes communautaires sont très développées, la pièce centrale étant représentée par le Règlement (CEE) No 1408/71 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.

13. Le *principe de la solidarité*, considéré dans le cadre de la sécurité sociale[31], reçoit tout d'abord une impulsion concrète par l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité (article 7 du Traité de Rome; cf. ci-dessous No 16). Certaines dispositions de la Charte communautaire des droits sociaux[32] impliquent une application du principe, dans sa dimension verticale, lorsqu'elles visent des garanties minimales (cf. paragraphe 10, 2e alinéa: exclus du marché du travail; paragraphe 25: exclus du droit à une pension de retraite ordinaire; paragraphe 26: protection des personnes handicapées). Ce serait en effet autant un non-sens qu'une impossibilité matérielle que de demander à ces catégories démunies de la population de financer leur protection selon l'équivalence individuelle! Le droit communautaire ne comprend pas de texte analogue au Code

29 Elle n'a pas oeuvré de manière globale en matière d'harmonisation, contrairement au Conseil de l'Europe (cf. ci-dessus: 1.3) parce que le Traité de Rome n'est pas très incitatif dans ce domaine (cf. articles 100, 118, 118B et 235), mais surtout parce qu'il n'y a pas de consensus politique clair au regard de cette orientation. Cf. par exemple Eliane VOGEL-POLSKY, L'Acte unique ouvre-t-il l'espace social européen? Droit social (Paris), 1989, p. 177; Eliane VOGEL-POLSKY/Jean VOGEL, L'Europe sociale 1993: Illusion, alibi ou réalité ? Etudes européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1991; Guy PERRIN, La sécurité sociale dans la perspective du Marché intérieur unique de la Communauté économique européenne, Cahiers genevois de sécurité sociale, No 6, 1990, pp. 3 ss (5 ss, 19 ss).

30 Cf. la note 23.

31 La solidarité conçue dans le cadre communautaire général revêt une grande importance: le titre V du Traité de Rome lui est consacré; les Fonds structurels la concrétisent. Le Fonds européen de développement régional a pour but de corriger les déséquilibres régionaux existant dans la Communauté; les régions dites périphériques devraient ainsi rejoindre progressivement celles qui sont économiquement plus développées. L'idée, à l'échelon communautaire, s'apparente à la solidarité résultant en Suisse de la péréquation financière instituée entre les cantons. Cf. Gérard LYON-CAEN/Antoine LYON-CAEN, Droit social international et européen, cité dans la note 13, pp. 246-247, 248 ss.

32 Charte qui ne revêt, rappelons-le, que la forme d'une déclaration, l'auteur étant cependant le Conseil européen.

européen de sécurité sociale (cf. ci-dessus, Nos 5-7), l'harmonisation n'étant que sectorielle.[33]

14. Sous réserve d'un examen systématique complet, le droit communautaire de la sécurité sociale ne traite pas de l'*interdiction de l'arbitraire*, de la *protection de la bonne foi* et du *principe de la proportionnalité*. La situation est analogue à celle observée au regard des instruments du Conseil de l'Europe.[34] Comme relevé dans ce premier cadre, il s'agit cependant de grands principes juridiques; ils devraient inspirer toute lecture saine des textes!

15. Mais la grande différence réside ici dans la présence d'un contrôle judiciaire: la Cour de justice des Communautés européennes dit le droit européen. Or, la Cour applique des principes généraux de droit et, parmi ceux-ci, le principe de la bonne foi et de la confiance légitime.[35]

16. Le droit communautaire fait une très large place au *principe de l'égalité de traitement entre nationaux et non-nationaux*, ce qui nous intéresse au regard de l'égalité entre Suisses et non-Suisses. Cet aspect est repris dans la sixième subdivision de cette étude. Il convient simplement de dire ici que la règle est fondamentale (article 7 du Traité, in: Première partie: les principes). En droit de la sécurité sociale, c'est le renversement de l'état habituel des choses (traitement préférentiel des nationaux selon le droit interne, égalité réalisée par le droit international bi- ou multilatéral).[36]

17. En dehors de nos domaines d'étude, signalons que le droit communautaire fait une place assez large à l'*égalité des droits entre femmes et hommes*. Deux directives sont en vigueur, qui concernent les régimes légaux de sécurité sociale (Directive du Conseil du 19 décembre 1978, 79/7) et les régimes professionnels de sécurité sociale (Directive du

---

33 Cf. la note 29.

34 Cf. ci-dessus le No 8.

35 Jean BOULOUIS/Roger-Michel CHEVALLIER, Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes, Tome 1, 5e édition, Dalloz, Paris, 1991, p. 83.

36 Alexandre BERENSTEIN, La Suisse et le développement international de la sécurité sociale, cité dans la note 13, p. 175; Bureau international du travail, La sécurité sociale des travailleurs migrants, cité dans la note 23, pp. 31-35; Arnold SAXER, Die Soziale Sicherheit in der Schweiz, 4e édition allemande, Paul Haupt, Berne/SKV, Zurich, 1977, pp. 244-246.

Conseil du 24 juillet 1986, 86/378). Comme elles laissent intentionnellement[37] subsister des lacunes, elles devraient être complétées par une troisième directive (le projet n'a pas encore été accepté par le Conseil).

18. Dans les deux égalités (nationaux et étrangers, femmes et hommes), l'intervention de la Cour de justice est dynamique. Celle-ci interprète les instruments selon les finalités du Traité de Rome: concrètement, cela signifie que la jurisprudence est favorable à ces deux égalités, les bénéficiaires étant ainsi les migrants et les femmes. Guy Perrin, à propos de la première perspective, a qualifié ainsi la jurisprudence de sociale — parce qu'elle retient la solution la plus favorable aux travailleurs migrants — et de libérale, n'étant pas enfermée dans la lettre des règlements.[38] Ce point de vue est généralement partagé par la doctrine. Quelques illustrations figureront dans les développements y relatifs.

19. Nous sommes ainsi arrivés au terme de cette *introduction de droit européen*. Celui-ci indique des perspectives essentiellement au regard de la solidarité (tout en restant très général), de l'égalité de traitement entre nationaux et non-nationaux, entre femmes et hommes (les deux fois de manière nettement plus précise, d'autant si l'on tient compte de la jurisprudence communautaire). Après quelques aspects généraux, relatifs à l'article 4 Cst., il conviendra d'étudier les aspects choisis, tout en étant conscients de ne pouvoir apporter que certaines esquisses.

1.5. Quelques éléments généraux sur l'article 4 Cst.

20. L'égalité statuée à l'article 4 Cst. — qui, selon Jean-François Aubert[39], doit être comprise comme une égalité "devant" et "dans" la loi — est l'un des droits fondamentaux les plus importants, note Hans Peter Tschudi, qui poursuit: "A l'origine, il visait à abolir les privilèges anciens.

---

37 La réalisation effective de l'égalité a représenté un défi non négligeable pour les membres de la Communauté et l'oeuvre n'est pas totalement achevée. Cf. la note 463 et L'égalité des chances entre les femmes et les hommes, Europe sociale [Bruxelles, Luxembourg], 3/91.

38 Guy PERRIN, L'influence de la Cour de justice des Communautés européennes sur la coordination internationale des législations de sécurité sociale, in La jurisprudence sociale de la Cour de justice des Communautés européennes (Colloque avril 1977 de l'Université Jean-Moulin – Lyon III), Librairie Sociale et Economique, Paris, 1978, p. 82.

39 Jean-François AUBERT, Traité de droit constitutionnel suisse, volume II, Editions Ides et Calendes, Neuchâtel, 1967 (ci-après, Traité), p. 644 No 1785.

Dans son acception actuelle, il doit prévenir toute inégalité qui n'est pas fondée sur une cause justifiée. La jurisprudence novatrice du Tribunal fédéral a reconnu que le contenu de ce principe s'appliquait également à l'Etat social."[40] André Grisel expose[41] que "le Tribunal fédéral se fonde sur cette norme pour annuler: 1. les dispositions générales et abstraites et les décisions qui créent une inégalité de traitement; 2. les dispositions générales et abstraites et les décisions qui sont entachées d'arbitraire; 3. le refus de statuer; 4. les décisions prises sans que les intéressés aient été entendus." Cet auteur relève encore que "la portée que la jurisprudence attribue à l'article 4 Cst. dépasse de loin celle qui résulte d'une interprétation littérale." Georg Müller rappelle[42] que "l'exigence de l'égalité de traitement est un élément tiré de la notion de l'Etat de droit et a ses racines dans la justice." Aussi l'article 4 Cst. exprime-t-il "un principe fondamental de notre ordre constitutionnel," duquel le Tribunal fédéral "a déduit toute une série de règles dont certaines n'ont plus grand-chose à voir avec l'égalité juridique, mais qui contribuent toutes à l'accomplissement de la justice." Cet auteur note encore[43] qu'il existe "une étroite relation entre égalité et justice. Cette dernière commande de traiter de façon égale ce qui est pareil et de façon différente ce qui est dissemblable, d'avoir recours à une échelle commune applicable à tous de la même manière. Différant forcément toujours sur un point au moins, deux situations distinctes ne pourront jamais être traitées de façon parfaitement égales; elles ne le seront qu'en regard de certains critères de comparaison, alors que sous d'autres aspects une inégalité de traitement ne pourra être évitée. Savoir quand une égalité, respectivement une inégalité s'impose, c'est là une question dont la solution ne peut découler directement du principe d'égalité lui-même, mais seulement d'un *jugement de valeur*. Sont déterminants à cet égard les *principes reconnus de l'ordre juridique et étatique*, les conceptions que l'on a généralement de la justice, du droit et des valeurs, qui peuvent varier avec le temps." Il n'en reste pas moins que l'existence

---

40 Hans Peter TSCHUDI, La Constitution sociale de la Suisse (L'Etat social), traduction Isabelle HOURIET, Documents de l'Union syndicale suisse, Berne, 1987 (ci-après, L'Etat social), p. 35.

41 André GRISEL, Droit administratif suisse, Editions Ides et Calendes, Neuchâtel, 1970 (réimpr. 1975), p. 174 (ci-après, Droit administratif). Voir également, André GRISEL, Traité de droit administratif, volume I, Editions Ides et Calendes, Neuchâtel, 1984, p. 358 (ci-après, Traité).

42 Georg MÜLLER, nouveau Commentaire, cité dans la note 2, article 4, p. 9 ch. 12.

43 Georg MÜLLER, nouveau Commentaire, cité dans la note 2, article 4, p. 5 ch. 3.

de normes "générales et abstraites" constituant la base sur laquelle les autorités doivent rendre leurs décisions est un moyen de garantir l'égalité de traitement, du fait d'une application de la loi identique pour tous les hommes.[44] Certes les règles de droit doivent-elles très souvent être interprétées, ou encore laissent-elles aux autorités un certain pouvoir d'appréciation et une certaine liberté de décision. Cette dernière est cependant limitée par le principe d'égalité, "qui interdit aussi bien de traiter différemment des situations de fait semblables que de soumettre à un régime identique des situations fondamentalement différentes. *L'importance de l'égalité juridique croît donc avec le besoin de concrétisation des normes juridiques applicables.* Elle est particulièrement grande dans les domaines juridiques peu réglementés ou réglementés de façon fort imprécise."[45] S'agissant d'un droit de l'homme, le titulaire peut en être aussi bien un Suisse qu'un étranger.[46]

21. Georg Müller[47] rappelle qu'"en Suisse, depuis toujours et de façon incontestée, le principe d'égalité juridique vaut tant dans le domaine de la législation que dans celui de l'application du droit. Il est admis que le contrôle de l'égalité s'exerce avec moins de retenue dans le domaine de l'application du droit qu'en matière de législation.[48] Dans ce dernier domaine, Jean-François Aubert parle d'égalité "dans la loi"[49]. L'article 4 Cst. impose en effet certaines obligations au législateur: une loi matérielle (loi formelle, ordonnance, etc.) ne satisfait pas au principe d'égalité lorsqu'elle est incohérente (et n'a donc pas de sens), impropre à réaliser ses fins (et n'a par conséquent pas de but) ou déraisonnable, parce qu'injustifiée (et est ainsi injuste).[50]

---

44 Georg MÜLLER, nouveau Commentaire, cité dans la note 2, article 4, p. 6 ch. 6.

45 Georg MÜLLER, nouveau Commentaire, cité dans la note 2, article 4, p. 17 ch. 36.

46 Georg MÜLLER, nouveau Commentaire, cité dans la note 2, article 4, p. 13 ch. 26; Jean-François AUBERT, Traité, cité dans la note 39, volume II, p. 645 No 1787.

47 Georg MÜLLER, nouveau Commentaire, cité dans la note 2, article 4, p. 15 ch. 30.

48 Georg MÜLLER, nouveau Commentaire, article 4, p. 19 ch. 40.

49 Jean-François AUBERT, Traité, cité dans la note 39, volume II, pp. 645 Nos 1789 ss.

50 Pour un exemple en matière d'assurance-chômage, voir Jean-François AUBERT, Traité, cité dans la note 39, volume II, p. 648 No 1794.

22. Blaise Knapp rappelle que le Tribunal fédéral a dégagé sept principes de rang constitutionnel en se fondant sur l'article 4 Cst. et sur une interprétation téléologique de cette disposition: la légalité, l'égalité de traitement, la bonne foi, la proportionnalité, l'intérêt public, l'interdiction de la rétroactivité des lois et l'interdiction de l'arbitraire. "Ces principes étant de rang constitutionnel, ils lient non seulement les autorités exécutives mais aussi le législateur et le juge."[51] Nous ne nous arrêterons en revanche pas ici à la nature juridique de ces principes. Nous laisserons donc de côté les questions liées à cette nature (possibilité de les invoquer seuls à l'appui d'un recours de droit public, pouvoir d'examen du Tribunal fédéral, par exemple).

23. Selon la doctrine, une série de principes généraux du droit sont en outre déduits de l'article 4 Cst., directement ou indirectement, par le biais de l'interdiction de l'arbitraire.[52] Ces principes s'adressent aussi bien au législateur qu'aux autorités chargées d'appliquer la loi, et même aux institutions dont la vocation est d'appliquer les lois d'assurance sociale.[53]

---

51 Blaise KNAPP, Précis de droit administratif, 4e édition (ci-après, Précis 4e éd.), Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1991, p. 95 Nos 444 ss.

52 Alfred MAURER, Sozialversicherungsrecht, cité à la note 16, Band I, p. 147 ch. 2 et citations. Georg MÜLLER, nouveau Commentaire, cité dans la note 2, article 4, p. 9 ch. 15.

53 Alfred MAURER, Sozialversicherungsrecht, cité à la note 16, Band I, p. 149 note 292 et pp. 212-213, relève: "Soweit die Krankenkassen hoheitliche Gewalt besitzen, üben sie Verwaltungstätigkeit aus und sind somit der öffentlichen Verwaltung auch hinsichtlich der allgemeinen Rechtsgrundsätze gleichgestellt" (voir à ce sujet ATFA 1967 pp. 5 et 66, 1969 p.20; ATF 107 V 39). Pour Blaise KNAPP, Précis de droit administratif, 3e édition (ci-après, Précis 3e éd.), Bâle, 1988, p. 491, No 2791, "le domaine de la sécurité sociale constitue une branche particulière du droit et de l'activité étatique." Quant à Pierre MOOR, Droit administratif, volume I, Les fondements généraux, Stämpfli, Berne, 1988, p. 13, il relève que "l'administration dispose de pouvoirs étendus, que l'on cumule sous l'appellation de pouvoirs de puissance publique. C'est surtout la compétence de prendre, unilatéralement, des décisions, par lesquelles elle définit des situations juridiques de particuliers. C'est aussi celle de contraindre les particuliers à l'exécution de leurs obligations sans avoir à passer par l'office du juge – contrairement aux relations régies par le droit privé... L'administration n'entre donc pas en relation juridique avec les tiers comme le ferait un particulier: elle a une position de droit prééminente, qui se marque par l'inégalité de principe dans les relations juridiques de droit public"). Dans le cadre de la prévoyance professionnelle obligatoire (régie par la LPP), la situation des caisses de pensions pourrait présenter quelques difficultés à cet égard, dès lors que le régime de la décision n'est pas prévu. Cela ne devrait pourtant pas être décisif. On pourrait songer à appliquer dans ce domaine les critères exposés par Blaise KNAPP (Précis 3e éd.,cité à

Hans Peter Tschudi considère que le droit à l'assistance judiciaire pour les personnes dans le besoin (égalité de chances des sujets de droit) ainsi que l'importante garantie d'une procédure impartiale découlent de l'article 4 Cst., de même qu'un autre "petit droit social", à savoir "le droit à l'assistance publique ou au minimum vital." Selon cet auteur, en effet, il faut "considérer que le droit à une aide sociale qui couvre les besoins vitaux dans une situation de détresse" a la nature d'un "droit constitutionnel non écrit."[54] Georg Müller[55] relève que l'article 4 Cst. est "*prioritairement* un *droit* constitutionnel *de défense* contre l'Etat" mais qu'il fonde néanmoins, "dans une *mesure limitée*... des *prétentions, directement réalisables, à des prestations positives* de la part de l'Etat", par exemple le droit à l'assistance judiciaire gratuite.[56, 57]

---

la note 53, pp. 15-16, No 72), lorsqu'il examine quand l'administration peut recourir aux techniques du droit privé, à savoir lorsqu'elle n'intervient pas avec la puissance publique (décision), qu'elle agit comme n'importe quel particulier, qu'elle s'en inspire quand la loi établit un régime particulier selon le modèle du droit privé, qu'elle entend obtenir un comportement volontaire des administrés dans un domaine où elle n'a aucune compétence de légiférer. Voir également Alfred MAURER, Sozialversicherungsrecht, cité à la note 16, Band I, pp. 142-143 et note 269.

54 Hans Peter TSCHUDI, L'Etat social, cité à la note 40, pp. 35, 39; voir aussi Philippe BOIS, Réflexions sur l'assistance en 1978, Revue syndicale suisse, 1978, pp. 49 ss (également publié dans Etudes de droit social, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1991, pp. 217 ss).

55 Georg MÜLLER, nouveau Commentaire, cité dans la note 2, article 4, p. 11 ch. 21.

56 Voir également Jean-François AUBERT, Traité, cité dans la note 39, volume II, p 653-655 Nos 1813-1821.

57 Nous n'examinons pas plus avant dans cette étude la question de l'assistance judiciaire gratuite (conditions de son octroi, montant des indemnités, etc.).

2. Mutualité, solidarité et article 4 Cst.

2.1. Remarques liminaires

24. La solidarité joue un rôle important, en particulier dans le vaste domaine des assurances sociales. Un autre principe est ancré dans l'une des lois régissant cet important secteur du droit: celui de la mutualité, qui figure à l'article 3 alinéa 3 LAMA et est donc applicable à l'assurance-maladie. Il est dès lors intéressant de nous arrêter un instant aux rapports qu'il peut y avoir entre l'article 4 Cst. et les principes susmentionnés.

25. Hans Peter Tschudi s'est longuement penché sur la Constitution sociale de la Suisse.[58] Il s'exprime notamment en ces termes: "La Constitution sociale ne jouit pas d'une situation de monopole. Il faut aussi tenir compte des normes qui imposent des limites à l'Etat social. La Constitution est une unité. On ne saurait en appliquer certaines parties sans égard aux autres, ou interpréter certaines de ses dispositions en dehors de leur contexte. Toutes les normes constitutionnelles sont au même niveau quant à leurs effets." Ou encore: "Dans la mesure où la Constitution fédérale reconnaît au législateur la compétence de prendre des mesures de politique sociale, celles-ci peuvent déroger à la liberté du commerce et de l'industrie, mais ce principe fondamental, garanti lui aussi au niveau constitutionnel, doit être maintenu dans son essence." On trouve une réflexion de même nature à propos de la garantie contre les atteintes à la propriété privée. L'auteur précité relève que pour financer les tâches sociales, l'Etat perçoit des contributions et des impôts. "On porte ainsi atteinte à la propriété privée, laquelle dispose d'une base constitutionnelle et légale. Ces restrictions au contenu de la propriété figurent dans la Constitution fédérale elle-même, puisque les articles 22ter et quater prévoient que la propriété foncière doit céder le pas aux questions d'intérêt public" (sans pour autant que l'on puisse vider cette garantie de toute substance). Une autre remarque mérite d'être mentionnée: "... La politique sociale ne se limite pas à restreindre et à mettre à contribution le droit de propriété. Elle permet également de créer une certaine forme de propriété. Seule une petite partie de la population peut, au cours de sa vie active, accumuler une fortune suffisante pour lui assurer une existence satisfaisante l'âge venu, en cas d'invalidité ou de longue maladie. Dans les pays dont l'économie a été ruinée par la guerre et l'inflation, de larges couches

58 Hans Peter TSCHUDI, L'Etat social, cité à la note 40.

de la population ont perdu leur fortune privée. Elles peuvent par contre prétendre à des prestations d'assurance sociale, financées principalement par des cotisations, et qui subsistent par delà les crises. En République fédérale d'Allemagne, la doctrine et la pratique en ont déduit que la garantie constitutionnelle de la propriété doit être reconnue aux prétentions de droit public contre les assurances sociales dans la mesure en tout cas où le droit découle de cotisations versées par l'ayant droit, parce que les assurances sociales remplissent la même fonction que la propriété privée dans le passé."[59] Par conséquent, "l'Etat de droit et l'Etat social sont complémentaires dans la mesure où les institutions sociales ne peuvent vider les libertés individuelles de toute substance: celles-ci ont pour leur part besoin de la sécurité sociale afin de ne pas rester lettre morte pour la majorité de la population." Il s'agit pour le législateur de "trouver un équilibre raisonnable entre des tendances contradictoires."[60]

26. Dès lors, l'idée d'égalité de traitement est-elle compatible avec la notion d'égalité sociale[61] qui, elle, requiert l'élimination des inégalités économiques et l'offre à chacun de chances de développement dans une mesure raisonnable? Le principe constitutionnel de l'égalité de droit constitue une injonction au législateur de tenir compte de l'idée d'une compensation sociale. Selon Alfred Maurer cependant, le principe d'égalité (et l'injonction de traiter différemment des situations différentes) doit être manié avec précaution dans l'assurance sociale, pour permettre par exemple de s'écarter du principe de l'équivalence lorsqu'il s'agit de réaliser la solidarité entre hommes et femmes dans l'assurance-maladie.[62] Hans Peter Tschudi expose de manière fort intéressante que si les mesures de politique sociale entrent plutôt en conflit avec la garantie de la propriété, "celle-ci ne s'oppose pas à la perception de cotisations par les assurances sociales, dans la mesure du moins où elle conserve une certaine mesure et ne devient pas confiscatoire."[63] Le prénommé souligne également la situation qui se présente dans l'AVS/AI/APG, où les revenus sur

59 Hans Peter TSCHUDI, L'Etat social, cité à la note 40, pp. 10-11 ainsi que les références. Voir également p. 100: "Pour une grande part de la population, les prétentions à l'égard de l'assurance sociale ont repris les fonctions reconnues auparavant à la propriété privée, c'est-à-dire la garantie de son entretien à un certain âge et en cas d'incapacité temporaire de travailler."

60 Hans Peter TSCHUDI, L'Etat social, cité à la note 40, p. 99.

61 Alfred MAURER, Sozialversicherungsrecht, cité à la note 16, Band I, p. 44.

62 Alfred MAURER, Sozialversicherungsrecht, cité à la note 16, Band I, p. 152.

63 Hans Peter TSCHUDI, L'Etat social, cité à la note 40, p. 99.

lesquels les cotisations sont perçues ne sont pas plafonnés, ce qui favorise les assurés à faibles revenus en introduisant dans le système une forte composante de solidarité.[64] Georg Müller relève[65] que "l'égalité juridique en tant qu'*interdiction des différences injustifiées* est confrontée aux conditions de fait existantes, qu'elle ne saurait modifier. En revanche, en tant qu'*exigence d'égalisation,* elle commande la suppression des disparités sociales, le nivellement des différences de fait, l'amélioration des chances d'épanouissement humain. Cette injonction d'une égalité à aménager dans les faits, les conditions sociales ou matérielles repose également sur les conceptions que l'on se fait de la justice, plus exactement d'un ordre social juste dans lequel les conditions de la vie en société sont améliorées et rééquilibrées les unes par rapport aux autres, les bases créées pour un véritable usage de la liberté par l'ensemble des citoyens. La réalisation de cette forme d'égalité et de justice est en premier lieu l'affaire du *législateur*. Sans doute, celui-ci ne doit-il pas pousser l'égalisation trop loin, sous peine de porter une atteinte exagérée aux droits fondamentaux d'une partie des citoyens. Nivellement et redistribution constituent en effet des mesures qui, immanquablement, causent des lésions à des droits existants, de nature économique essentiellement, souvent aussi toutefois de nature idéale et politique, droits que la Constitution protège également." Et l'auteur de citer notamment les tâches confiées à la Confédération dans le domaine des assurances sociales.

27. Le discours — qui ne sera pas développé, faute de place — ne manque pas d'intérêt, à une époque de discussion sur les bornes d'une solidarité supportable. Il suffit pour s'en convaincre de considérer ce qui se passe aujourd'hui dans le domaine de l'assurance-maladie, où le problème des limites à tracer est particulièrement aigu, et où un nivellement des différences de fait (imputables à la disparité des moyens d'existence des assurés) pourrait être pratiquement impossible, s'agissant de l'accès à certaines thérapies coûteuses (par exemple).

---

64 Hans Peter TSCHUDI, L'Etat social, cité à la note 40, p. 104.

65 Georg MÜLLER, nouveau Commentaire, cité dans la note 2, article 4, p. 5 ch. 4.

2.2. *Principe de la solidarité et principe d'assurance*[66]

28. "Au sens classique et compte tenu de la solidarité inhérente au risque, le *principe d'assurance et le principe d'équivalence individuelle sont identiques*. Le calcul des prestations relève ainsi avant tout de la durée et du montant des cotisations."[67] On constate donc qu'il y a solidarité dès que l'on parle d'assurance (ce sont les cotisations ou primes des personnes épargnées par le sort qui permettront d'indemniser les victimes dans une mesure dépassant les contributions que ces dernières auront payées elles-mêmes). "Le principe classique d'assurance peut se présenter sous deux formes différentes, suivant qu'on donne la préférence à la *primauté des cotisations ou des prestations*. Dans le premier cas, les cotisations sont données et l'on en déduit les prestations; dans le second, c'est le contraire. Mais quoi qu'il en soit, c'est le principe de l'équivalence individuelle qui est appliqué."[68] Selon Paul Durand, les assurances sociales sont fortement marquées par les assurances privées: la redistribution du revenu n'est que la conséquence et non le but de cette forme de protection et le transfert s'effectue de ceux qui sont épargnés par le sort vers ceux qui sont touchés par la réalisation d'un risque. Cette situation est modifiée fondamentalement par la *sécurité sociale*, qui a pour but le transfert du revenu "des

---

66 Voir Alexandre BERENSTEIN, La solidarité dans les assurances sociales, dans les Actes du colloque de Lausanne 1990 organisé par l'Institut de recherches sur le droit de la responsabilité civile et des assurances, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, La solidarité dans l'assurance-maladie, aujourd'hui. Et demain?, Lausanne, 1990, pp. 7 ss (résumé de l'intervention, publiée intégralement dans Pratiques des solidarités, Réalités sociales, Lausanne, 1991, pp. 15 ss, sous le titre Le principe de la solidarité, son application dans les assurances sociales en Suisse); Pierre-Yves GREBER, Les principes fondamentaux du droit international et du droit suisse de la sécurité sociale, Réalités sociales, Lausanne, 1984 (ci-après, Les principes fondamentaux), pp. 369 ss (principe de l'assurance), pp. 395 ss (principe de la solidarité); Ernst KAISER, Les aspects économiques et sociaux de l'AVS, Revue syndicale suisse, 1966, pp. 273 ss; Ernst KAISER, Les possibilités et les limites d'une solidarité conçue dans le cadre des générations et des revenus, RCC 1971, pp. 217 ss; Alfred MAURER, Sozialversicherungsrecht, Band I, cité à la note 16 et Band II, Besonderer Teil (Sozialversicherungszweige), Berne, Stämpfli, 1981, pp. 47-48 et 403-404; Hans ZIEGLER, Versicherungs- und Solidaritätsprinzip im schweizerischen und im französischen Sozialrecht vorwiegend dargestellt am Leistungssystem der schweizerischen und der französischen Alters- und Hinterbliebenenversicherung, thèse de Berne, Librairie Droz, Genève, et Librairie Minard, Paris, 1958.

67 On est ici dans le domaine des rentes.

68 Ernst KAISER, Les possibilités et les limites d'une solidarité conçue dans le cadre des générations et des revenus, RCC 1971 pp. 217 ss.

individus ou des groupes sociaux favorisés par la naissance, la fortune, la réussite matérielle, à ceux qui se trouvent dans le besoin. La politique de sécurité sociale veut sans doute indemniser les victimes des risques, mais elle se propose d'abord de remédier aux inégalités entre individus et entre classes sociales."[69] Aujourd'hui cependant, pour Pierre-Yves Greber, "le principe de la solidarité apparaît moins comme relevant des finalités que comme *un moyen* indispensable au service des fonctions de la sécurité sociale." Cet auteur voit deux dimensions dans le principe de la solidarité: cette dernière peut être verticale, ou horizontale.

29. La solidarité verticale est celle qui réalise la redistribution des revenus[70], dont on a vu qu'elle ne doit pas devenir confiscation ! Mais, de son côté, le principe de l'assurance permet de répartir les versements des assurés qui ne sont pas touchés par l'éventualité prescrite (par exemple, en cas de décès prématuré). "Si l'on parle de solidarité, on en vient à ne plus penser à celle qui, dans toute communauté d'assurance, est inhérente au risque. Sur un plan tout à fait général et dans le sens classique du terme, on entend par *solidarité toute dérogation au principe de l'équivalence individuelle*. A cotisations égales, on peut prévoir pour les personnes mariées par exemple des prestations plus élevées que pour les célibataires, ceux-ci devant renoncer à une part de leurs prestations pour financer les avantages dont jouissent les mariés."[71]

30. La solidarité horizontale consiste dans l'obligation de prélever une part de son revenu au profit des personnes touchées par la réalisation d'une éventualité. Pierre-Yves Greber donne les exemples suivants: "les malades, les personnes âgées ou invalides, celles qui ont perdu leur soutien de famille, les chômeurs, etc. ... Chaque personne entrant dans le champ d'application personnel de la sécurité sociale est susceptible de contribuer à ce transfert comme d'en bénéficier: on ne peut pas déterminer à l'avance si elle en retirera un avantage. Cette dimension du principe n'est pas

---

69 Paul DURAND, Les équivoques de la redistribution du revenu par la sécurité sociale, cité à la note 16, p. 402.

70 Alfred MAURER, Sozialversicherungsrecht, cité à la note 16, Band I, p. 117.

71 Ernst KAISER, Les possibilités et les limites d'une solidarité conçue dans le cadre des générations et des revenus, RCC 1971 pp. 217 ss; Pierre-Yves GREBER, Les principes fondamentaux, cité à la note 66, pp. 402 ss; Alfred MAURER, Sozialversicherungsrecht, cité à la note 16, Band I, p. 79.

seulement réalisée en droit de la sécurité sociale, mais également dans les assurances privées où elle est couplée avec l'équivalence individuelle."[72]

31. Les caisses-maladie reconnues doivent assurer l'équilibre de leurs recettes et dépenses pour une période de financement de trois ans au moins, et disposer de réserves dont l'importance est fixée par la loi. Or, la jurisprudence autorise lesdites caisses à percevoir, dans certaines circonstances et à certaines conditions, des cotisations extraordinaires, qui peuvent être mieux adaptées "au but d'assainissement et mieux servir les intérêts des assurés qu'une hausse durable de la cotisation ordinaire." Une telle mesure doit toutefois demeurer exceptionnelle; "elle doit être réservée aux situations de grave déséquilibre dans lesquelles des mesures immédiates sont indispensables pour rétablir l'équilibre financier." Dans ces cas particuliers, le Tribunal fédéral des assurances considère que la perception d'une cotisation extraordinaire "ne constitue pas une perception de cotisations rétroactive inadmissible, ni ne peut être considérée de ce fait comme une infraction à la sécurité du droit." Il n'est pas sans intérêt d'indiquer ici les arguments retenus par la Haute Cour (il s'agissait en l'espèce de la perception d'une cotisation extraordinaire dans le cadre d'un contrat d'assurance collective): "... une caisse ne peut pas, en règle générale, exiger du preneur d'assurance qu'il assume, une fois connu le résultat déficitaire d'un exercice, la part excédentaire des dépenses prises en charge par la caisse en exécution des obligations découlant du contrat *(note: d'assurance collective)* en question. ... Une telle pratique réduirait dans une mesure excessive la portée du principe de l'assurance. Le respect des principes de la mutualité figure en effet au nombre des exigences auxquelles les caisses doivent satisfaire pour être reconnues (article 3 alinéa 3 LAMA). Or, l'idée de mutualité se concrétise notamment dans le principe de l'équivalence, selon lequel à des prestations égales doivent correspondre des cotisations égales (article 16 Ordonnance V). Certes, dans l'assurance sociale, les exigences tirées de l'idée de solidarité tendent à restreindre la portée du principe de l'équivalence (cf. Maurer, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, t. II, n. 627, p. 285; Viret, Le principe de la mutualité dans l'assurance-maladie sociale, in Mélanges André Grisel, Neuchâtel 1983, p. 607). Il n'en demeure pas moins que, du point de vue de la technique d'assurance, l'équivalence n'existe pas pour un

72 Pierre-Yves GREBER, Les principes fondamentaux, cité à la note 66, pp. 405. Voir également Alfred MAURER, Sozialversicherungsrecht, Band I, p. 118.

seul rapport d'assurance, mais pour l'ensemble de la communauté de risques (cf. Maurer, *op. cit.*, t. II, n. 50, p. 53)."[73] La discussion présente un intérêt réel, en l'état actuel du droit, dès lors que l'on sait pertinemment que, dans la pratique, il est possible d'échapper à une adaptation vers le haut des cotisations de l'assurance collective (rendue inéluctable par l'augmentation des prestations versées par la caisse) en résiliant le contrat pour s'affilier — collectivement toujours — à une autre caisse qui, faute d'être en possession de données concrètes sur le risque à couvrir, appliquera les tarifs (plus favorables) fixés par la voie d'ordonnances fédérales. Quitte à élever très vite les cotisations, par la suite, en quel cas le petit jeu évoqué ci-dessus pourra recommencer... Le principe d'assurance intervient manifestement là au détriment de la solidarité.

2.3. Solidarité par l'impôt

32. Pierre-Yves Greber relève que le financement de la sécurité sociale au moyen des impôts directs fait appel à la solidarité des revenus élevés en faveur des revenus plus modestes. Le recours au produit des impôts indirects met à la charge des personnes qui supportent les taxes une contribution de solidarité en faveur des bénéficiaires de prestations d'assurance sociale.[74] Il est notoire que l'assurance sociale bénéficie dans notre pays de subventions ou subsides fédéraux et cantonaux, voire communaux. Les pouvoirs publics contribuent même par d'autres moyens au financement de certaines assurances, par exemple de l'AVS/AI, ou encore de l'assurance-maladie (dans ce dernier cas, par exemple toujours, en prenant en charge une partie des frais hospitaliers, pour permettre la conclusion d'une convention entre caisses-maladie et hôpitaux; le Tribunal fédéral des assurances a expressément admis ce mode de faire[75]). Il est intéressant de noter en passant que la solidarité peut jouer à deux niveaux, s'agissant des subventions et autres subsides : lors de la perception de l'impôt, les contribuables les mieux lotis versent des impôts plus élevés que les contribuables moins favorisés, lesquels bénéficieront parfois, grâce à des subventions ou subsides, d'avantages refusés aux premiers — du moins si l'on n'applique pas dans ce domaine le système — critiqué à juste titre — de l'arrosoir. La place nous manque pour nous pencher sur la question — fort intéressante et discutée — de savoir s'il

---

73 ATF 116 V 345, plus spécialement 350 ss.

74 Pierre-Yves GREBER, Les principes fondamentaux, cité à la note 66, pp. 413.

75 RJAM 1972 No 150 p. 254 consid. 3.

est possible de réaliser une solidarité satisfaisante par le seul biais de l'impôt et de subventions, aussi ciblées soient-elles. Il ne faut pas perdre de vue non plus qu'il y a lieu d'éviter de porter une atteinte exagérée aux droits fondamentaux d'une partie des citoyens, comme cela a été rappelé plus haut.

2.4. Solidarité, mutualité et sanctions

33. Selon le Tribunal fédéral des assurances, un principe général du droit des assurances sociales postule que la faute grossière ne demeure pas impunie, cela déjà eu égard simplement au principe de la solidarité, lequel ne saurait tolérer que la communauté des assurés doive supporter totalement le dommage résultant de la faute du lésé (et notre Haute Cour de renvoyer, en, matière d'assurance-maladie, à l'article 3 alinéa 3 LAMA également[76]). Les juges de Lucerne estiment aussi qu'il est conforme à une règle admise aussi bien par l'assurance privée que par l'assurance sociale de réduire les prestations assurées, lorsque le sinistre a été causé par une faute grave de l'ayant droit, lors même que les statuts ou conditions d'assurance, dans l'assurance-maladie toujours, ne la rappelleraient pas. Car il serait contraire au principe de la mutualité — dit le Tribunal fédéral des assurances — de faire supporter à l'ensemble des assurés la pleine conséquence des fautes graves commises par quelques-uns d'entre eux.[77]

34. On pourrait disserter longuement sur l'opportunité des sanctions dans l'assurance sociale.[78] Nous pensons pour notre part qu'il y aurait lieu d'y renoncer purement et simplement. En effet, sous le couvert de la solidarité, elle-même issue de l'égalité de traitement, les sanctions ne touchent en définitive qu'une partie des assurés, à savoir ceux qui ont des ressources suffisantes pour ne pas pouvoir prétendre à une aide des services d'assistance, sans pour autant disposer de moyens propres à leur permettre de supporter sans trop d'inconvénients les conséquences éco-

---

76 ATFA 1969 p. 11; RJAM 1969 No 52 p. 122.

77 ATF 98 V 8. Voir également RJAM 1977 No 285 p. 83.

78 A paraître, à ce sujet, chez Helbing & Lichtenhahn, une étude de la Société suisse de droit des assurances: Das Verschulden im Versicherungs- und Haftpflichtrecht, La faute en relation avec le début et la fin du rapport d'assurance ainsi qu'avec la survenance du dommage.

nomiques de la mesure prise à leur endroit. Au demeurant, même s'il existe des règles censées protéger les proches de la victime, il n'en demeure pas moins que la réduction des prestations affecte en pratique la famille dans son ensemble. On peut donc tenir pour établi que les sanctions créent de nouvelles inégalités, lesquelles ne sont pas plus justifiées que celles auxquelles elles étaient supposées apporter un remède.[79] Nous serions par conséquent enclins à considérer que les sanctions portent atteinte au principe de la solidarité, dans la mesure où les conséquences de la réalisation d'un risque ne sont plus supportées entièrement par une communauté de risques, sous prétexte que le dommage aurait pu être évité et qu'il n'appartient pas à l'ensemble des payeurs de cotisations ou de primes, voire aux pouvoirs publics (par leurs subventions) de supporter des frais occasionnés inutilement.[80] Or l'expérience apprend que l'on peut très facilement commettre une faute grave, dans notre régime d'assurances sociales... Quant à invoquer le principe de la mutualité pour justifier la sanction elle-même, cela nous paraît pour le moins discutable. En revanche, il n'est à nos yeux pas faux — mais certainement inutile[81] — de se référer à ce principe pour exiger que la sanction soit fixée en respectant celui de la proportionnalité, comme l'a fait notre Haute Cour dans de nombreux arrêts.

2.5. *Principes de la mutualité dans la LAMA*

35. Dans le cadre de la LAMA, la mutualité a toujours été comprise comme imposant l'obligation de percevoir des cotisations différentes lorsque les prestations sont différentes. Hans Giorgio relevait déjà[82] que "le principe de la mutualité est particulièrement important pour la relation entre les contributions des membres et les prestations de la caisse... Le principe de la mutualité exige qu'à des prestations différentes correspon-

---

79 Il serait du reste intéressant de savoir quelles sont les économies entraînées par les sanctions prononcées — compte tenu des complications administratives qui en résultent et d'éventuelles procédures engagées.

80 Alfred MAURER, Sozialversicherungsrecht, cité à la note 16, Band I, p. 177 lettre b.

81 Alfred MAURER, Sozialversicherungsrecht, cité à la note 16, Band I, p. 172 chiffre 4 lettre a.

82 Hans GIORGIO, Les assurances sociales en Suisse, La Suisse économique et sociale, 1926, p. 657.

dent des contributions différentes."[83] Pour Arnold Saxer,[84] pratiquer l'assurance selon le principe de la mutualité signifie que les caisses "ne peuvent (pas) poursuivre des fins lucratives" et qu'elles "doivent mettre tous les assurés sur le même pied en ce qui concerne leurs droits et leurs obligations." Henri Capitant définit la mutualité comme une "forme de prévoyance volontaire fondée sur un système d'engagements synallagmatiques par lequel les membres d'un groupe, moyennant le seul paiement d'une cotisation, s'assurent réciproquement contre certains risques ou se promettent certaines prestations, en se garantissant les mêmes avantages sans autre distinction que celle qui résulte des cotisations fournies et en excluant toute idée de bénéfice."[85] Soulignons deux points de cette définition: d'une part, il s'agit de prévoyance *volontaire* — le caractère facultatif de l'assurance-maladie justifiait donc qu'on la fondât sur le principe de la mutualité plutôt que sur celui de la solidarité telle qu'on la connaît dans l'AVS par exemple et qui n'est réalisable que dans un régime obligatoire (au risque, sinon, que tous les débiteurs de la solidarité quittent le régime); d'autre part, le principe de la mutualité exclut *toute idée de bénéfice*. Un autre auteur, Hauriou, relève que "la mutualité se caractérise par trois idées: une cotisation fournie par les membres, l'égalité de tous les membres devant les services rendus par la société, leur désintéressement absolu, c'est-à-dire la proscription de toute espèce de bénéfices réalisés par les membres sur les opérations de la société."[86] Relevons enfin que, pour le Tribunal fédéral des assurances, le principe de la mutualité implique l'obligation pour les caisses d'appliquer ceux de la proportionnalité et de l'égalité de traitement.[87], [88] Il ne devrait pourtant pas en aller autrement si l'article 3 alinéa 3 LAMA n'existait pas.

---

83 Il s'agit d'équivalence individuelle, selon Pierre-Yves GREBER, Les principes fondamentaux, cité à la note 66, p. 418. Même opinion: Alfred MAURER, Sozialversicherungsrecht, cité à la note 66, Band II, p. 285. Pour Jean-Louis DUC, la référence légale aux principes de la mutualité a pour fonction principale d'interdire aux caisses la recherche de profits.

84 Arnold SAXER, La Sécurité sociale suisse, éditions P. Haupt, Berne, 1964, p. 49.

85 Vocabulaire juridique, Paris, 1936, p. 342.

86 Précis de droit administratif et de droit public, p. 370, cité dans la thèse de Jean-Louis DUC, Les tarifs médicaux, Imprimerie vaudoise, Lausanne, 1961, p. 127, note 21.

87 Voir par exemple ATF 105 V 281.

88 Voir l'article de Jean-Louis DUC, publié dans la Revue économique et sociale (RES), 1989, No 4, pp. 199 ss, A propos de solidarité dans l'assurance-maladie (également paru dans les Actes du colloque de Lausanne 1990 de l'Institut de recherches sur le droit de la responsabilité civile et des assurances — IRAL —, La solidarité dans l'assurance-maladie, aujourd'hui. Et demain ? Lausanne, 1990, pp. 110 ss.

36. Le Tribunal fédéral des assurances fait prévaloir, dans certaines circonstances, le principe de la bonne foi sur l'article 3 alinéa 3 LAMA (obligeant les caisses-maladie reconnues à pratiquer l'assurance selon les principes de la mutualité).[89, 90]

37. Il est permis de se demander si les règles actuelles relatives au financement de notre assurance-maladie sociale satisfont aux exigences d'égalité, telles que définies ci-dessus. Certes, dans un régime d'assurance facultative, des principes autres que ceux posés seraient difficiles à mettre en place de manière contraignante. Dans le cadre d'une assurance obligatoire, en revanche, il devrait en être autrement. C'est du moins l'opinion défendue par Jean-Louis Duc dans une étude récente[91], dont les conclusions sont que l'article 6bis alinéa 3 LAMA et les dispositions d'exécution de cette norme (que l'on trouve à l'article 21 de l'Ordonnance V sur l'assurance-maladie) autorisent les caisses et les cantons à prévoir des cotisations proportionnelles au revenu — nonobstant l'article 3 alinéa 3 LAMA, tenu en échec par l'article 6bis alinéa 3 LAMA et ses dispositions d'exécution —, dans l'assurance de base individuelle des frais médicaux et pharmaceutiques. Signalons en passant que l'article 21 de l'Ordonnance V sur l'assurance-maladie précise que "les cotisations peuvent être échelonnées pour faciliter l'assurance des membres de la famille ou des mineurs, ainsi qu'en faveur des assurés à ressources modestes, à condition que la diminution des recettes résultant de cette mesure soit compensée par des cotisations de solidarité perçues des autres assurés ou par des prestations de tiers." Dans l'assurance collective enfin, il existe une règle autorisant expressément un tel procédé (voir l'article 14 de l'Ordonnance 5 du Département fédéral de l'intérieur sur l'assurance-maladie, qui précise la méthode de calcul).

---

89 RJAM 1972 No 135 p. 136 consid. 3 p. 141.

90 Alfred MAURER, Sozialversicherungsrecht, cité à la note 16, Band I, pp. 149 note 292, 160 note 335, paraît penser que la Haute Cour déduit de l'article 3 alinéa 3 LAMA l'obligation pour les caisses de respecter le principe de la bonne foi. Cela ne nous paraît pas exact.

91 Cotisations en pour-cent du revenu dans l'assurance individuelle des frais médico-pharmaceutiques, Journal des caisses-maladie suisses 1992 pp. 18-19.

3. Interdiction de l'arbitraire[92]

3.1. Généralités[93]

38. La loi peut être arbitraire, lorsqu'elle n'a ni sens ni but, qu'elle est incohérente et contradictoire, qu'elle retient des critères dépourvus de pertinence ou de raison pour créer des distinctions dans le régime juridique applicable à des situations analogues ou pour assimiler des situations différentes, ou encore qu'elle n'a aucun fondement sérieux et objectif. Une décision peut l'être aussi, lorsqu'elle viole une règle claire et s'écarte sans motifs péremptoires d'une interprétation compatible avec le texte de la norme, lorsqu'elle est insoutenable, choque le sens du droit et de l'équité ou s'inspire de considérations parfaitement étrangères au texte et au but de la loi, ou encore qu'elle est en contradiction manifeste avec la situation de fait réelle.[94]

39. Georg Müller note[95] qu'un arrêté de portée générale "viole l'interdiction de l'arbitraire lorsqu'il est *dénué de base objective et sérieuse ou qu'il n'a ni sens ni but.*" Selon Pierre Moor, la prohibition de l'arbitraire comme clause générale permet "d'assurer une sauvegarde lorsqu'un acte est dépourvu de rationalité, viole le sens de la justice et de l'équité, outrepasse les limites qu'un pouvoir équilibré doit s'impartir."[96]

40. André Grisel relève que le Tribunal fédéral considère comme arbitraires les règles de droit qui ne reposent pas sur des motifs sérieux et

---

92 Jean-François AUBERT, Traité, cité dans la note 39, volume II, pp. 658 ss Nos 1831 ss; André GRISEL, Droit administratif, cité à la note 41, pp. 176 ss, Traité, cité à la note 41, volume I, pp. 363 ss; Alfred MAURER, Sozialversicherungsrecht, cité à la note 16, Band I, pp. 152 ss; Pierre MOOR, Droit administratif, volume I, cité à la note 53, volume II, Les actes administratifs et leur contrôle, Stämpfli, Berne, 1991.

93 Nous ne nous arrêterons pas aux questions de procédure liées à l'étendue du pouvoir d'examen du juge (examen libre, ou examen limité à l'arbitraire). Voir Blaise KNAPP, Précis 4e éd., cité à la note 51, pp. 125 ss Nos 602-617, Précis 3e éd., cité à la note 53, pp. 109 ss Nos 601-617.

94 Blaise KNAPP, Précis 4e éd., cité à la note 51, p. 124, Nos 599-600, Précis 3e éd., cité à la note 53, p. 109 Nos 599-600. Pierre MOOR, Droit administratif, cité à la note 53, volume I, pp. 400 ss, No 6.3.2. Alfred MAURER, Sozialversicherungsrecht, cité à la note 16, Band. I, p. 152 litt. b, aa, bb.

95 Georg MÜLLER, nouveau Commentaire, cité dans la note 2, article 4, p. 23 ch. 51.

96 Pierre MOOR, Droit administratif, cité à la note 53, volume I, p. 403, No 6.3.2.4.

objectifs et qui sont dépourvues de sens et d'utilité. Dans son premier ouvrage, il rappelait que les dispositions générales et abstraites "violent l'article 4 Cst. lorsqu'elles sont arbitraires, c'est-à-dire qu'elles ne reposent sur aucun fondement raisonnable."[97] Il rappelle que le Tribunal fédéral fait preuve de retenue et qu'il n'exerce sa censure que si les dispositions en cause sont manifestement déraisonnables (déraisonnables à tous points de vue). Le commentateur précité préférerait constater que l'interdiction des dispositions arbitraires résulte des principes généraux d'un Etat fondé sur le droit, le droit de s'opposer aux dispositions arbitraires venant s'ajouter aux droits constitutionnels non écrits, dont la jurisprudence actuelle, s'affranchissant de la lettre des textes, a étendu le nombre.[98]

41. Pour Georg Müller[99], "une application inégale du droit à des situations semblables viole l'article 4 Cst., si elle *ne repose pas sur des motifs objectifs.* C'est le cas lorsque les faits à juger ne se *différencient pas fondamentalement sur le plan juridique.*" Remarque importante pour l'assurance sociale, "l'exigence d'égalité dans l'application du droit n'est violée... que si c'est la *même autorité* qui juge différemment deux cas semblables. La situation est la même lorsque certes deux autorités ont statué, mais que l'une d'elles s'est trouvée dans une position semblable à celle où elle aurait rendu elle-même les deux décisions."[100] Le prénommé se réfère notamment à un arrêt du Tribunal fédéral des assurances.[101] Dans l'affaire à laquelle il fait ainsi allusion, il s'agissait de la perception de cotisations AVS sur des revenus provenant de la location d'appartements meublés et non meublés. La Haute Cour a estimé qu'il ne saurait y avoir violation du principe de la protection de la bonne foi lorsque deux autorités différentes rendent des décisions contradictoires et lorsque, en se fondant sur le droit modifié, une autorité statue sur un même objet d'une autre manière qu'elle ne l'avait fait auparavant, sous l'empire de l'ancien droit.

---

97 André GRISEL, Traité, cité à la note 41, volume I, pp. 364 ss; Droit administratif, cité à la note 41, p. 176.

98 André GRISEL, Traité, cité à la note 41, volume I, p. 365.

99 Georg MÜLLER, nouveau Commentaire, cité dans la note 2, article 4, p. 18 ch. 38.

100 Georg MÜLLER, nouveau Commentaire, cité dans la note 2, article 4, p. 18 ch. 39.

101 ATF 111 V 87 consid. 6 et 7. Voir également Jean-François AUBERT, Traité, cité dans la note 39, volume II, p 655-656 No 1824.

Dans la première éventualité évoquée, il s'agissait d'une qualification du revenu susmentionné (revenu d'une activité lucrative ou produit de la fortune?) par la caisse de compensation qui ne correspondait pas à celle émanant de l'autorité fiscale cantonale. Qu'en aurait-il été si la première qualification avait été le fait *d'une autre caisse de compensation*? Nous inclinons à penser que, dans une telle hypothèse, la bonne foi de l'assuré aurait dû être protégée — à supposer que les conditions posées aient été réalisées, bien entendu. S'agissant de la seconde éventualité, le Tribunal fédéral des assurances a jugé que le principe de la protection de la bonne foi n'était pas violé non plus lorsqu'une nouvelle décision ne correspondant pas à une autre, antérieure, avait été rendue sur la base d'une législation modifiée ou à la suite d'une modification de la jurisprudence (la protection de la bonne foi n'est pas une restriction à la possibilité de procéder à une modification de la pratique).

42. L'arbitraire est une erreur qualifiée (*"qualifizierte Unrichtigkeit"*[102]), dont la signification est cependant moindre à Lucerne, siège du Tribunal fédéral des assurances, qu'à Lausanne, siège du Tribunal fédéral. En effet, les tribunaux des assurances ont la possibilité de corriger déjà les erreurs de moindre importance, par exemple toute violation du droit fédéral. Le Tribunal fédéral des assurances a maintes fois répété que le recours de droit administratif assume la fonction de recours de droit public.[103] Il l'a fait en précisant que la notion de droit fédéral au sens de l'article 104 lit. a OJ comprend les droits individuels établis par la Constitution fédérale (en renvoyant notamment à l'article 4 Cst.) et en rappelant que la jurisprudence du Tribunal fédéral a reconnu que le recours de droit administratif assume le rôle du recours de droit public à l'égard des violations des droits constitutionnels commises par l'autorité cantonale dans les matières soumises au contrôle de l'autorité judiciaire fédérale statuant comme juge administratif.[104] Dans une formulation plus récente, la Haute Cour s'exprime comme suit: l'article 104 let. a OJ dispose que le recours de droit administratif peut être formé pour violation du droit fédéral, notion qui comprend aussi le droit constitutionnel fédéral et les principes généraux du droit tels que les principes d'égalité de

102 Voir également, sur ce point, Jean-François AUBERT, Traité, cité dans la note 39, volume II, pp. 658-659 No 1833, p. 662 No 1846.

103 Alfred MAURER, Sozialversicherungsrecht, cité à la note 16, Band I, pp. 153 litt. b, cc, et 493.

104 Voir par exemple ATF 96 I 184 ainsi que la jurisprudence citée.

traitement et de proportionnalité.[105] Il en résulte que ce recours assume le rôle du recours de droit public à l'égard de violations des droits constitutionnels commises par une autorité dans les matières soumises au contrôle du Tribunal fédéral des assurances en tant que juge administratif.[106] En raison de la subsidiarité absolue du recours de droit public, le recours de droit administratif remplace donc ce dernier dans sa fonction de protection des droits constitutionnels des citoyens.[107] Dans une affaire, par exemple, le Tribunal fédéral des assurances a dû examiner la question du droit du recourant d'être entendu et de consulter le dossier (un refus du juge cantonal d'entendre le recourant — domaine qui comprend celui qui consiste à avoir accès au dossier — pouvant, selon les circonstances, être considéré comme la violation d'un principe de droit fédéral au sens de l'article 4 Cst.).[108]

43. Jörg Paul Müller souligne que "l'interdiction de l'arbitraire remplit, dans notre droit constitutionnel, la fonction d'un *droit fondamental subsidiaire*. Même là où il ne peut se prévaloir d'aucun droit fondamental déterminé, le particulier a le droit d'être protégé contre un traitement grossièrement incorrect." En outre, dans les cas où il est reproché à une décision d'être arbitraire ou contraire au principe d'égalité et de violer en plus un autre droit fondamental, il faut trancher d'abord la question de l'arbitraire ou de l'inégalité puis, si le verdict est qu'il n'y a pas vice de cette nature, il y a lieu d'examiner si la décision n'est pas contraire à un droit fondamental particulier.[109]

44. En tant qu'institutions chargées d'appliquer l'assurance sociale, les caisses-maladie, les caisses de compensation, les caisses d'assurance-chô-

---

105 ATF 109 V 210 consid. 1b et les arrêts cités.

106 ATF 102 V 125 consid. 1b.

107 ATF 104 Ib 119, plus spécialement 120-121; Andreas AUER, La juridiction constitutionnelle en Suisse, Basel/Frankfurt am Main, 1983, p. 122 No 212; Fritz GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2e édition, Berne, 1983, pp. 92 ss et 235.

108 ATF 99 V 60, qui examine également si et dans quelle mesure une violation du droit en cause peut être réparée dans la procédure de recours devant l'autorité fédérale de recours.

109 Jörg Paul MÜLLER, nouveau Commentaire de la Constitution Fédérale de la Confédération Suisse du 29 mai 1874, J.-F. AUBERT, K. EICHENBERGER, J.-P. MÜLLER, R.A. RHINOW, D. SCHINDLER (éditeurs), Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich/Stämpfli, Introduction aux droits fondamentaux (ci-après nouveau Commentaire), p. 50, ch. 202-205.

mage, etc. "sont tenues de se conformer aux principes généraux régissant toute activité administrative, ce qui implique notamment l'interdiction de l'arbitraire, le respect de l'égalité de traitement et du principe de proportionnalité."[110]

3.2. L'interdiction de l'arbitraire au niveau de la norme[111]

3.2.1. Le contenu du principe

45. Il est rare que des normes soient considérées comme arbitraires.[112] Il arrive cependant que des lois fédérales contiennent des dispositions dépourvues de sens et d'utilité. La question qui se pose alors est celle de leur interprétation. A cet égard, le Tribunal fédéral reconnaît au juge la faculté de s'écarter du texte légal pour des raisons sérieuses (*triftige Gründe*). Pour ce faire, il utilise la formule suivante:
"l'application d'une disposition contrairement à son texte clair n'échappe au grief d'arbitraire que s'il existe des raisons sérieuses d'admettre que l'interprétation conforme au texte ne correspond pas au sens véritable de la loi; de telles raisons peuvent résulter de la genèse du texte, de son fondement, de son but ou de ses rapports avec d'autres règles

---

110 ATF 116 V 236 consid. 3b (concernant les caisses-maladie), citant ATF 113 V 215 consid. 3b, RAMA 1989 No K 794 p. 26 consid. 2b. ATF 114 V 274, s'agissant de l'obligation d'appliquer les mêmes critères d'admission à tous les candidats à des assurances-maladie supérieures au minimum légal. ATF 112 V 291, plus spécialement 295: "les caisses-maladie ont l'obligation de se conformer aux principes juridiques de caractère général qui résultent du droit fédéral des assurances sociales, du droit administratif et de la Constitution fédérale..." Cela vaut assurément pour les institutions chargées d'appliquer les autres lois d'assurance sociale.

111 Nous nous limiterons à donner quelques exemples parmi de très nombreux arrêts rendus en la matière.

112 Pierre MOOR, Droit administratif, cité à la note 53, volume I, pp. 404-405, se référant à l'ATF 107 Ib 177, exemple d'une norme contenant une restriction injustifiée, dépourvue de sens et d'utilité et partant, contraire à la Constitution (Ordonnance du Conseil fédéral du 10 novembre 1976, en matière d'acquisition d'immeubles dans des lieux à vocation touristique par des personnes à l'étranger).

légales."[113] Nous nous bornerons à donner un exemple, celui de l'interprétation de l'article 12bis alinéa 4 LAMA, aux termes duquel, lorsque l'indemnité journalière est réduite pour éviter la surassurance, il ne peut être imputé sur la durée des prestations qu'un nombre entier de jours égal au quotient que l'on obtient en divisant la somme des indemnités journalières versées par le montant de l'indemnité journalière assurée. *Le nombre de jours obtenu sera imputé globalement sur la durée des prestations à compter du premier jour de versement de l'indemnité journalière.* Or, il faut savoir qu'à son alinéa troisième, l'article 12bis LAMA pose le principe que l'indemnité journalière doit être assurée, pour une ou plusieurs maladies, durant au moins 720 jours dans une période de 900 jours consécutifs. Appelée à dire si un assuré avait épuisé son droit, après que la caisse lui eut versé des indemnités réduites pour un montant total équivalant à 720 indemnités journalières non réduites, la Haute Cour a tout d'abord rappelé qu'il y avait lieu de procéder à un examen rétrospectif, c'est-à-dire de vérifier si, dans la période de 900 jours précédant immédiatement le moment déterminant (celui où se pose la question de savoir si le droit est épuisé ou non), 720 indemnités ont bien été versées. Dans le cas de versement d'une indemnité journalière réduite, le droit aux prestations ne saurait être donné sans aucune limitation, poursuit le Tribunal fédéral des assurances. Or, le calcul devant, dans un tel cas aussi, se faire rétrospectivement, la règle de l'article 12bis alinéa 4 LAMA prescrivant de mettre en compte des jours entiers d'indemnisation *dès le début* du droit aux indemnités pourra conduire, dans certaines circonstances, "à faire sortir de la période légale de calcul, dont il n'est nullement fait abstraction dans la disposition susmentionnée, des journées d'indemnisation comprimées comme le prescrit la loi. ... Or le but de l'article 12bis alinéa 4 LAMA n'est pas et ne saurait être d'obliger les caisses à verser des indemnités journalières, fussent-elles réduites, sans

113 ATF 95 I 504 (plus spécialement 509), ainsi que d'autres arrêts cités par François GILLIARD, Le Tribunal fédéral, interprète du droit privé, in Les règles d'interprétation, principe communément admis par les juridictions, Enseignement de 3e cycle de droit 1988, Editions universitaires, Fribourg, 1989, pp. 167 ss, plus spécialement pp. 169-170. Le Tribunal fédéral des assurances s'autorise à s'écarter exceptionnellement de la loi lorsque son interprétation littérale conduirait à des résultats manifestement insoutenables qui contrediraient la véritable intention du législateur (ATF 112 V 168, plus spécialement 172, renvoyant à d'autres arrêts antérieurs, cités dans l'étude de Jean-Louis DUC, Les méthodes d'interprétation utilisées par le Tribunal fédéral des assurances, in Les règles d'interprétation, principe communément admis par les juridictions, Enseignement de 3e cycle de droit 1988, Editions universitaires, Fribourg, 1989, pp. 179 ss, plus spécialement pp. 182 ss).

aucune limitation de durée." Constatant que l'interprétation littérale de la loi pouvait conduire, dans ce domaine, "à des situations illogiques, juridiquement inadmissibles", la Haute Cour a recherché — et trouvé — une solution permettant "d'éviter que des prestations réduites pour cause de surassurance soient dues sans limite de durée, contrairement au système même de la loi."[114]

46. Sur le plan des dispositions fédérales d'exécution, voire du droit cantonal, on peut rencontrer des règles qui ne sont pas conformes à la loi. Le Tribunal fédéral des assurances pourra le constater. Ce dernier examine en principe librement la légalité des dispositions d'application prises par le Conseil fédéral. En particulier, il exerce son contrôle sur les ordonnances (dépendantes) qui reposent sur une délégation législative. Lorsque celle-ci est relativement imprécise et que, par la force des choses, elle confère au Conseil fédéral un large pouvoir d'appréciation, la Haute Cour doit se borner à examiner si les dispositions incriminées sortent manifestement du cadre de la délégation de compétence donnée par le législateur à l'autorité exécutive ou si, pour d'autres motifs, elles sont contraires à la loi ou à la Constitution. A cet égard, une norme réglementaire viole l'article 4 Cst. lorsqu'elle n'est pas fondée sur des motifs sérieux et objectifs, qu'elle est dépourvue de sens et d'utilité ou qu'elle opère des distinctions juridiques que ne justifient pas les faits à réglementer. Dans l'examen auquel il procède à cette occasion, le juge ne doit toutefois pas substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité dont émane la réglementation en cause. Il doit au contraire se borner à vérifier si la disposition litigieuse est propre à réaliser objectivement le but visé par la loi, sans se soucier, en particulier, de savoir si elle constitue le moyen le mieux approprié pour atteindre ce but.[115]

---

114 ATF 98 V 75 (voir également ATF 98 V 81 et RJAM 1972 No 154 p. 287). En bref, le calcul doit s'opérer *rétrospectivement* (et non pas en suivant la lettre de la loi, qui prescrit de prendre en compte les indemnités converties en pleines indemnités journalières *dès le premier jour d'indemnisation*).

115 ATF 114 V 181, plus spécialement 184-195, 303 consid. 4a, 112 V 174, plus spécialement 178-179, 111 V 390 et les références citées; voir également ATF 116 V 58 consid. 3b, 114 Ib 19 consid. 2.

3.2.2. Ordonnances fédérales d'exécution

47. Ainsi, le Tribunal fédéral des assurances a par exemple jugé que l'article 20 alinéas 2 et 3 OLAA, édicté sur délégation de l'article 20 alinéa 3 LAA, est conforme à la loi et à la Constitution, dans la mesure où il exprime un principe (prescrivant de prendre en compte entièrement les rentes de l'AVS/AI dans le calcul des rentes complémentaires d'invalidité selon l'article 20 alinéa 2 LAA) de manière absolue, sans prévoir de réglementation différente pour les rentes complémentaires allouées à des rentiers de l'AVS exerçant une activité lucrative à temps partiel et bénéficiant déjà d'une rente pour couple avant de devenir invalides à la suite d'un accident assuré selon la LAA (la Haute Cour a cependant fait une remarque *de lege ferenda*).[116] Ce qui nous intéressera plus spécialement ici, c'est que les considérants rappellent que l'article 20 alinéa 3 LAA contient une large délégation de compétence en faveur du Conseil fédéral, qui jouit dans ce domaine d'une latitude d'appréciation très large, sous la seule réserve de l'interdiction de l'arbitraire *(mit einer solchen Delegation wurde dem Bundesrat ein sehr weiter Spielraum des Ermessens... eingeräumt, die Sonderfälle... unter Beachtung der durch das Willkürverbot gesetzten Grenzen grundsätzlich abschliessend zu umschreiben)*[117].

48. Dans une affaire, concernant les intérêts moratoires dus dans l'AVS, il s'agissait de décider si l'article 41bis alinéa 1 RAVS était conforme à la loi (article 14 alinéa 4 let. e LAVS) et ne violait pas l'égalité devant la loi. Aux termes de cette disposition, des intérêts moratoires sont dus lorsque le débiteur des cotisations est mis en poursuite ou tombe en faillite. Dans les autres cas, des intérêts moratoires sont dus si les cotisations selon le droit fédéral atteignent 3000 francs et ne sont pas versées dans les deux mois à compter de la date où les intérêts commencent à courir. Un tribunal cantonal avait estimé que cette disposition violait le principe d'égalité devant la loi et l'interdiction de l'arbitraire. En plus, elle n'était à ses yeux pas conforme à l'intention du législateur. Le Tribunal fédéral des assurances n'a pas été de cet avis. Il a constaté que l'article 14 alinéa 4 let. e LAVS accordait un large pouvoir au Conseil fédéral et que la Haute Cour devait par conséquent se borner à vérifier si la disposition litigieuse sortait manifestement du cadre de la compétence déléguée ou si elle était de toute

116 ATF 115 V 275 (voir également p. 285, concernant un problème analogue).

117 ATF 115 V 275, plus spécialement 282.

autre manière contraire à la loi ou à la Constitution. Et l'arrêt de renvoyer à la définition habituelle de la violation de l'article 4 Cst. par une disposition d'exécution.[118] Sur le fond, il a retenu que des motifs techniques et pratiques pouvaient justifier une inégalité de traitement, en tout cas lorsque celle-ci ne conduit pas à des résultats inéquitables.[119] En matière d'intérêts moratoires, la réglementation critiquée — à tort — introduisait un traitement inégal justifié par un motif pertinent. La Haute Cour n'a donc vu dans la réglementation de l'article 41bis alinéa 1 RAVS aucune règle contraire à la Constitution.[120]

49. S'agissant en revanche d'intérêts rémunératoires, la Haute Cour a jugé[121] que la réglementation de l'article 41ter alinéa 3 RAVS était contraire à la loi et à la Constitution, dans la mesure où elle se rapporte aux cotisations des personnes exerçant une activité lucrative indépendante.[122] En effet, cette disposition excluait d'emblée les cas les plus importants et les plus fréquents de paiement obligatoire — prévu par la loi — d'intérêts rémunératoires. Il est intéressant de s'arrêter aux considérants de l'arrêt. L'article 14 alinéa 4 let. e LAVS donne au Conseil fédéral la compétence d'édicter des prescriptions sur la perception d'intérêts moratoires et le paiement d'intérêts rémunératoires lorsque des cotisations sont perçues. Se fondant sur cette disposition, le Conseil fédéral a précisé, à l'article 41ter RAVS, à quelles conditions l'administration est tenue de verser des intérêts rémunératoires; il l'a fait en ces termes: "Un intérêt rémunératoire de 0,5 pour cent par mois civil écoulé est accordé lorsque des cotisations versées en trop atteignant au moins 3000 francs doivent être restituées par la caisse de compensation" (alinéa 1); "les intérêts rémunératoires commencent à courir dès la fin de l'année civile durant laquelle les cotisations ont été versées en trop" (alinéa 2); "lorsque l'employeur verse les cotisations conformément à l'article 34, 3e alinéa, ou lorsque les cotisations dues sur le revenu de l'activité

118 "Die Verordnungsregelung verstösst allerdings dann gegen Art. 4 BV, wenn sie sinn- oder zwecklos ist oder wenn sie rechtliche Unterscheidungen trifft, für die sich ein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen nicht finden lässt bzw. wenn sie es unterlässt, Unterscheidungen zu treffen, die richtigerweise hätten berücksichtigt werden sollen (BGE 104 Ib 209, 425)."

119 On trouve dans l'arrêt un renvoi à ATF 100 Ia 328 et à la doctrine.

120 ATF 107 V 203. Autre exemple: ATF 107 V 211, s'agissant de surindemnisation dans l'assurance-invalidité.

121 ATF 110 V 252 (RCC 1984 p. 573).

122 Suite à cette décision, le Conseil fédéral a adapté en conséquence l'article 41ter alinéa 3 RAVS (voir RCC 1985 pp. 438 et 581).

lucrative indépendante sont fixées selon la procédure extraordinaire, les cotisations versées en trop ne donnent pas droit à des intérêts rémunératoires" (alinéa 3). Le Tribunal fédéral des assurances s'est posé "la question de principe de la conformité de cet article 43ter avec la loi et la Constitution." Après avoir rappelé sa ligne de conduite lorsqu'il s'agit d'examiner la conformité au droit des ordonnances du Conseil fédéral, notamment qu'il ne lui incombe pas d'"imposer son appréciation en lieu et place de celle du Conseil fédéral" ni d'"examiner la question de l'opportunité", la Haute Cour a précisé qu'elle devait examiner "si l'ordonnance du Conseil fédéral (pouvait) atteindre le but fixé par la loi" et si le gouvernement avait "exercé son pouvoir d'appréciation conformément au principe de la proportionnalité." La réponse à cette dernière question est oui, "si les moyens prévus ... ont un rapport raisonnable avec ce but." En revanche, il y aura violation de l'article 4 Cst. si les règles posées "ne peuvent être justifiées par des motifs sérieux, si elles sont sans objet ou sans but ou si elles opèrent des distinctions juridiques pour lesquelles on ne peut trouver une explication raisonnable. Il en va de même lorsque l'ordonnance omet de faire des distinctions qui auraient dû, normalement, être prises en considération."[123] Or, le Tribunal fédéral des assurances a constaté qu'en raison du mode de calcul des cotisations des assurés exerçant une activité indépendante, les règles imaginées par le Conseil fédéral excluaient pratiquement le versement d'intérêts rémunératoires, à l'inverse des intérêts moratoires. Il a admis qu'une telle restriction au principe — posé en contrepartie de l'obligation très étendue imposée aux assurés de payer des intérêts moratoires — de l'obligation, non restreinte par la loi et imposée à l'administration, de payer des intérêts rémunératoires était inadmissible, et que le but visé par la loi ne la justifiait pas. Et la Haute Cour de conclure que "la large marge d'appréciation laissée à l'auteur du RAVS (avait) donc été nettement dépassée."

123 L'arrêt renvoie à ATF 109 V 218 consid. 5a ainsi qu'à ATF 107 Ib 246 consid. 4.

50. Un autre arrêt mérite d'être mentionné ici. C'est celui dans lequel le Tribunal fédéral des assurances a jugé qu'en subordonnant la prise en considération, en faveur d'une épouse, d'années supplémentaires de cotisations (années d'appoint) à la condition que le mari ait été soumis à l'obligation de cotiser durant les années manquantes, le Conseil fédéral n'avait pas outrepassé son pouvoir d'appréciation ni violé le principe d'égalité de traitement (articles 42 alinéa 2 let. c LAVS et 52bis RAVS).[124] La Haute Cour a retenu qu'en se voyant accorder la faculté d'instaurer "une réglementation particulière pour les assurés comptant une longue durée de cotisations avec relativement peu d'années manquantes", le Conseil fédéral avait reçu "une liberté d'appréciation très étendue puisqu'elle ne (comportait) aucune indication sur la manière dont celui-ci *(note: le Conseil fédéral)* (devait) user de la délégation de compétence ... conférée." Elle a souligné en outre que la norme légale n'obligeait pas le gouvernement à adopter une réglementation dans ce domaine; à plus forte raison n'avait-il pas l'obligation de mettre en place un système applicable à tous les assurés satisfaisant aux exigences posées. Et le Tribunal fédéral des assurances de poursuivre: "Or, l'autorité exécutive était assurément fondée, sans pour autant tomber dans l'arbitraire, à limiter comme elle l'a fait le cercle des bénéficiaires d'années d'appoint... En subordonnant la prise en considération de telles années d'appoint à la condition que les intéressés aient été soumis à l'obligation de cotiser, le Conseil fédéral a tenu compte du fait que ceux-ci avaient, durant les années manquantes, un lien étroit avec l'assurance, nonobstant le défaut de paiement de cotisations, ce qui est un critère de distinction équitable. Il s'est au surplus conformé au but poursuivi par l'article 38 alinéa 3 LAVS..." La réglementation plus restrictive mise en place dans le cadre de la 9e révision de l'AVS (qui devait consolider les acquis et trouver une solution aux divers problèmes qui se posaient, en garantissant un sain développement de l'AVS tout en ménageant les finances de l'Etat et de l'économie) constituait par ailleurs "une raison sérieuse ... de ne plus accorder presque systématiquement le bénéfice d'années supplémentaires de cotisations."

51. Dans un autre arrêt encore, où il s'agissait de vérifier la conformité à la loi d'une disposition de l'Ordonnance concernant la remise de moyens auxiliaires par l'assurance-invalidité, du Département fédéral de l'intérieur, la Haute Cour, après avoir rappelé les conditions auxquelles il

124 ATF 111 V 104.

subordonnait le caractère admissible d'une subdélégation du Conseil fédéral au Département fédéral de l'intérieur, a rappelé que, même lorsqu'elle disposait d'une grande liberté, l'autorité bénéficiaire de la subdélégation ne pouvait pas "agir d'une manière arbitraire, notamment procéder à des discriminations injustifiées ou adopter des critères insoutenables, ne reposant pas sur des motifs objectifs sérieux." Elle a d'autre part répété que, dans une telle hypothèse, "le juge ne saurait ... substituer sa propre appréciation à celle du Conseil fédéral ou du département; son rôle se bornera à vérifier si la norme édictée reste dans les limites autorisées par la délégation et s'il n'y a pas discrimination injustifiée ou critères insoutenables." Concrètement, il s'agissait de la remise d'un élévateur pour malade, autorisée seulement "lorsque l'emploi d'un tel appareil permet au paralysé de se déplacer de façon indépendante dans son logement."[125] Le Tribunal fédéral des assurances a constaté que si, en introduisant l'article 21 alinéa 2 dans la LAI, le législateur avait bien dans l'idée de faciliter l'existence et d'alléger les épreuves des invalides les plus handicapés, au point de ne pouvoir songer à l'exercice d'une activité professionnelle, on ne pouvait déduire de la seule restriction faite au sujet des cas de peu d'importance (dont les frais ne devaient pas grever l'assurance) que toutes les dépenses occasionnées par des appareils coûteux devaient à l'opposé tomber à la charge de l'AI à la seule condition que l'assuré en ait besoin pour se déplacer, établir des contacts ou développer son autonomie personnelle. En effet, l'article 21 alinéa 2 LAI n'ouvre droit à la remise d'un moyen auxiliaire que dans le cadre d'une liste dressée par le Conseil fédéral. La Haute Cour n'a pas voulu qualifier d'arbitraire la distinction faite selon que l'assuré pouvait ou non se déplacer de façon indépendante dans son appartement; il n'a pas vu là non plus une discrimination injustifiée ou des critères insoutenables. Si dure que soit la réglementation, "la sévérité même extrême d'une exigence ne signifie pas arbitraire : le juge ne peut substituer sa propre appréciation à celle du Conseil fédéral ou du département" (en tout cas lorsque ces derniers disposent d'une grande liberté dans le cadre de la délégation de compétence contenue par la loi). Quant à la distinction opérée dans le cas d'espèce évoqué ci-dessus, elle pouvait se justifier par le principe de la proportionnalité, d'une part, et, d'autre part, par la systématique de la loi.[126]

---

125 Cette exigence a aujourd'hui disparu, mais le cas est intéressant.

126 ATF 105 V 257. Voir également ATF 105 V 23.

52. Dans le domaine de l'assurance-chômage, le Tribunal fédéral des assurances a estimé que le fait que ni le froid ni la neige ne figurent à l'article 65 alinéa 3 OACI (énumérant les branches dans lesquelles l'indemnité de chômage peut être versée en cas de conditions atmosphériques contraignantes) n'était pas arbitraire, au regard de la liberté d'appréciation très étendue laissée au Conseil fédéral par l'article 42 alinéa 2 LACI et du caractère essentiellement politique de la question à résoudre.[127]

3.2.3. Dispositions de droit cantonal

53. S'agissant du contrôle des dispositions de droit cantonal en matière d'assurance sociale régie par le droit fédéral, le Tribunal fédéral des assurances tient un discours semblable.[128] Un arrêt retiendra plus particulièrement notre attention: la Haute Cour y examine la compatibilité avec l'article 4 alinéa 1 Cst. d'une réglementation, prévue par une loi cantonale régissant une institution de prévoyance de droit public, relative à la possibilité de racheter des années d'assurance. Elle déclare: "selon la jurisprudence, une norme générale et abstraite viole l'article 4 alinéa 1 Cst. — soit le principe de l'égalité devant la loi, et l'interdiction de l'arbitraire qui en résulte — lorsqu'elle n'est pas fondée sur des motifs sérieux et objectifs, qu'elle est dépourvue de sens et d'utilité et qu'elle opère des distinctions juridiques que ne justifient pas les faits à réglementer." En l'espèce, la limite d'âge de 55 ans au-delà de laquelle la loi cantonale interdisait le rachat des années d'assurance (sous certaines réserves, pour éviter l'antisélection des risques) n'était en soi pas contraire à la Constitution. En revanche, les conséquences de la réglementation litigieuse dans le cas des assurés de plus de 55 ans qui étaient concernés par l'abaissement de l'âge minimum de la retraite de 60 à 57 ans se révélaient incompatibles avec le principe d'égalité de traitement (faute pour les intéressés de pouvoir procéder à un rachat d'années d'assurance aux fins d'éviter une réduction de la rente de vieillesse en cas de retraite avant l'âge de 60 ans. "En cela — estime le Tribunal fédéral des assurances —, la limite de 55 ans défavorise ces assurés d'une manière qui heurte le sens de l'équité, sur le plan de la prévoyance professionnelle, par rapport à tous ceux qui n'ont pas encore atteint cet âge au moment de la modification en question, ainsi que par rapport aux personnes âgées de

127 ATF 115 V 154.

128 Voir par exemple ATF 110 V 323, en matière de franchise maximum dans l'assurance-maladie.

plus de 55 ans lors de leur engagement par l'Etat." Comme aucun motif raisonnable à l'appui de cette différence de traitement n'avait pu être avancé, c'est à juste titre que l'autorité judiciaire cantonale avait considéré que l'application de la règle de droit cantonal en cause constituait dans le cas d'espèce "un traitement discriminatoire et arbitraire."[129]

3.2.4. Directives de l'administration[130]

54. Il arrive que le Tribunal fédéral des assurances se prononce sur des directives de l'administration, notamment sur celles de l'Office fédéral des assurances sociales. Ces instructions, données par l'autorité de surveillance aux organes d'application de l'assurance sur la façon dont ils doivent exercer leurs compétences, sont destinées à assurer une application uniforme des prescriptions légales par l'administration. Elles n'ont d'effet qu'à l'égard de cette dernière. Elles ne créent pas de nouvelles règles de droit et ne peuvent contraindre les administrés à adopter un certain comportement, actif ou passif. Non publiées au recueil officiel des lois fédérales, elles donnent le point de vue d'un organe de l'Etat sur l'application des règles de droit et non pas une interprétation contraignante de ces dernières. Sans se prononcer sur leur validité (ne constituant pas des décisions, elles ne peuvent être attaquées en tant que telles), le juge en contrôle librement la constitutionnalité et la légalité, à l'occasion de l'examen d'un cas concret. Il ne s'en écarte toutefois que dans la mesure où elles établissent des normes qui ne sont pas conformes aux dispositions légales applicables.[131] La Haute Cour a ainsi déclaré contraires à la loi et à la Constitution certaines directives "incompatibles avec le principe constitutionnel de l'égalité des assurés devant la loi."[132]

55. Nous ne nous arrêterons pas ici aux problèmes résultant d'une modification de la pratique, si ce n'est pour signaler qu'une nouvelle

---

129 ATF 114 V 102, plus spécialement 108 consid. 3b.

130 Pierre-Louis MANFRINI, Nature et effets juridiques des ordonnances administratives, Mémoires publiés par la Faculté de Droit de Genève, No 58, Georg, Genève, 1978; Raymond SPIRA, Le contrôle juridictionnel des ordonnances administratives en droit fédéral des assurances sociales, in Mélanges André Grisel, publiés par Jean-François AUBERT et Philippe BOIS, Ides et Calendes, Neuchâtel, 1983.

131 ATF 114 V 16 consid. 1, renvoyant à ATF 113 V 21, 110 V 267 ss, 107 V 155 consid. 2b et aux références indiquées.

132 ATF 114 V 13, concernant la clause d'assurance et le droit à des mesures de réadaptation à l'étranger dans l'assurance-invalidité.

pratique juridique s'applique en principe à tous les cas encore en suspens au moment où la modification intervient. Il n'y a pas lieu de faire de distinction selon que l'état de fait est survenu avant ou après la modification de la pratique, ou selon que la décision porte sur un droit concernant un moment précédant ou suivant cette modification. Un éventuel versement de prestations interviendra donc *ex tunc* le cas échéant, sans que cela constitue un effet rétroactif ou une violation de l'article 4 alinéa 1 Cst. Sans quoi, il faudrait continuer d'appliquer des instructions administratives reconnues comme contraires à la loi et le principe de l'application correcte du droit objectif serait violé.[133]

3.2.5. Recours de droit administratif et recours de droit public, contrôle abstrait et contrôle concret des normes

56. Comme déjà exposé plus haut, le Tribunal fédéral des assurances a maintes fois réaffirmé que le recours de droit administratif assume la fonction de recours de droit public, en précisant par exemple que la notion de droit fédéral au sens de l'article 104 lit. a OJ comprend les droits individuels établis par la Constitution fédérale (notamment à son article 4) et en rappelant que la jurisprudence du Tribunal fédéral a reconnu que le recours de droit administratif assume le rôle du recours de droit public à l'égard des violations des droits constitutionnels commises par l'autorité cantonale dans les matières soumises au contrôle de l'autorité judiciaire fédérale statuant comme juge administratif. C'est à l'occasion du contrôle des décisions prises dans des cas d'espèce que ce principe prend toute sa signification, encore que les arrêts de la Haute Cour qui se réfèrent expressément à la notion d'arbitraire soient à notre connaissance plutôt rares dans ce domaine, dès lors qu'il sera souvent possible de constater la violation d'une norme de droit fédéral autre que celle de l'article 4 Cst. Cependant, force est de constater que le recours de droit administratif ne pourra tenir lieu de recours de droit public que si l'on a affaire à une décision se fondant sur le droit fédéral.[134] La question est dès lors de savoir quelle autorité pourra valablement procéder au contrôle d'une

133 RCC 1990 p. 269. Voir également ATF 111 V 161, précisant les conditions et effets d'un changement de la pratique administrative et rappelant qu'un droit à la protection de la bonne foi fondé sur le maintien d'une pratique administrative illégale qui dure depuis plusieurs années n'est pas donné.

134 Voir par exemple ATF 112 V 106, s'agissant de dispositions prises par les cantons ou les communes en matière d'assurance-maladie obligatoire (et les arrêts cités).

ordonnance fédérale ou à celui d'une loi cantonale en matière d'assurance sociale.

57. S'agissant de dispositions d'exécution du droit fédéral, "pour des raisons tenant à l'objet des recours tel qu'il est défini dans la PA et l'OJF, la validité d'une ordonnance fédérale ne peut être revue pour elle-même. Elle ne peut être contrôlée qu'à l'occasion de l'adoption d'une décision impliquant l'application de cette ordonnance ou lors d'un recours dirigé contre une telle décision."[135] Il est donc clair qu'une décision d'application d'une disposition d'exécution pourra être examinée par le juge des assurances et, en dernière instance, par le Tribunal fédéral des assurances, pour qui une violation de la Constitution constituera une violation du droit fédéral. Un exemple peut être trouvé dans le domaine de l'assurance-maladie. Une caisse avait fixé les cotisations dues par des assurés collectifs en se conformant à une prescription légale cantonale (en l'occurrence tessinoise) imposant la perception de cotisations identiques dans l'assurance collective et dans l'assurance individuelle. Sur recours, le Tribunal fédéral des assurances a constaté qu'une telle disposition était contraire au droit fédéral, en rappelant au passage que l'approbation de la loi cantonale ne s'opposait pas à un examen par le juge de sa conformité au droit fédéral. Dans cette affaire, la Haute Cour a constaté que l'article 6bis alinéa 1 LAMA prescrivait de fixer les cotisations de l'assurance collective "compte tenu des risques particuliers." Or, la réglementation mise en place en application de cette disposition légale diffère de manière significative de celle valable pour fixer les cotisations de l'assurance individuelle. Le Tribunal fédéral des assurances a constaté en particulier que la LAMA n'instituait aucune solidarité entre l'assurance collective et l'assurance individuelle. Les motifs ayant inspiré le législateur tessinois — éviter une fuite des bons risques vers l'assurance collective et une modification de la structure des caisses ainsi désertées par les assurés qui coûtent le moins cher — n'ont pas été jugés pertinents, dès lors que le droit fédéral autorise les caisses à déroger, dans l'assurance collective, aux conditions de l'assurance individuelle (article 5bis alinéa 2 LAMA) et prescrit de calculer les cotisations en fonction des risques particuliers (article 6bis alinéa 1 LAMA). Le canton du Tessin ne pouvait enfin pas

---

135 Blaise KNAPP, Précis 4e éd., cité à la note 51, pp. 61-62 No 326, 66 No 355, Précis 3e éd., cité à la note 53, pp. 61 No 326, 66 No 355. Voir également André GRISEL, Traité, cité à la note 41, volume I, p. 327 let. b. Jean-François AUBERT, Traité, cité dans la note 39, volume I, Editions Ides et Calendes, Neuchâtel, 1967, p. 94 No 238.

se fonder sur la délégation de compétence de l'article 2 alinéa 1 let. a LAMA.[136]

3.2.6. En cas de procédure d'approbation des normes

58. S'agissant d'une réglementation cantonale, il arrive parfois que la loi d'assurance sociale institue une procédure d'approbation des dispositions prises sur le plan cantonal, voire communal (par exemple, l'article 2 alinéa 3 LAMA, en matière de dispositions introduisant l'assurance-maladie obligatoire). Le refus d'approbation liera le Tribunal fédéral.[137] Par contre, l'approbation donnée par l'autorité compétente (dans notre exemple, l'Office fédéral des assurances sociales, le Département fédéral de l'intérieur ou le Conseil fédéral[138]) va-t-elle exclure un contrôle par le juge des normes approuvées par l'autorité administrative ? La réponse est négative, s'agissant aussi bien (à nos yeux) d'un contrôle abstrait que d'un contrôle concret, celui du Conseil fédéral n'étant que provisoire et ayant seulement pour but d'écarter des prescriptions contraires au droit fédéral à la lumière "d'un premier examen général."[139], [140] Cela peut permettre à l'autorité chargée de l'approbation de paralyser les efforts d'un canton dynamique qui voudrait introduire, par exemple, une assurance-maladie fondée sur des conceptions que cette autorité, en l'occurrence le Conseil fédéral en dernier ressort, jugerait contraires à la LAMA. Ce n'est à l'évidence pas satisfaisant, dès lors que, si elles étaient approuvées, les normes cantonales pourraient être examinées par le Tribunal fédéral des assurances sous l'angle de leur conformité au droit fédéral.

---

136 RAMA 1989 No K 828 p. 424.

137 Jean-François AUBERT, Traité, cité dans la note 39, volume I, p. 302 No 798.

138 Articles 2 alinéa 3 LAMA, 8 Ordonnance V sur l'assurance-maladie.

139 Pierre MOOR, Droit administratif, cité à la note 53, volume I, p. 85, No 2.2.2.7. Jean-François AUBERT, Traité, cité dans la note 39, volume I, p. 302 No 799.

140 S'agissant en revanche de l'approbation des dispositions internes des caisses-maladie reconnues, des statuts notamment (approbation par l'Office fédéral des assurances sociales, avec recours possible jusqu'au Conseil fédéral — articles 4 LAMA et 2 ainsi que 3 Ordonnance V sur l'assurance-maladie), l'approbation ou le refus d'approbation par le Conseil fédéral d'une disposition statutaire ne lie pas le Tribunal fédéral des assurances appelé à se prononcer sur un cas d'espèce: ATF 98 V 67 consid. 2, ATFA 1968 p. 171 consid. 3a.

59. Il est admis que le contrôle abstrait de la constitutionnalité des normes posées par le droit cantonal est de la compétence du Tribunal fédéral, statuant sur recours de droit public.[141] Cela vaut aussi en matière d'assurance sociale. Le recours de droit administratif au Tribunal fédéral des assurances est en effet réservé à l'examen des décisions au sens des articles 97 et 98 lettres b à h OJ en matière d'assurance sociale. Quant à la notion de décision, l'article 97 OJ renvoie à l'article 5 PA, dont le premier alinéa considère comme décisions les mesures prises par les autorités dans des cas d'espèce, fondées sur le droit public fédéral (et qui remplissent encore d'autres conditions, définies plus précisément par rapport à leur objet).[142]

60. Prenons un exemple actuel: le canton du Tessin a récemment adopté des dispositions destinées à promouvoir la solidarité dans l'assurance-maladie, en instituant une péréquation entre les caisses non prévue par le droit fédéral (en l'occurrence la LAMA).[143] Un tel acte peut faire l'objet d'un recours de droit public au Tribunal fédéral; il pourra aussi être contesté dans un cas concret où il viendra à être appliqué.[144] S'agissant d'assurance-maladie au sens de la LAMA, c'est le Tribunal fédéral des assurances qui devra alors être saisi, en dernière instance. Il en résultera éventuellement le risque que ce dernier se sente en fait lié par une décision du Tribunal fédéral qui n'aurait pas conclu à l'anticonstitutionnalité des dispositions appliquées et critiquées, même si le jugement considérant une règle comme constitutionnelle dans un recours direct contre elle ne préjuge pas le sort d'un recours dirigé ultérieurement contre une décision d'application de ladite norme, l'autorité chargée de procéder au contrôle concret étant dès lors en principe tout à fait libre de statuer sans égard au

141 Voir par exemple ATF 112 Ia 180, plus spécialement 183 ss consid. 2, confirmé par le Tribunal fédéral des assurances dans ATF 115 V 368. André GRISEL, Traité, cité à la note 41, volume II, p. 982 ch. 1 let. a.

142 Voir par exemple ATF 107 V 39, plus spécialement 41 consid. 1. Nous n'examinerons pas le cas des allocations de secours au sens des articles 76 LAI et 92 LAVS, auxquelles les assurés concernés n'ont pas un droit (le Tribunal fédéral des assurances n'est pas compétent pour trancher d'éventuels litiges en dernière instance; ATF 96 V 126).

143 Voir Foglio Ufficiale du 17 décembre 1991 N. 101.

144 Nous n'examinons pas ici la procédure d'approbation prévue par l'article 2 alinéa 3 LAMA.

contrôle sommaire effectué précédemment.[145] Il serait dès lors souhaitable, à nos yeux, que le pouvoir d'examen de l'autorité suprême chargée du contrôle abstrait de la norme soit tel qu'il lui permette de se prononcer sur cette question de manière définitive et surtout exhaustive, sans devoir attendre un recours dirigé contre une décision d'application de cette loi. Cela supposerait aussi, et surtout, que le recours de droit public soit examiné par l'autorité qui, habituellement, statue sur les recours en matière d'assurance sociale.

3.3. Application aux cas pratiques

61. Rappelons préalablement qu'en tant qu'institutions chargées d'appliquer l'assurance sociale, les caisses-maladie, les caisses de compensation, les caisses d'assurance-chômage, etc. "sont tenues de se conformer aux principes généraux régissant toute activité administrative, ce qui implique notamment l'interdiction de l'arbitraire, le respect de l'égalité de traitement et du principe de proportionnalité."[146]

62. Selon André Grisel[147], tel que l'interprète le Tribunal fédéral, l'article 4 Cst. exclut les "décisions arbitraires, soit celles qui sont manifestement dépourvues de toute base objective" (déni de justice matériel). Cet auteur préférerait condamner les décisions arbitraires en les tenant pour "contraires à un droit constitutionnel non écrit." Car, pour en déduire l'interdiction de l'article 4 Cst., il faudrait "faire valoir qu'en vertu du principe d'égalité, l'autorité doit appliquer la loi de la même manière dans tous les cas semblables" et "qu'à cette fin elle est tenue ou bien de se conformer toujours à la loi, ou bien de la violer sans cesse", ce qui serait

---

145 ATF 112 Ia 191 consid. 4, où le Tribunal fédéral évoque le risque de décisions contradictoires de lui-même, procédant à un contrôle abstrait, et du Tribunal fédéral des assurances, procédant à un contrôle concret. Blaise KNAPP, Précis 3e éd., cité à la note 53, p. 339 No 1894.

146 ATF 116 V 236 consid. 3b (concernant les caisses-maladie), citant ATF 113 V 215 consid. 3b, RAMA 1989 No K 794 p. 26 consid. 2b. ATF 114 V 274, s'agissant de l'obligation d'appliquer les mêmes critères d'admission à tous les candidats à des assurances-maladie supérieures au minimum légal. ATF 112 V 295 : "les caisses-maladie ont l'obligation de se conformer aux principes juridiques de caractère général qui résultent du droit fédéral des assurances sociales, du droit administratif et de la Constitution fédérale..." Cela vaut assurément pour les institutions chargées d'appliquer les autres lois d'assurance sociale.

147 André GRISEL, Droit administratif, cité à la note 41, p. 177, Traité, volume I, pp. 366 ss.

inadmissible, car contraire au principe de la légalité. Georg Müller[148] rappelle qu'il peut "y avoir arbitraire soit lorsqu'il y a *fausse application du droit*, soit en présence d'un *résultat qui en dépit d'une application exempte d'arbitraire s'avère injuste.*" Dans le premier cas, il faut qu'il y ait "violation manifeste du droit clair" (irrégularité grave, manifeste, en présence d'une norme claire). Dès lors, "s'il existe différentes interprétations possibles des normes juridiques ou diverses appréciations possibles des faits ou des preuves, ou si les lois tolèrent plusieurs solutions parce qu'elles recourent à des notions imprécises ou concèdent un pouvoir d'appréciation, le choix d'une de ces interprétations, appréciations ou solutions n'est pas arbitraire, même si une autre apparaîtrait plus correcte. Aussi bien une décision cantonale n'est-elle pas arbitraire du seul fait déjà qu'elle s'écarte de la jurisprudence du Tribunal fédéral. En revanche, si une autorité cantonale applique une disposition légale d'une façon contraire à son texte clair, elle agit arbitrairement, à moins qu'il n'y ait de sérieuses raisons d'admettre que le texte clair ne reproduit pas le véritable sens de la disposition." Dans le deuxième cas, une application du droit en soi exempte d'arbitraire peut néanmoins contredire "de façon choquante le sentiment de la justice."

63. Les exemples sont nombreux. Ici encore, nous devrons nous limiter à quelques cas choisis. Dans le domaine de l'assurance-maladie, le Tribunal fédéral des assurances a jugé que, bien que les caisses soient autorisées à fournir des prestations volontaires — ou bénévoles — (échappant en principe au contrôle judiciaire), elles n'ont pas le droit de les accorder arbitrairement, au mépris du principe de la mutualité, et en violant le principe de l'égalité de traitement. Il est nécessaire de protéger le droit des assurés de bénéficier tous, à conditions égales, de prestations égales.[149] Autre formulation: même effectué à titre facultatif, le verse-

---

148 Georg MÜLLER, nouveau Commentaire, cité dans la note 2, article 4, pp. 24 -26 ch. 52-57.

149 RJAM 1978 No 333 p. 187 consid. 4. On pourrait discuter le bien-fondé de l'exigence du Tribunal fédéral des assurances, qui prescrit aux caisses de rendre, sur demande, une décision en matière de prestations bénévoles, afin de permettre à l'assuré de se prévaloir d'un éventuel arbitraire (RJAM 1973 No 177 p. 152 consid. 1). On pourrait aussi se demander si la Haute Cour est conséquente, lorsqu'elle entre en matière sur un recours dans ce domaine, alors qu'il n'existe pas de droit à des prestations bénévoles. Nous avons déjà signalé en effet que le Tribunal fédéral des assurances n'est pas compétent pour connaître d'éventuels litiges concernant des allocations de secours au sens des articles 76 LAI et 92 LAVS, auxquelles les assurés concernés n'ont pas un droit (ATF 96 V 126). Ne faudrait-il pas, dès lors, admettre que le seul recours possible est, en matière de prestations bénévoles des caisses-maladie, le recours de droit public ?

ment de prestations fixées de cas en cas, sans qu'on tienne compte de règles générales permettant d'éviter des inégalités de traitement, ne serait pas conciliable avec le principe de la mutualité.[150] Ou bien: si une caisse fait dépendre les prestations de l'observation des conditions légales et statutaires, cette pratique doit, selon le principe de l'égalité de traitement pour tous les assurés, être également appliquée aux membres de la caisse qui ont jusqu'ici reçu des prestations dans des circonstances comparables.[151] Ou encore: il n'est pas interdit aux caisses de verser des prestations bénévoles. Si elles en prévoient, elles doivent cependant tenir compte des principes de l'égalité devant la loi et de la mutualité (articles 4 Cst. et 3 alinéa 3 LAMA).[152]

64. Le Tribunal fédéral des assurances exige d'autre part que les frontaliers qui sont mis sur un pied d'égalité avec les autres assurés des caisses-maladie sur le plan des cotisations puissent prétendre à des prestations pour les mesures appliquées à leur lieu de séjour à l'étranger ou dans les environs (exception au principe de la territorialité sans cela appliqué strictement dans cette branche d'assurance sociale), pour autant qu'un traitement en Suisse ne soit pas exigible ni possible. Cela, au nom de l'égalité de traitement.[153, 154]

65. Dans le domaine de l'assurance-maladie toujours, le Tribunal fédéral des assurances a maintes fois rappelé que les sanctions découlant des statuts ne sauraient être prises arbitrairement.[155] Le plus souvent, la Haute Cour rappelle qu'elles doivent respecter le principe de la proportionnalité.[156] S'agissant de l'exclusion d'un médecin de la pratique pour le

---

150 ATF 101 V 236 consid. 2.

151 RJAM 1978 No 324 p. 114 consid. 3.

152 RJAM 1979 No 350 p. 3.

153 ATF 105 V 280. Voir également RAMA 1987 No K 741 p. 266, s'agissant d'un saisonnier mis au bénéfice de la même réglementation.

154 Le principe de la territorialité, tel qu'appliqué dans l'assurance-maladie, connaît en outre une exception notable apportée par le droit international. Il s'agit plus précisément des articles 10a à 10g de la Convention sur la sécurité sociale entre la Confédération suisse et la République fédérale d'Allemagne, telle que modifiée par la Deuxième Convention complémentaire du 2 mars 1989 (en vigueur depuis le 1er avril 1990, RO 1990 pp. 492 ss). Cf. le Message concernant la Deuxième Convention complémentaire de sécurité sociale avec la République fédérale d'Allemagne — FF 1989 II 497 ss.

155 Voir par exemple ATFA 1968 p. 160, consid. 4 pp. 165-166.

156 Voir par exemple ATF 98 V 147, 99 V 129, 102 V 197, 104 V 10, 105 V 280, 106 V 40, 177, 179.

compte des caisses-maladie (article 24 LAMA), le Tribunal fédéral des assurances a jugé qu'une suspension définitive de l'exercice de la profession sans avertissement préalable ne pouvait être prescrite qu'exceptionnellement, en présence d'un manquement "si grave qu'il dénote une mentalité tout simplement incompatible avec la qualité de membre de la branche professionnelle en question".[157] Le Tribunal fédéral a eu l'occasion lui aussi de s'occuper, sous l'angle de la violation de l'article 4 Cst., des décisions des tribunaux arbitraux cantonaux (article 25 LAMA) concernant l'exclusion de la pratique des caisses. Il a jugé qu'une exclusion durable du médecin objet d'une plainte se justifiait parce que la polypragmasie n'avait pas été, chez lui, un phénomène simplement unique ou passager, mais au contraire un état durable, en se référant à la pratique en matière de mesures disciplinaires et en rappelant que de telles mesures doivent être conformes au principe de la proportionnalité.[158]

66. Dans un autre domaine, le Tribunal fédéral des assurances a jugé qu'une différence de traitement fondée uniquement sur le genre d'assurance souscrite par des assurés d'une caisse-maladie, en matière de transfert sans formalités de cette caisse dans une autre, nouvellement créée pour permettre de "protéger une situation antérieure", n'était pas arbitraire.[159]

67. En matière d'affiliation à une caisse-maladie, la Haute Cour a rappelé qu'il était conforme au droit fédéral de subordonner l'accès à une assurance dont les prestations dépassent le minimum légal à la condition que le candidat ne présente pas un état de santé autorisant la formulation d'une réserve au sens de l'article 5 alinéa 3 LAMA. Elle a rappelé à cet égard qu'il n'était pas possible de se prévaloir du principe de la proportionnalité, dans un tel cas, pour obtenir une affiliation avec réserve, en invoquant la grande improbabilité que l'affection mise sous réserve se déclare ou récidive. Le principe susmentionné n'entrerait en ligne de compte que si les dispositions internes de la caisse laissaient le choix entre l'affiliation avec réserve et le refus d'admettre le candidat pour des prestations supérieures au minimum légal. A défaut d'une telle disposition, le refus d'assurer des prestations plus étendues même en présence d'un risque peu élevé de récidive n'est pas arbitraire (égalité de traitement,

---

157 ATF 106 V 40.

158 ATF 100 Ia 360 consid. 3b.

159 ATF 116 V 231.

réservée).[160] La même remarque peut être faite à propos de la sanction du retard apporté à annoncer la survenance d'une affection (annonce du cas) dans l'assurance-maladie toujours. Nous y reviendrons plus loin.

68. L'admission et la radiation des médicaments dans les listes prévues par les articles 12 alinéa 5 LAMA et 22 Ordonnance III sur l'assurance-maladie selon la procédure réglée par l'Ordonnance VIII sur l'assurance-maladie constitue sans doute un terrain de prédilection pour examiner la portée du principe d'égalité dans l'application de la loi consacré par l'article 4 Cst. Le Tribunal fédéral des assurances a précisé que l'autorité de recours de devait pas s'écarter sans motifs impérieux d'une décision d'un organe administratif assisté ou composé d'experts. Il s'est demandé cependant s'il n'était pas contraire au principe susmentionné de maintenir l'inscription de certains médicaments, dont le caractère désuet était reconnu par un professeur et par la Commission fédérale des médicaments, et de refuser l'inscription d'un autre. Certes, selon la Haute Cour, le principe de la protection du statut acquis justifie-t-il dans une certaine mesure quelque tolérance de l'administration. Pourtant, dans le cas d'espèce, les juges de Lucerne ont estimé que, vu les circonstances (prescription fréquente du médicament en cause, qui donnait satisfaction et pouvait remplacer d'autres substances dont l'administration n'était pas indiquée), le principe de l'égalité de traitement dans l'application de la loi devait l'emporter sur d'autres considérations.[161]

69. Lorsqu'elles dispensent les médecins de l'année de carence prévue à l'article 16 alinéa 1 LAMA, les caisses-maladie ont une liberté d'action qui est limitée par l'interdiction de l'arbitraire. Sous cette réserve, elles peuvent donc décider si et à quelles conditions elles entendent accorder une telle dispense. Le Tribunal fédéral des assurances n'a pas considéré comme critiquable un critère tiré du nombre des médecins actifs dans une

---

160 ATF 114 V 279 consid. 4a-c. L'arrêt du Tribunal fédéral des assurances porte sur l'assurance-maladie/soins, domaine dans lequel la protection légale est relativement développée (depuis la révision partielle du 13 mars 1964). Dans le secteur de l'assurance-maladie/indemnité journalière, les règles de la LAMA sont en revanche extrêmement limitées et la protection n'est pratiquement que supralégale (cf. le montant de l'indemnité minimale exigée). Cette différence au niveau de la réglementation légale justifierait-elle que l'on admette plus facilement le grief d'arbitraire en matière d'affiliation à l'assurance d'une indemnité journalière? La question mériterait d'être examinée plus avant — elle n'est que soulevée ici.

161 RJAM 1981 No 458 p. 186, citant ATF 105 V 190 consid. 3, 99 Ia 591 consid. 1c.

certaine région, ou du besoin de limiter dans une certaine mesure les coûts de l'assurance.[162]

70. Selon la jurisprudence, les cotisations AVS acquittées par une personne qui n'était pas assujettie à l'AVS doivent être remboursées, dans la mesure où elles ne sont pas atteintes par la prescription. Pour éviter toutefois de créer une inégalité de traitement entre l'institution d'assurance et les assurés dans ce domaine, le Tribunal fédéral des assurances a ordonné de considérer que les cotisations non remboursables en application du principe susmentionné étaient formatrices de rente et, par conséquent, qu'elles devaient entrer dans le calcul de la rente éventuellement due à la personne en question.[163], [164] On est ici à cheval entre l'arbitraire au niveau de la norme et l'arbitraire au niveau de la décision.

4. Protection de la bonne foi[165]

4.1. Généralités

71. "La bonne foi est fondamentale dans les rapports entre individus comme dans les relations entre l'Etat et les citoyens; elle est essentielle au fonctionnement de la démocratie, du droit et de l'Etat de droit". Georg Müller voit dans la bonne foi, au sens large, "un *principe général de droit interdisant à l'Etat et aux particuliers, en toutes leurs activités et dans tous les domaines, les procédés déloyaux, l'abus de droit et les attitudes*

---

162 RAMA 1985 No K 652 p. 281.

163 ATF 97 V 144 et 101 V 180.

164 Quid si la personne non assujettie — et qui a cotisé ainsi à tort — était de bonne foi et qu'elle demande le non-remboursement des cotisations qui ne sont pas atteintes par la prescription et leur maintien sur son compte individuel AVS? Le Tribunal fédéral des assurances a admis l'application du principe de la bonne foi (ATF 110 V 145).

165 "*Treu und Glauben*". Voir Beatrice WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1983; ou encore Jean-Daniel DUCOMMUN, Légalité et bonne foi dans la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, in Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne, 1977, pp. 249 ss, sur l'apparition du principe de la bonne foi et son application par le Tribunal fédéral des assurances — qui remonterait véritablement à 1957 seulement (ATFA 1957 pp. 174 ss). Voir également: François PICOT, La bonne foi en droit public, Rapports et communications de la Société suisse des juristes, 111e année, 1977, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, pp. 115 ss; Katharina SAMELI, Treu und Glauben im öffentlichen Recht, Rapports et communications de la Société suisse des juristes, 111e année, 1977, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, pp. 287 ss.

contradictoires entre eux", sa méconnaissance étant assimilée à une violation du droit pouvant être invoquée dans un recours de droit public lorsqu'elle est en contradiction manifeste avec des règles claires et incontestées. Cependant, "certains *droits du citoyen, que celui-ci a acquis en se fiant à un comportement précis de l'Etat, sont ... protégés, selon la doctrine et la jurisprudence récentes, directement par l'article 4 Cst.*" Il s'agit là de la protection de la bonne foi au sens étroit, principe qui peut entrer en conflit avec celui de la légalité.[166,167]

72. Le principe de la bonne foi ancré expressément à l'article 2 CC pour ce qui concerne le droit privé vaut aussi en droit public, en particulier en droit des assurances sociales, où son application n'est guère contestée; il a rang de principe constitutionnel et est déduit de l'article 4 Cst.[168, 169] Blaise Knapp subdivise ce principe en plusieurs sous-principes, à savoir:

- le principe de la bonne foi proprement dit (selon lequel l'Etat et l'administré s'en tiennent à leurs déclarations et ne cherchent pas à se tromper par des manifestations de volonté inexactes ou incomplètes);
- le principe de la confiance (postulant que l'Etat respecte la sécurité juridique et que l'administré soit tenu de faire quelque chose ou d'en être dispensé dans la mesure seulement où il pouvait ou devait le comprendre);
- l'interdiction de l'abus de droit (empêchant l'Etat ou l'administré d'utiliser son pouvoir ou son droit à des fins pour lesquelles il n'est pas destiné).[170]

73. En droit des assurances sociales, le principe s'applique essentiellement dans deux domaines: celui de l'attitude requise de l'administration

---

166 Georg MÜLLER, nouveau Commentaire, cité dans la note 2, article 4, pp. 27ss ch. 59 ss. L'auteur renvoie à André GRISEL, qui se demande si l'on n'est pas en présence d'un droit fondamental non écrit (André GRISEL, Droit administratif, cité à la note 41, p. 177).

167 Jean-Daniel DUCOMMUN, Légalité et bonne foi dans la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, in Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne, 1977, pp. 249 ss.

168 Alfred MAURER, Sozialversicherungsrecht, cité à la note 16, Band I, p. 160 ch. 1. André GRISEL, Droit administratif, cité à la note 41, p. 187, Traité, volume I, pp. 388 ss. Jean-François AUBERT, Traité, cité dans la note 39, supplément 1967-1982, Editions Ides et Calendes, Neuchâtel, 1982, pp. 234-236 No 1843bis.

169 ATF 94 I 521.

170 Blaise KNAPP, Précis 4e éd., cité à la note 51, p. 105 No 498, Précis 3e éd., cité à la note 53, p. 92 No 498.

et des administrés dans leurs rapports; celui de l'interprétation des normes — y compris les décisions, dispositions internes des assureurs, etc.[171]

4.2. Principe de la bonne foi proprement dit

4.2.1. Remarques liminaires

74. Le principe de la protection de la bonne foi peut entrer en conflit avec d'autres principes: égalité de traitement, légalité, sécurité du droit. L'autorité, qui a toujours statué d'une certaine manière, peut-elle changer sa manière de voir et modifier sa pratique, en invoquant par exemple le principe de la légalité? Les principes susmentionnés ayant leur fondement dans la Constitution, ils "sont par essence de même rang".[172]

75. Georg Müller examine les diverses hypothèses qui peuvent se présenter.[173] Il se penche ainsi sur le problème du changement de jurisprudence: "la modification d'une jurisprudence est compatible avec le principe de l'égalité juridique dans la mesure où elle *s'appuie sur des raisons objectives et sérieuses* et que *l'intérêt à une application correcte de la loi l'emporte sur celui à la sécurité du droit, respectivement à la protection de la bonne foi.*"[174] Georg Müller soulève une question très intéressante: celle de la révocation des actes administratifs entrés en force, ou leur modification. Il relève que "normalement, un changement de pratique ne constitue pas un motif de révoquer des actes administratifs entrés en force ou de les modifier, sur requête d'un intéressé, en procédure de révision. Il n'en va différemment que si le changement de jurisprudence est le fruit d'une évolution si forte des conceptions juridiques que l'adap-

---

171 Alfred MAURER, Sozialversicherungsrecht, cité à la note 16, Band I, pp. 160-161 ch. 2.

172 Georg MÜLLER, nouveau Commentaire, cité dans la note 2, article 4, p. 19 ch. 41.

173 Georg MÜLLER, nouveau Commentaire, cité dans la note 2, article 4, pp. 19ss ch. 42 ss; voir également, s'agissant de la prédominance requise de l'intérêt à la protection de la bonne foi, article 4, pp. 31-32 ch. 68-69.

174 Voir également Jean-François AUBERT, Traité, cité dans la note 39, volume II, pp. 656-658 Nos 1826-1830.

tation des décisions rendues sur la base de l'ancienne jurisprudence s'impose pour des motifs tirés de l'égalité juridique."[175]

76. Georg Müller examine aussi, au regard de la jurisprudence, la question de l'égalité dans l'illégalité: "lorsque, dans un cas, une autorité décide autrement que ce que prescrivent les normes juridiques applicables, l'égalité juridique ne lui impose pas, dans le jugement d'un cas ultérieur analogue, de déroger de nouveau au droit en vigueur. Toutefois, si *l'autorité s'écarte de la loi* non seulement dans un cas ou dans quelques cas isolés, mais *dans sa pratique constante,* et donne à croire qu'*à l'avenir aussi elle statuera d'une façon non conforme à la loi,* le citoyen peut

175 Une affaire particulière mérite un examen. C'est celle d'un assuré victime très jeune d'un accident au service militaire dont les séquelles avaient justifié le seul versement d'une rente permanente pour atteinte grave à l'intégrité qui s'élevait à 3'311 francs 10, en 1987. Le Tribunal fédéral des assurances ayant modifié sa jurisprudence en matière de calcul des rentes pour atteinte à l'intégrité, l'OFAM informa l'assuré de ce que la rente permanente servie de ce chef serait adaptée à la nouvelle pratique, qui conduisait à allouer à l'assuré dès le 1er janvier 1988 une prestation mensuelle de 1'073 francs 95 seulement. La Haute Cour a protégé cette manière de faire, en refusant de voir dans le versement pendant des années d'une rente notablement plus élevée un motif de protéger la bonne foi — indéniable — de l'intéressé. Pourtant, le tribunal cantonal des assurances avait estimé qu'on ne pouvait pas ignorer tout simplement certaines circonstances du cas d'espèce, notamment le fait que l'intéressé avait organisé sa vie, en l'occurrence pris sa retraite à 62 ans déjà, sans bénéficier d'un "pont AVS" (en raison de l'importance de la rente de l'assurance militaire), en se fondant sur l'octroi d'une prestation dont il était en droit de penser qu'elle serait viagère. L'autorité cantonale de recours a estimé à cet égard qu'il y avait lieu de tenir compte de la bonne foi de l'assuré qui, fort de la rente permanente qui lui était servie, avait pris des dispositions sur lesquelles il ne lui était plus possible de revenir lorsque l'OFAM avait décidé de réduire cette prestation. Aussi avait-elle invité l'administration à procéder à un complément d'instruction pour déterminer quelle prestation il faudrait allouer à l'assuré pour pallier la réduction considérable de sa rente pour atteinte à l'intégrité. Le Tribunal fédéral des assurances s'est fondé sur une jurisprudence critiquée, mais confirmée malgré tout (arrêt du 13 août 1987 cité dans le rapport de l'Office fédéral de l'assurance militaire de 1987 p. 66). Elle l'a encore été dans plusieurs décisions ultérieures qui, outre qu'elles répondaient aux critiques formulées, ont rappelé qu'il est exceptionnellement admissible de reconsidérer une décision administrative à l'origine exacte pour l'adapter à une nouvelle pratique, lorsqu'il s'agit d'éviter une violation choquante du principe de l'égalité de traitement. Or, une inégalité inadmissible serait tolérée, si l'on acceptait que des assurés victimes d'un atteinte de même nature, placés dans une situation comparable, puissent toucher des rentes pour atteinte à l'intégrité de montants différents (ATF 115 V 308, plus spécialement 309 consid. 2 b et 314 consid. 4 a dd; arrêt non publié C. du 30 octobre 1989, consid.- 2 b). A notre avis, la solution cantonale répondait aux exigences de la protection de la bonne foi en instituant un régime transitoire tenant compte des intérêts de l'assuré et de l'assurance (voir Georg MÜLLER, nouveau Commentaire, cité dans la note 2, article 4, p. 33 ch. 71 *in fine*).

exiger d'être traité sur un pied d'égalité, c'est-à-dire de *bénéficier aussi de l'avantage illégal... L'autorité n'est cependant contrainte au maintien de sa pratique illégale que si elle n'a pas l'intention de l'abandonner à l'avenir: dans ce cas, l'intérêt à un traitement égal des personnes concernées, à la sécurité du droit et à la confiance mise dans la pratique antérieure l'emporte généralement sur l'intérêt au respect de la légalité...*" Certaines circonstances spéciales peuvent néanmoins faire prévaloir l'application correcte de la loi sur l'égalité de traitement et la protection de la bonne foi.[176, 177]

77. Quant au principe de la légalité, il peut éventuellement entrer en conflit avec celui de l'autorité de la chose jugée, voire avec le principe de la bonne foi, lorsque l'administration, dont une décision erronée n'a pas été déférée au juge, s'aperçoit après coup de son erreur. Il est admis que ladite administration conserve — à certaines conditions, dont l'existence limite ainsi sa liberté dans ce domaine — la faculté de révoquer l'acte entaché d'erreur, de le reconsidérer (selon la terminologie du Tribunal fédéral des assurances), la suprématie étant ainsi reconnue au principe de la légalité. Il n'en reste pas moins que la sécurité du droit et la protection de la bonne foi sont des freins mis à l'application stricte du principe de la légalité. La première est garantie — dans une certaine mesure au moins — par la condition suivante, mise à la reconsidération: cette dernière n'est possible que si l'on est en présence d'une erreur grossière de l'administration. Le Tribunal fédéral des assurances exprime comme suit les règles à observer dans ce domaine: selon un principe général du droit des assurances, l'administration peut reconsidérer une décision formellement passée en force de chose jugée et sur laquelle une autorité

---

176 Exemples: bien que le droit cantonal applicable traitât de manière différente et sans motifs sérieux et objectifs les bénéficiaires de rentes de vieillesse, qui pouvaient seuls prétendre à une treizième mensualité d'un supplément pour enfant, et les bénéficiaires de rentes d'invalidité, le Tribunal fédéral des assurances a estimé qu'il n'était pas possible d'invoquer le droit à l'égalité si, dans la pratique, cette treizième mensualité n'était pas versée aux titulaires de rentes de vieillesse ou si l'autorité s'était engagée à modifier la loi dans le but de supprimer l'avantage concédé à cette catégorie de rentiers (ATF 115 V 234). En matière d'assurance-maladie et d'admission de nouveaux membres en violation de la loi: ATF 116 V 238 consid. 4c.

177 Sur ce point, voir également Jean-François AUBERT, Traité, cité dans la note 39, volume II, p. 658 No 1830; Blaise KNAPP, Précis 4e éd., cité à la note 51, p. 91 No 491; Andreas AUER, L'égalité dans l'illégalité, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, 1978, pp. 290 ss.

judiciaire ne s'est pas prononcée quant au fond, à condition qu'elle soit sans nul doute erronée et que sa rectification revête une importance notable.[178, 179] La seconde trouve son compte dans les règles destinées à protéger le justiciable qui a réglé sa conduite en se fondant sur des décisions ou déclarations de l'administration, ou sur le comportement de cette dernière: le principe de la bonne foi fera alors échec à l'application de la loi.[180, 181]

4.2.2. Le contenu du principe

78. Selon la jurisprudence, analysée notamment par Blaise Knapp, l'administré doit agir de bonne foi envers l'administration, notamment lui fournir des informations justes et véridiques pour lui permettre de prendre des décisions valables et exactes; une attitude contraire à la bonne foi devra être sanctionnée et les décisions obtenues en sa faveur pourront être révoquées en principe en tout temps.[182] De son côté, Alfred Maurer rappelle que l'assuré qui adopte un comportement contraire aux règles de la bonne foi peut se voir opposer l'abus de droit.[183] Si le principe de la légalité (nul n'est censé ignorer la loi) est indispensable pour éviter des litiges relatifs à la connaissance des textes et à la bonne ou mauvaise foi

---

178 ATF 116 V 62 consid. 3a, 115 V 186 consid. 2c, 212 consid. 2c, 314 consid. 4a/cc et les arrêts cités.

179 Voir aussi Philippe Bois, La décision dans le domaine des assurances sociales, in Mélanges offerts à la Société suisse des juristes, Mémoires publiés par la Faculté de Droit de Genève, No 50, Georg, Genève, 1976 (également paru dans Philippe Bois, Etudes de droit social, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1991, pp. 191 ss); Martin Gosswiler, Die Verfügung im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, ASR, Heft 478, Stämpfli, Berne, 1983, pp. 171 ss.

180 Jean-Daniel Ducommun, Légalité et bonne foi dans la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, in Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne, 1977, pp. 249 ss, où l'on trouvera une série d'exemples tirés de la pratique du Tribunal fédéral des assurances.

181 Sur la non-application du principe de la proportionnalité dans le domaine de la reconsidération, voir Ulrich Zimmerli, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, Rapports et communications de la Société suisse des juristes, 112e année, 1978, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, pp. 101-102.

182 Blaise Knapp, Précis de droit administratif, Précis 4e éd., cité à la note 51, p. 106 No 499, Précis 3e éd., cité à la note 53, p. 92 No 499.

183 Alfred Maurer, Sozialversicherungsrecht, cité à la note 16, Band I, p. 166 ch. 7 litt. a, avec exemple et critique de la jurisprudence.

des administrés, il n'en demeure pas moins nécessaire de déterminer les suites à donner à l'ignorance effective de la loi. L'auteur précité estime que celui qui viole la loi de fond doit toujours faire l'objet d'une sanction — sans exclure cependant le bénéfice des conséquences bénéfiques de l'acte, si ces conséquences sont minimes et ne mettent en cause aucun intérêt de tiers ni aucun intérêt public important. Etant entendu en revanche qu'il faudra recourir à l'exécution forcée pour rétablir une situation conforme au droit, si la violation de celui-ci porte atteinte à l'intérêt de tiers ou à un intérêt public important. Quant à la violation d'une règle de procédure mineure, elle devrait pouvoir être réparée.[184]

79. On admet ainsi que l'assuré doit se comporter selon les règles de la bonne foi[185], par exemple en répondant de manière véridique et complète au questionnaire de santé des formules de demande d'admission dans les caisses-maladie (selon le Tribunal fédéral des assurances, la jurisprudence en matière de réserves — dans l'assurance-maladie — découle des règles relatives à la bonne foi[186]), en annonçant spontanément et immédiatement à l'administration les changements pouvant avoir des répercussions sur le droit aux prestations (voir par exemple l'article 77 RAI), en s'abstenant de faire preuve d'esprit de chicane ou de contester une dette de cotisations à seule fin d'en retarder le paiement[187], etc.

80. De l'autre côté, l'administration doit se comporter correctement, agir consciencieusement et avec égard; les rapports entre l'administration et les administrés doivent être dominés par une confiance réciproque, et cette confiance doit être protégée.[188] Un devoir d'information des organes

---

184 Blaise KNAPP, Précis 4e éd., cité à la note 51, p. 107 No 504, Précis 3e éd., cité à la note 53, p. 93 No 503.

185 Il convient de souligner que la remise de l'obligation de restituer les prestations touchées indûment présuppose notamment la bonne foi de l'assuré (article 47 alinéa 1 LAVS).

186 RJAM 1977 No 279 p. 39.

187 ATF 101 V 229.

188 Signalons, sans nous y arrêter, une question intéressante : celle du montant de l'indemnité journalière qu'une caisse-maladie admet d'assurer et le refus ultérieur de cette même caisse de verser intégralement ladite indemnité pour cause de surassurance (voir par exemple ATF 110 V 322 consid. 5). Nous ne nous arrêterons pas non plus à la question de la modification des dispositions internes des caisses-maladie et des problèmes qui peuvent en découler au niveau de la protection de la bonne foi (nous citerons quelques arrêts, à titre d'exemples : ATF 107 V 161, plus spécialement 163, RAMA 1990 No K 833 p. 27 et 1985 No K 627 p. 129).

chargés d'appliquer les lois d'assurance sociale découle même, selon la doctrine, du principe de la bonne foi.

81. Encore faut-il déterminer la valeur qu'il y a lieu de conférer aux informations ainsi données.[189] Selon la jurisprudence, l'autorité qui fait une promesse, donne une information ou une assurance, applique un contrat de droit administratif ou a un comportement créant certaines expectatives doit honorer sa promesse ou satisfaire les expectatives créées, en vertu du principe de la bonne foi, même si la promesse ou l'expectative sont illégales.[190] Mais il faut que des conditions soient réunies cumulativement:

a) l'autorité doit avoir agi dans un cas concret et vis-à-vis d'une personne déterminée. Il y a lieu de préciser cependant — ce qui pourrait avoir de l'importance en droit des assurances sociales — que des informations générales, des directives ou instructions, une pratique administrative ou judiciaire "peuvent exceptionnellement contenir des indications à ce point précises que le citoyen qui agit en s'y fiant mérite d'être protégé";[191, 192]

189 Alfred MAURER, Sozialversicherungsrecht, cité à la note 16, Band I, pp. 161-162 ch. 4.

190 Voir par exemple, parmi de très nombreux arrêts, ATF 106 V 65, plus spécialement 72, 110 V 155, 111 V 71.

191 ATF 111 V 65, plus spécialement 71 (un aide-mémoire sur l'AVS édité par l'administration — et contenant des renseignements périmés, qui n'étaient plus en accord avec une nouvelle pratique administrative — et remis à l'assuré par l'employeur a été admis comme fondement de la bonne foi). ATF 109 V 52, plus spécialement 55 consid. 3 : un aide-mémoire remis par l'administration en réponse à une question posée par un assuré peut donner lieu à une décision qui s'écarte du droit matériel. En revanche, le Tribunal fédéral des assurances a refusé de mettre au bénéfice du principe de la protection de la bonne foi les épouses auxquelles la qualité d'assuré du mari, ressortissants suisses à l'étranger obligatoirement affiliés à l'assurance suisse, ne s'étendait pas automatiquement et qui, fortes de renseignements erronés fournis par l'administration, n'avaient pas adhéré à l'assurance facultative (ATF 104 V 121, 107 V 1, RCC 1981 p. 318; Message du Conseil fédéral du 14 mars 1983 concernant l'adhésion tardive à l'assurance facultative AVS et AI des épouses de ressortissants suisses à l'étranger obligatoirement assurés, FF 1983 II 177). Les renseignements erronés donnés par les représentations suisses à l'étranger quant aux possibilités d'adhérer à l'assurance facultative et aux répercussions de celles-ci peuvent justifier l'application du principe de la protection de la bonne foi : RCC 1990 p. 460.

192 Pour d'autres précisions et développements, voir Georg MÜLLER, nouveau Commentaire, cité dans la note 2, article 4, pp. 28-29 ch. 62-63.

b) l'autorité qui a agi doit avoir été compétente ou être censée avoir été compétente;[193]

c) l'administré ne devait pas pouvoir se rendre compte immédiatement de l'illégalité du comportement, de l'assurance, du renseignement ou de la promesse de l'administration;

d) l'administré doit avoir pris des dispositions qu'il ne saurait modifier sans subir un préjudice, en se fondant sur les déclarations ou le comportement de l'administration.[194] Il doit y avoir un lien de causalité entre la situation de confiance et les dispositions prises;[195]

e) il faut que la loi n'ait pas été modifiée entre le moment où l'autorité a agi et celui où le principe de la bonne foi est invoqué.[196]

82. Le Tribunal fédéral des assurances a pendant longtemps exigé qu'une sixième condition soit remplie, à savoir que le principe de la bonne foi ne soit pas exclu par une réglementation particulière découlant directement et nécessairement de la loi.[197, 198, 199] Cette dernière exigence

---

193 Sur l'attention requise, les erreurs reconnaissables, etc., voir Georg MÜLLER, nouveau Commentaire, cité dans la note 2, article 4, pp. 29-30 ch. 66.

194 Il faut exclure qu'une personne se prévale après coup d'un comportement de l'administration, alors que ce dernier n'a pas déterminé son attitude (Georg MÜLLER, nouveau Commentaire, cité dans la note 2, article 4, p. 29 ch. 65).

195 ATF 110 V 155, 108 V 183.

196 La question du droit transitoire, des droits acquis, etc. n'est pas examinée dans le cadre de la présente étude; voir Blaise KNAPP, Précis 4e éd., cité à la note 51, p. 109 Nos 513 ss, Précis 3e éd., cité à la note 53, p. 96 Nos 514 ss.

197 ATF 116 V 298 et les arrêts cités.

198 Blaise KNAPP, Précis 4e éd., cité à la note 51, p. 108 No 509, Précis 3e éd., cité à la note 53, p. 94 No 509.

199 Alfred MAURER, Sozialversicherungsrecht, cité à la note 16, Band I, pp. 164-166 ch. 6 litt. b, où l'on trouvera une critique de la jurisprudence qui pose cette exigence.

a toutefois été abandonnée relativement récemment.[200, 201] La Haute Cour avait vu une telle réglementation dans l'article 16 LAVS (en matière de prescription des cotisations; une fois la prescription acquise, un paiement des cotisations était exclu, même lorsqu'une lacune de cotisations résultait d'un comportement incorrect de la caisse de compensation), ou dans l'article 47 LAVS (relatif à la restitution des prestations touchées indûment; l'octroi de rentes et d'allocations pour impotent fondé uniquement sur le principe de la bonne foi dérogerait directement à l'article 47 LAVS; le principe de la confiance doit céder le pas aux règles qui découlent directement et impérativement de la loi, de sorte qu'on ne peut prendre en considération le principe de la bonne foi au-delà de ce qui est prévu par la disposition susmentionnée)[202]. La Haute Cour a par contre refusé par exemple de considérer que le principe d'égalité de traitement entre les membres d'une caisse-maladie, découlant de l'article 3 alinéa 3 LAMA, constituait une réglementation spéciale résultant directement et impérativement de la loi et excluant le droit à la protection de la bonne foi.[203] Il est intéressant de citer les raisons qui ont poussé notre Haute Cour à modifier sa jurisprudence: les juges de Lucerne ont tout d'abord constaté, nombreuses références de doctrine à l'appui[204], que le droit à la protection de la bonne foi était un droit constitutionnel garanti par l'article 4 Cst.[205] Ensuite, en tant qu'il permet de déroger à la loi, le principe de la bonne foi est nécessairement contraire au principe d'une

200 ATF 116 V 298 (RCC 1991 p. 220 et DTA 1990 No 18 p. 106). Voir cependant ATF 107 V 157, qui reconnaît le droit à une rente pour cas pénible à un assuré domicilié à l'étranger auquel l'administration avait communiqué un renseignement erroné. Sur les motifs qui avaient poussé le Tribunal fédéral des assurances à introduire cette exigence supplémentaire, voir Jean-Daniel DUCOMMUN, Légalité et bonne foi dans la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, in Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne, 1977, pp. 249 ss, plus spécialement pp. 254 ss.

201 Katharina SAMELI, Treu und Glauben im öffentlichen Recht, Rapports et communications de la Société suisse des juristes, 111e année, 1977, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, pp. 384 ss, a critiqué cette jurisprudence, avec laquelle Jean-Daniel DUCOMMUN paraît ne pas avoir été entièrement d'accord (Légalité et bonne foi dans la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, in Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne, 1977, pp. 249 ss, plus spécialement pp. 254 ss).

202 Voir Jean-Daniel DUCOMMUN, Légalité et bonne foi dans la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, in Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne, 1977, pp. 254-256.

203 ATF 112 V 115.

204 Elles sont mentionnées dans l'arrêt ici présenté: ATF 116 V 298 (RCC 1991 p. 220 et DTA 1990 No 18 p. 106).

205 ATF 115 Ia 18 consid. 4a avec les références.

application de la loi qui soit la même pour chacun.[206] Et le Tribunal fédéral des assurances de poursuivre: "dans ce contexte, la supposition sur laquelle repose la sixième condition que certaines dispositions de la loi excluraient d'emblée en tant que réglementation spéciale le droit constitutionnel à la protection de la bonne foi[207], d'autres en revanche pas, ne peut plus convaincre à la lumière de l'importance accrue que la doctrine et la jurisprudence attribuent aujourd'hui à la protection de la bonne foi." Du reste, appliquée de façon conséquente, l'ancienne pratique aurait logiquement dû conduire à exclure la protection de la bonne foi dans le domaine des assurances sociales! "Un tel résultat qui enfreint dans le fond la protection de la bonne foi ne serait pas admissible du point de vue du droit constitutionnel."

83. L'application du principe de la bonne foi ne peut pas être écartée au nom de l'égalité de traitement.[208] Le principe de la bonne foi permet ainsi de faire prévaloir l'intérêt privé à un traitement illégal sur le respect de la légalité, sauf intérêt public contraire nettement prépondérant.[209], [210] Le Tribunal fédéral des assurances met aussi ce principe en relation avec l'article 4 Cst.[211]

4.2.3. L'application aux cas pratiques

84. Nous nous limiterons à citer quelques cas d'espèce, de nature à illustrer la pratique du Tribunal fédéral des assurances en la matière.[212] Une caisse-maladie ne saurait faire porter à un candidat à l'assurance la

---

206 "Das Bedürfnis nach einer vom Gesetz abweichenden Behandlung, welches durch das Vertrauensprinzip verkörpert wird, steht notwendigerweise in einem Spannungsverhältnis zum Gebot der rechtsgleichen Gesetzesanwendung." L'arrêt renvoie à ATF 112 V 122.

207 La traduction que nous reproduisons ici contient une erreur, dans la mesure où elle traduit "Vertrauensschutz" par "protection des données" (RCC 1991 p. 223).

208 ATF 112 V 122.

209 Blaise KNAPP, Précis 4e éd., cité à la note 51, p. 109 No 512, Précis 3e éd., cité à la note 53, p. 96 No 512.

210 Alfred MAURER, Sozialversicherungsrecht, cité à la note 16, Band I, p. 167 ch. 8; voir également p. 153 litt. c, pour la situation qui se présente lorsque le même état de fait emporte violation du principe de la bonne foi, du principe de la légalité et entraîne en outre une inégalité de traitement.

211 Alfred MAURER, Sozialversicherungsrecht, cité à la note 16, Band I, p. 160.

212 Alfred MAURER, Sozialversicherungsrecht, cité à la note 16, Band I, pp. 160 ss.

responsabilité d'indications (relatives à l'état de santé) non conformes à la vérité ou incomplètes, lorsqu'un employé de la caisse a conseillé l'intéressé ou l'a aidé à répondre aux questions posées dans la formule de demande d'admission, et que les circonstances font apparaître une telle conséquence comme contraire aux règles de la bonne foi (bien que l'assistance apportée à l'intéressé ne libère pas ce dernier de son devoir de donner des indications véridiques et complètes).[213]

85. Le Tribunal fédéral des assurances applique le principe de la protection de la bonne foi en présence d'une indication inexacte des voies de droit[214], d'une prolongation contraire à la loi d'un délai de recours par l'administration[215], de faux renseignements relatifs aux conditions du droit aux indemnités de l'assurance-chômage[216] ou au droit aux prestations de l'assurance-maladie en cas d'hospitalisation[217], de démission rétroactive avec remboursement des cotisations (dans l'assurance-maladie toujours)[218], etc.

86. Il a refusé de l'appliquer en présence d'une garantie de versement d'une rente AVS donnée contrairement à la loi par une autorité (il s'agissait en l'occurrence, de l'assurance d'octroi d'une rente de vieillesse extraordinaire émanant d'un consulat suisse), pour le motif que le principe de la protection de la bonne foi cédait le pas à une réglementation spéciale résultant impérativement et directement de la loi; en l'espèce, le versement d'une rente non due aurait été contraire à l'article 47 LAVS, prescrivant l'obligation de rembourser les prestations touchées indûment[219]. Il en a fait de même dans le cas de cotisations AVS prescrites en application de l'article 16 LAVS, en étendant sa jurisprudence aux assurés

213 ATF 108 V 245, confirmé par RAMA 1990 No K 831 p. 17.
214 ATF 97 V 187 consid. 2.
215 ATF 97 V 188 consid. 3 (modifiant la jurisprudence antérieure).
216 ATF 109 V 52.
217 RAMA 1989 No K 827 p. 413.
218 RAMA 1989 No K 818 p. 324.
219 ATF 100 V 158.

ayant cotisé alors qu'ils n'étaient pas assujettis à l'AVS.[220] On a vu cependant que cette pratique limitative a été abandonnée par la suite.[221]

4.3. Principe de la confiance

4.3.1. Le contenu du principe

87. Selon Blaise Knapp, l'administré qui comprend une décision peu claire dont il est le destinataire d'une manière qui n'est pas déraisonnable ne saurait être contraint d'exécuter cette décision d'une autre manière, qui correspondrait à la véritable intention de l'administration. Il s'agit d'appliquer en droit public le principe que l'une des parties à un rapport de droit n'est liée que dans la mesure où elle pouvait ou devait l'entendre. Par contre, l'administré ne pourra se prévaloir d'une ambiguïté ou d'une erreur manifestes ou qu'une simple lecture de la loi suffirait à lever.[222] L'auteur susmentionné affirme que, de son côté, l'administration ne saurait se prévaloir d'erreurs ou omissions manifestes de l'administré dans les décisions qu'elle prend au détriment de celui-ci. Il estime même que le principe de la bonne foi devrait la conduire parfois à informer les administrés qu'elle connaît — au moins de manière générale — avant

---

220 ATF 101 V 180, qui constate qu'il y a lieu de rembourser les cotisations versées indûment qui ne sont pas touchées par la prescription et de considérer comme formatrices de rentes celles dont le remboursement n'est pas possible au regard des règles posées, pour "ne pas créer d'inégalité de traitement entre l'institution d'assurance et les assurés", sous réserve d'abus de droit cependant (voir ATF 110 V 157 consid. 4c *in fine* cependant). Voir toutefois RCC 1983 p. 374, où la Haute Cour a protégé la bonne foi de l'employeur qui avait remboursé des cotisations prélevées sur des rémunérations de minime importance provenant d'une activité accessoire. Voir aussi ATF 110 V 145, plus spécialement 156, où le Tribunal fédéral des assurances a jugé que l'article 16 alinéa 3 LAVS ne s'opposait pas à l'application du principe de la protection de la bonne foi en présence d'un assuré ayant cotisé à l'AVS — alors qu'il n'avait pas à le faire — en se fondant sur l'attitude de l'administration. Ou encore ATF 106 V 65, consid. 3b, qui constate que le principe de la protection de la bonne foi peut justifier une renonciation au remboursement de cotisations payées à tort.

221 ATF 116 V 298 (RCC 1991 p. 220 et DTA 1990 No 18 p. 106).

222 Blaise KNAPP, Précis 4e éd., cité à la note 51, p. 107 Nos 505-506, Précis 3e éd., cité à la note 53, pp. 93-94 Nos 505-506.

d'appliquer une loi complexe.[223, 224] Bien entendu, l'autorité a le droit de conférer aux déclarations de l'administré un sens normal et raisonnable.[225]

88. Selon le Tribunal fédéral des assurances, les dispositions internes des caisses-maladie doivent être interprétées comme peut et doit les comprendre l'assuré, en y mettant l'attention qu'il est normal d'attendre de sa part. Un manque de clarté d'une disposition de la caisse ne saurait avoir des conséquences désavantageuses pour l'assuré.[226]

4.3.2. L'application aux cas pratiques

89. Une fois encore, nous nous bornerons à quelques exemples. En matière de réserves d'assurance (article 5 alinéa 3 LAMA), le Tribunal fédéral des assurances a rappelé que, dans l'assurance-maladie comme dans les autres domaines de l'assurance sociale, les rapports entre intéressés sont régis par les règles de la bonne foi (principe dit de la confiance). Cela signifie qu'il faut donner à une déclaration de volonté le sens que son destinataire pouvait ou devait, en toute bonne foi, lui attribuer sur la base des circonstances qu'il connaissait ou qu'il aurait dû connaître au moment où la déclaration a été faite. Dans cette mesure, "la sauvegarde de l'intérêt public trouve sa limite dans le principe dit de la confiance." En l'occurrence, il s'agissait de savoir si l'intérêt de la communauté des assurés devait prévaloir sur celui d'un assuré isolé auquel, par inadvertance, une réserve d'assurance n'avait pas été notifiée. La réponse donnée a été négative.[227]

---

223 Blaise KNAPP, Précis 4e éd., cité à la note 51, p. 111 Nos 523-524, Précis 3e éd., cité à la note 53, p. 97 Nos 523-524; en assurance sociale, voir ci-dessus ch. 4.1.1.

224 Sur l'obligation de l'administration d'une caisse-maladie de renseigner les assurés en cas de modification des dispositions internes, voir par exemple RAMA 1990 No K 848 p. 311.

225 Blaise KNAPP, Précis 4e éd., cité à la note 51, p. 112 No 529, Précis 3e éd., cité à la note 53, p. 98 No 529 — ATF 108 V 84, plus spécialement 88.

226 ATF 106 V 33 consid. 4, 104 V 18 consid. 4, RAMA 1985 No K 648 p. 260, RJAM 1983 No 538 p. 144, plus spécialement 148 consid. 2b, No 554 p. 268. plus spécialement 271 consid. 2a, No 560 p. 302, plus spécialement consid. 2, etc.

227 RJAM 1982 No 514 p. 286, renvoyant à ATF 106 V 143 consid. 3. On peut rapprocher cette jurisprudence d'un autre arrêt récent, critiqué par Jean-Louis DUC dans le Journal des caisses-maladie suisses 1990 p. 137 sous le titre "Les caisses-maladie n'ont-elles pas le droit à l'erreur ?" (critique traduite en allemand: SKZ 1991 p. 104).

90. L'assuré de nationalité étrangère qui n'a pas été dûment renseigné par écrit sur son droit de passer de l'assurance collective dans l'assurance individuelle, voire de bénéficier du droit de libre passage, est en droit de penser que la caisse qui continue de le traiter comme un affilié malgré la survenance d'un fait entraînant normalement la fin de l'affiliation le considère toujours comme assuré, mais à titre individuel désormais.[228] En vertu du principe de la confiance, une caisse-maladie doit verser à l'assuré une contribution à des frais de cure lorsque, sur la base de l'"autorisation de cure" délivrée, l'intéressé pouvait admettre que la caisse s'engageait à lui servir les prestations dont il avait déjà bénéficié à plusieurs reprises dans le passé.[229] S'agissant du sens qu'un assuré peut conférer à des dispositions internes de portée générale en faisant preuve de l'attention qu'on peut exiger de lui, la Haute Cour a eu l'occasion, par exemple, de dire comment il convenait de comprendre la notion de paralysie du système nerveux central utilisée par le règlement d'application de l'assurance contre la paralysie de la Caisse suisse de réassurance pour longues maladies.[230] L'administration a cependant le droit et même l'obligation de corriger la situation inadmissible en droit résultant d'assurances données à tort et de rétablir le régime régulier, dans la mesure où le principe de la protection de la bonne foi n'est pas lésé.[231] Le Tribunal fédéral des assurances applique également le principe de la confiance en présence d'une renonciation (expresse ou tacite) à des prestations d'assurance.[232]

228 ATF 101 V 141 (qui précise notamment qu'une remise des conditions d'assurance au début de l'affiliation ne satisfait pas à l'exigence évoquée).

229 RJAM 1982 No 485 p. 99 où, après avoir expliqué comment l'assuré pouvait comprendre une communication de la caisse, la Haute Cour relève que, l'intéressé ayant pris de bonne foi des dispositions qu'il ne pouvait annuler, les prestations statutaires devaient lui être accordées en vertu du principe de la confiance.

230 ATF 106 V 29.

231 RAMA 1984 No K 564 p. 18.

232 ATF 108 V 84.

4.4. Interdiction de l'abus de droit[233]

4.4.1. Le contenu du principe

91. Blaise Knapp rappelle que l'administré ne doit pas abuser d'une faculté que lui confère la loi en l'utilisant à des fins pour lesquelles elle n'a pas été prévue, se servant ainsi de la loi pour atteindre un but non digne de protection.[234] Il n'en va pas autrement des assurés, dans le domaine des assurances sociales, où le principe posé à l'article 2 alinéa 2 CC est aussi valable.[235] A noter que l'administration peut elle aussi commettre un abus de droit, mais nous ne nous y arrêterons pas ici.[236]

4.4.2. L'application aux cas pratiques

92. Sous peine de commettre un abus de droit, un assuré ne saurait se prévaloir contrairement aux règles de la bonne foi de l'absence d'indication des voies permettant de recourir contre une décision de l'administration.[237] La situation est identique lorsque, dans l'assurance-maladie, l'administration a omis de renseigner par écrit sur les conditions et l'exercice du droit d'être transféré de l'assurance collective dans l'assurance individuelle, voire sur la possibilité que confère la loi de s'affilier à certaines conditions à une autre caisse en bénéficiant du libre passage.[238] Le Tribunal fédéral des assurances a vu un tel abus dans le fait de se prévaloir après coup d'une omission de la caisse-maladie, alors qu'il était clairement établi que l'intéressé avait eu la ferme intention de mettre fin à son affiliation.[239]

---

233 Nous n'examinerons pas la question de l'application stricte d'une loi qui serait constitutive d'un abus de droit en raison de la modification des circonstances (voir par exemple ATF 112 V 271 consid. d).

234 Blaise KNAPP, Précis 4e éd., cité à la note 51, p. 94 No 507, Précis 3e éd., cité à la note 53, p. 94 Nos 507.

235 Alfred MAURER, Sozialversicherungsrecht, cité à la note 16, Band I, p. 166 ch. 7 litt. a, avec une critique de la jurisprudence.

236 Blaise KNAPP, Précis 4e éd., cité à la note 51, p. 98 Nos 530-532, Précis 3e éd., cité à la note 53, p. 98 Nos 530-532, mentionnant un arrêt du Tribunal fédéral des assurances (ATF 112 V 271).

237 Il en va de même en cas de renseignements inexacts; ATF 104 V 162, plus spécialement 167, 98 V 277.

238 ATF 100 V 135, 101 V 141 (voir également RAMA 1986 No K 655 p. 7).

239 RAMA 1986 No K 661 p. 38. Dans le même sens: RAMA 1984 No K 598 p. 256.

93. Le fait de résilier le contrat de travail avec effet au premier jour du cours de répétition pour en conclure un nouveau à la fin de la période de service dans le seul but de répercuter la charge du salaire afférent à cette période sur l'assurance-chômage constitue un abus de droit.[240] Si, dans l'assurance-accidents notamment, il y a lieu d'impartir un délai pour combler les lacunes du recours déposé devant l'autorité de première instance non seulement lorsque les conclusions ou les motifs manquent de clarté mais, d'une manière générale, chaque fois que l'acte de procédure ne satisfait pas aux exigences de la loi, il faut réserver les cas d'abus de droit. Or, l'avocat qui dépose sciemment un mémoire incomplet afin d'obtenir un délai complémentaire pour établir les motifs de son recours se rend coupable d'un tel abus.[241, 242]

5. Principe de la proportionnalité[243]

5.1. Le contenu du principe

94. Blaise Knapp relève que la jurisprudence définit le principe de la proportionnalité de deux manières: sommairement dit, il postule que la mesure prise permette d'atteindre le but qu'elle recherche; suivant une formule plus élaborée, la mesure doit être propre à atteindre le but recherché tout en respectant le plus possible la liberté de l'individu, d'une

---

240 DTA 1990 No 19 p. 128. Au vrai, il s'agissait dans cette affaire d'un employeur étranger qui n'avait pas de siège en Suisse (d'où le caractère étonnant du problème posé, au regard des dispositions des articles 319 ss CO relatifs au contrat individuel de travail).

241 RAMA 1988 No U 34 p. 31.

242 Mentionnons en passant un arrêt concernant une situation plutôt rare : celle d'un assuré ayant cotisé alors qu'il n'était pas assujetti à l'AVS et qui, pour obtenir une rente plus élevée, se prévaut de cotisations dont le remboursement ne saurait intervenir en raison de la prescription. La Haute Cour réserve l'abus de droit, mais ne précise pas quand il y a lieu d'admettre l'existence d'un tel abus. ATF 101 V 180.

243 Nous n'examinerons que quelques aspects de la question, qui a déjà fait l'objet de nombreuses études. Voir notamment: Ulrich MEYER-BLASER, Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht, ASR, Heft 494, Stämpfli, Berne, 1985; Pierre MULLER, Le principe de la proportionnalité, Rapports et communications de la Société suisse des juristes, 112 e année, 1978, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, pp. 197 ss; Ulrich ZIMMERLI, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, Rapports et communications de la Société suisse des juristes, 112e année, 1978, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, pp. 1 ss.

part, un rapport raisonnable devant de surcroît exister entre le résultat visé et les limites à la liberté nécessaire pour l'atteindre, d'autre part. L'auteur précité décompose le principe en trois sous-principes: l'adéquation (la mesure prévue doit permettre d'atteindre le but recherché), la subsidiarité (parmi les diverses mesures concevables pour atteindre le but recherché, il y a lieu de retenir celle qui ménage le plus les intérêts privés opposés et les intérêts publics autres pouvant être affectés par la mesure) et la nécessité (les atteintes aux autres intérêts publics et privés causés par la mesure adéquate et subsidiaire ne sont pas si graves qu'il faille renoncer à la mesure).[244] André Grisel note[245] qu'"en vertu du principe de proportionnalité, l'Etat ne peut se servir que de moyens adaptés au but qu'il vise." Selon la jurisprudence, "le moyen utilisé doit être propre à atteindre la fin d'intérêt public recherchée, tout en ménageant le plus possible la liberté individuelle." En outre, "il faut qu'il existe un rapport raisonnable entre le résultat prévu et les restrictions de liberté qu'il nécessite."

95. Pour Jörg Paul Müller[246], "le principe de la proportionnalité signifie qu'une restriction à un droit fondamental doit être *matériellement conforme au but* qu'elle poursuit, *appropriée à la situation, adaptée aux circonstances*. Une norme est disproportionnée quand elle ne tient pas, ou pas assez, compte des circonstances, qu'elle réglemente, sans nécessité ou par des solutions trop schématiques, certains états de faits ou, inversement, qu'elle n'en réglemente pas certains autres qui auraient dû l'être." Examinant la proportionnalité dans le droit administratif, cet auteur en détermine les éléments: l'adéquation (la mesure doit être propre à atteindre le but visé), le caractère indispensable (nécessité — la mesure ne doit pas être plus rigoureuse qu'il n'est nécessaire), la proportionnalité au sens étroit (il doit y avoir un rapport raisonnable entre le but visé et le moyen utilisé). Pour l'auteur précité, "la proportionnalité est d'abord un *principe du droit administratif général* et ... n'est donc pas du *niveau constitutionnel*. Les mesures qui seraient totalement inappropriées, voire inutiles, contreviennent à l'*interdiction de l'arbitraire* et c'est pour cette raison qu'elles sont contraires à la Constitution. Tel serait aussi le cas d'une disproportion manifeste et intolérable entre le moyen et le but d'une

244 Blaise KNAPP, Précis 4e éd., cité à la note 51, pp. 113-114 Nos 533-538, Précis 3e éd., cité à la note 53, pp. 99-100 Nos 533-538.

245 André GRISEL, Traité, cité à la note 41, volume I, p. 184. L'auteur examine aussi les rapports entre le principe d'égalité et celui de proportionnalité.

246 Jörg Paul MÜLLER, nouveau Commentaire, cité à la note 109, Introduction aux droits fondamentaux, p. 40 ch. 145-150, pp. 42-43 ch. 163-168.

mesure... En droit administratif, l'emploi du principe de la proportionnalité relève de l'application correcte du droit; en droit constitutionnel, en revanche, cette question est revue sous l'angle de l'interdiction de l'arbitraire et, dès lors, seules les injustices les plus grossières peuvent être redressées." Selon Jörg Paul Müller, "le Tribunal fédéral n'a pas encore dit expressément s'il fallait voir dans le principe de la proportionnalité un droit fondamental spécifique", bien que certaines formules utilisées dans des arrêts récents "donnent à penser qu'il y est enclin."

96. Blaise Knapp soulève une question particulièrement intéressante dans le domaine des assurances sociales, à savoir celle qui se pose lorsque la loi prescrit de fournir à l'administré une prestation proportionnelle. C'est à juste titre qu'il se demande s'il ne s'agit pas là d'une autre notion de proportionnalité. La réponse est assurément affirmative, lorsqu'on a affaire à des indemnités ou à des rentes proportionnelles à l'incapacité de travail ou de gain (voir par exemple les articles 17 alinéa 1 et 20 alinéa 1 LAA[247], ou encore 41 LAM — qui au vrai prévoit une réduction équitable, et non pas proportionnelle, des prestations[248]). En va-t-il de même, lorsque l'octroi de mesures de réadaptation est subordonné à la condition qu'il existe un rapport raisonnable entre le coût desdites mesures et le résultat escompté dès lors que, selon la jurisprudence constante, l'assurance-invalidité n'est tenue d'accorder des mesures de réadaptation que s'il existe un équilibre raisonnable entre les frais desdites mesures et le résultat que l'on peut en attendre? Nous nous contenterons de soulever la question.[249, 250]

97. Le Juge fédéral Ulrich Meyer-Blaser a fait une étude magistrale sur le principe de la proportionnalité en droit des assurances sociales, plus

---

247 On notera en passant la règle de l'article 36 LAI, excluant une réduction des prestations, dans certaines circonstances.

248 Blaise KNAPP, Précis 4e éd., cité à la note 51, pp. 114 Nos 539-540, Précis 3e éd., cité à la note 53, p. 100 Nos 539-540.

249 Voir l'ouvrage d'Ulrich MEYER-BLASER cité à la note 243, pp. 82 ss.

250 Le lecteur que la question intéresse pourra consulter l'ouvrage de Michel VALTERIO, Droit et pratique de l'assurance-invalidité, Les prestations, Commentaire systématique et jurisprudentiel, Réalités sociales, Lausanne, 1985, p. 84 ch. IV, où il trouvera des références de jurisprudence.

particulièrement rapportée au domaine des mesures de réadaptation de l'assurance-invalidité. Cet auteur a procédé à une analyse fine du principe, lequel trouve essentiellement une application au regard des normes contenant des concepts indéfinis; le principe sert alors à les concrétiser de manière cohérente.[251]

98. Le Tribunal fédéral des assurances met clairement le principe de la proportionnalité en rapport avec l'article 4 Cst.[252] Ce n'est qu'en 1968 que, pour la première fois, ce tribunal a cité expressément le principe de la proportionnalité qu'à la vérité il avait appliqué implicitement auparavant déjà.[253] Il n'est pas inintéressant de mentionner brièvement l'argumentation de notre Haute Cour qui, s'agissant d'un assuré qui se plaignait de l'excessive gravité d'une sanction prise à son endroit par une caisse-maladie, constatait que l'intéressé "se réclam(ait) du principe de la proportionnalité", dont il convenait d'examiner s'il était, "en vertu du droit fédéral, applicable au domaine de l'assurance-maladie." Après avoir rappelé le contenu et la portée de ce principe — en se référant à la doctrine ainsi qu'à la jurisprudence suisses et étrangères — et s'être demandé s'il n'est pas "issu du principe d'égalité lui-même", le Tribunal fédéral des assurances a jugé qu'il s'appliquait dans le domaine du droit des assurances sociales édicté par la Confédération (comme cela ressort non seulement des principe généraux du droit mais aussi de l'interprétation des diverses lois[254]). Et la Haute Cour de prescrire aux caisses-maladie de s'inspirer du principe de la proportionnalité dans leur activité et dans leurs décisions, notamment lorsqu'elles prennent des sanctions.

---

251 Voir par exemple la typologie dressée par Ulrich MEYER-BLASER aux pages 105 ss de son ouvrage cité à la note 243.

252 Alfred MAURER, Sozialversicherungsrecht, cité à la note 16, Band I, p. 153 litt. c; voir aussi p. 168 litt. c.

253 ATFA 1968 p. 160 traduit en français dans le RJAM 1969 No 37 p. 13. Alfred MAURER, Sozialversicherungsrecht, cité à la note 16, Band I, pp. 172 ss ch. 4.

254 La Haute Cour renvoie ici à l'assurance-invalidité, où prévaut la notion fondamentale de ce qui peut être toléré ou exigé, qui impose l'application du principe de la proportionnalité; à l'assurance-accidents obligatoire, dans laquelle une suppression des prestations pour inobservation de mesures prescrites n'est possible qu'en respectant le principe de la proportionnalité; à l'assurance-maladie, où l'application de ce principe découlerait de l'article 3 alinéa 3 LAMA.

5.2. *L'application aux cas pratiques*[255]

99. C'est évidemment au vaste domaine des sanctions[256], [257] que l'on songe d'emblée, quand il est question du principe de la proportionnalité. Or, en cette matière, le principe d'égalité enjoint de traiter ce qui est semblable de façon semblable, et ce qui est essentiellement différent de façon différente. En effet, si l'on appliquait à des états de fait essentiellement différents des sanctions ni graduées ni adaptées aux circonstances, cela signifierait que des états de fait toujours différents entraîneraient des conséquences toujours identiques, ce qui violerait le principe de l'égalité (sous réserve des cas où toute différenciation ou graduation est exclue par la loi). Toujours est-il que, pour prendre une sanction, l'administration doit tenir judicieusement compte et du but qu'elle s'est assigné et de la faute de l'assuré (ce qui limite l'axiome du droit privé selon lequel un assuré volontaire est lié aux dispositions statutaires qu'il a acceptées[258]). Il en découle un certain nombre de règles à observer: une sanction est en principe subordonnée à un avertissement; la sanction la plus sévère ne doit pas être immédiatement décidée, si l'on peut également attendre du succès de mesures plus douces, mieux adaptées au comportement fautif de l'intéressé, donc plus adéquates, etc.[259]

---

255 En matière de mesures de réadaptation de l'assurance-invalidité, voir l'ouvrage d'Ulrich MEYER-BLASER cité à la note 243.

256 Voir à ce sujet l'ouvrage à paraître chez Helbing & Lichtenhahn (étude effectuée dans le cadre de la Société suisse de droit des assurances): Das Verschulden im Versicherungs- und Haftpflichtrecht, La faute en relation avec le début et la fin du rapport d'assurance ainsi qu'avec la survenance du dommage.

257 Voir également ci-dessus, Nos 33 ss (la sanction examinée au regard des principes de la mutualité et de la solidarité).

258 RJAM 1969 No 52 p. 122.

259 La jurisprudence est abondante, et nous ne citerons que quelques-uns des premiers arrêts rendus dans le domaine de l'assurance-maladie: ATFA 1968 p. 160, ATF 96 V 1, RJAM 1970 No 77 p. 177, No 83 p. 230, ATF 98 V 144, plus spécialement 147, 99 V 129, 102 V 193, plus spécialement 197, 104 V 10, 106 V 40, 177, 179. En matière d'assurance-invalidité, voir Michel VALTERIO, Droit et pratique de l'assurance-invalidité, Les prestations, Commentaire systématique et jurisprudentiel, Réalités sociales, Lausanne, 1985, p. 80 ch. II, où l'on trouvera des références de jurisprudence. S'agissant de l'AVS, voir Michel VALTERIO, Commentaire de la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants, tome II, Les prestations, Réalités sociales, Lausanne, 1988, pp. 63 ss. Pour l'assurance-accidents, voir encore Alfred MAURER. Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, Berne, Stämpfli, 1985, pp. 479 ss. Pour le surplus, voir Alfred MAURER, Sozialversicherungsrecht, cité à la note 16, Band I, p. 169 n. 360 et p. 170 ss ch. 3.

100. Le Tribunal fédéral des assurances voit dans l'obligation d'annoncer immédiatement ou dans un certain délai le cas de maladie ou l'accident (avec menace de suspension du droit aux prestations jusqu'à exécution de cette obligation au moins, sous réserve des cas où un tel avis ne saurait raisonnablement être exigé) une règle d'ordre nécessaire ou en tout cas très utile à la bonne marche de l'assurance[260], voire une condition préalable pour l'octroi des prestations (en se demandant, sans trancher la question, si le principe de la proportionnalité doit jouer dans ce domaine, mais en relevant qu'il est en tout cas observé quand la disposition statutaire prévoit que les prestations sont accordées dès l'annonce de la maladie et, éventuellement, si la preuve est rapportée qu'il n'y a pas eu faute, aussi avec effet rétroactif[261]). La Haute Cour a encore précisé, s'agissant de l'application du principe de la proportionnalité, que celui qui, en connaissance de cause, néglige de donner à temps l'avis de maladie requis par les statuts, alors que cet avis est raisonnablement exigible, doit supporter les conséquences prévues et connues de son retard: la suspension du droit aux prestations. Il ne saurait se prévaloir du principe susmentionné pour échapper à ces conséquences, fussent-elles un refus total des prestations dans le cas donné. Du reste, note la Haute Cour, il est indirectement tenu compte de ce principe, dans une certaine mesure, en raison du fait que l'importance des prestations dont le versement est refusé variera en fonction de celle du retard apporté à l'annonce du cas. On notera cependant en passant que, dans certaines circonstances, notamment lorsque les frais les plus élevés sont encourus au début de la maladie (en cas d'hospitalisation par exemple), le refus peut constituer une mesure particulièrement sévère. Quoi qu'il en soit, la Haute Cour a persisté à voir dans le retard apporté à l'annonce du cas de maladie un motif absolu de péremption, et non une faute, en raison du but de l'exigence: permettre d'instruire le cas et d'opérer les contrôles nécessaires. Quant à l'élément faute, il n'est pas complètement ignoré, puisqu'une annonce tardive non fautive ne sera pas sanctionnée et que la sanction encourue dans les faits sera d'autant plus légère que le retard aura été moindre. Il faut signaler en outre que, lorsque les conséquences prévues pour l'annonce tardive sont la réduction ou le refus des prestations, la caisse ne saurait arbitrairement refuser les presta-

---

260 Voir par exemple ATFA 1967 p. 131, 1968 p. 153, ATF 96 V 8, 97 V 70, 98 V 155, 99 V 129, 104 V 9, etc. Pierre MULLER trouve la formule du Tribunal fédéral des assurances trop absolue (Pierre MULLER, Le principe de la proportionnalité, Rapports et communications de la Société suisse des juristes, 112e année, 1978, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, p. 264 note 245).

261 RJAM 1971 No 102 p. 155.

tions dans certains cas et les accorder sans restriction ou avec des réductions variables dans d'autres cas semblables, sous peine de violer le principe de la mutualité. Pour éviter des inégalités de traitement, la caisse doit dès lors se laisser guider par le principe de la proportionnalité dans le choix de la sanction appropriée parmi celles prévues par ses dispositions internes, en tenant compte cependant de la nature particulière de la règle exigeant l'annonce des cas de maladie ou d'accident dans un certain délai. D'autre part, une disposition prévoyant le refus définitif de toute prestation dans chaque cas d'annonce tardive serait disproportionnée au besoin de la caisse d'exercer des contrôles, d'une part, et, d'autre part, elle sanctionnerait de la même façon tous les retards apportés à l'annonce, du plus léger au plus considérable, ce qui ne serait pas admissible.[262] Par la suite, le Tribunal fédéral des assurances a encore précisé sa jurisprudence, en rappelant qu'il fallait distinguer, à propos du principe de la proportionnalité, entre la proportionnalité d'une réglementation comme telle (contrôle de l'arbitraire au niveau de la norme) et la proportionnalité de son application au cas particulier (contrôle de l'arbitraire au niveau de la décision). Il n'y a pas violation du principe de la proportionnalité lorsque les dispositions internes d'une caisse-maladie prévoient qu'en cas d'omission coupable de l'annonce du cas, les prestations sont refusées jusqu'à exécution de l'obligation. Quant à l'application de la sanction dans un cas d'espèce, la question de la proportionnalité ne se pose pas aussi longtemps que lesdites dispositions internes ne prévoient qu'une seule sanction qui, comme telle, peut être considérée comme satisfaisant à l'exigence de proportionnalité. Il en va autrement lorsque des sanctions multiples ou variables sont prévues, par exemple le refus ou la réduction des prestations. Il faut alors examiner si l'application faite de ces dispositions tient compte, dans le cas particulier, de principe de la proportionnalité (il y aura alors non pas déchéance, mais sanction dépendant de la faute).[263] Enfin, la Haute Cour a jugé que le principe de l'égalité devant la loi exigeait que

262 ATF 99 V 129, RJAM 1977 No 300 p. 179.

263 ATF 104 V 9.

la disposition relative aux conséquences de l'annonce tardive s'applique aussi aux personnes assurées à titre obligatoire.[264] Il nous paraît que cette discussion devrait être mise en parallèle avec les dispositions relatives à l'annonce du cas que l'on trouve dans d'autres lois d'assurance[265] qui, à la différence de la LAMA en matière d'assurance-maladie, règlent le problème de manière plus ou moins complète.[266] Du moins s'il devait être question de revoir la jurisprudence.

101. La jurisprudence applicable à l'assuré qui n'a pas soumis une transaction à l'approbation de sa caisse-maladie nous paraît aller trop loin. La Haute Cour permet en effet de sanctionner par le refus pur et simple des prestations une violation de cette obligation.[267] Jean-Louis Duc a critiqué cette pratique dans une étude consacrée à la protection offerte par l'assurance sociale au paraplégique réadapté à laquelle nous nous permettons de renvoyer le lecteur.[268]

102. Un autre problème se présente : selon la jurisprudence, les caisses-maladie n'ont pas l'obligation d'assurer les candidats pour des prestations supérieures au minimum légal, lorsque l'assurance peut être grevée d'une réserve.[269] En cas de réticence, se pose la question du rétablissement de l'ordre légal et statutaire, soit de l'introduction d'une réserve rétroactive (possibilité incontestée) et de la réduction de l'assurance au minimum légal (possibilité donnée à des conditions strictes).[270] Selon le Tribunal fédéral des assurances, il n'y a pas lieu d'appliquer le principe de la

264 RJAM 1979 No 376 p. 182.

265 Et à la jurisprudence y relative.

266 Voir, pour les branches les plus importantes, les articles 9 LAM, 46 et 46 LAA, 46 LAVS, 48 LAI, 20, 38, 47, 53 LACI, ainsi que les éventuelles dispositions d'exécution correspondantes.

267 ATF 97 V 70, 99 V 1.

268 Jean-Louis Duc, La protection offerte par l'assurance sociale au paraplégique réadapté, Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle, 1989, pp. 57 ss et 155 ss, plus spécialement pp. 65 ss.

269 ATF 98 V 129, RJAM 1980 No 403 p. 60.

270 ATFA 1967 p. 123, 1968 p. 5, 1969 p. 5, ATF 96 V 7, 8, 98 V 135, 101 V 134, RJAM 1974 No 194 p. 89, 1975 No 206 p. 8, ATF 101 V 225, 102 V 193, RJAM 1977 No 305 p. 211, 1978 No 309 p. 3, 1979 No 361 p. 74, 1980 No 403 p. 60, No 424 p. 210.

proportionnalité, lorsqu'il s'agit de rétablir l'ordre légal et statutaire, car on ne se trouve pas en présence d'une sanction.[271]

103. S'agissant de l'exclusion d'une caisse-maladie pour non-paiement des cotisations, le Tribunal fédéral des assurances a commencé par considérer être en présence d'une mesure conforme à un principe général du droit des assurances et, partant, compatible à certaines conditions avec le droit fédéral[272], la Haute Cour a modifié sa jurisprudence et décidé que les caisses-maladie n'ont pas le droit, sauf motifs particuliers, d'exclure un membre pour défaut de paiement des cotisations d'assurance et des participations aux frais mais qu'elles sont libres de prononcer une mesure moins grave, comme la suspension du droit aux prestations d'assurance, laquelle peut être maintenue tant que subsistent des arriérés. Des circonstances aggravantes peuvent toutefois justifier une exclusion. A l'appui du revirement de jurisprudence — du reste critiqué par Jean-Louis Duc [273] — la Haute Cour invoque la *ratio legis*, qui serait ainsi mieux respectée.[274] Le cas de l'exclusion des médecins de la pratique des caisses a déjà été évoqué.

---

271 RJAM 1974 No 194 p. 89, 1975 No 206 p. 8, ATF 101 V 225, 102 V 193, Pierre MULLER paraît être d'un autre avis : Pierre MULLER, Le principe de la proportionnalité, Rapports et communications de la Société suisse des juristes, 112e année, 1978, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, p. 258 ch. VII. A notre avis, cette jurisprudence doit être comprise dans ce sens que l'on ne saurait imposer à une caisse-maladie l'obligation d'assurer une personne ayant commis une réticence pour des prestations supérieures à celles qu'elle aurait accepté de garantir en présence d'un candidat honnête — en sanctionnant d'une autre manière la réticence commise. Le principe de la proportionnalité permet en revanche d'obliger la caisse à adopter dans un tel cas la mesure la plus douce propre à atteindre le but visé (en principe, ramener l'assurance à ce qu'elle aurait dû être, et non pas exclure l'assuré, sauf circonstances spéciales, par exemple).

272 ATF 96 V 13, 108 V 252.

273 SKZ 1986 pp. 24 ss, 43 ss.

274 ATF 111 V 318, confirmé par RAMA 1986 No K 677 p. 214, No K 682 p. 241 et 1988 No K 763 p. 163.

6. L'égalité de traitement entre Suisses et non-Suisses

6.1. Généralités

6.1.1. Le problème

104. Les législations de sécurité sociale, en Suisse comme à l'étranger, ont tendance à prévoir *certaines règles plus sévères pour les étrangers*. Et, de manière paradoxale, la sécurité sociale a davantage succombé à la tentation de la discrimination que les modes de protection moins élaborés qui l'ont précédée. Le Bureau international du Travail (BIT) l'a relevé: "(Le principe de l'égalité de traitement) a pris une importance accrue avec l'évolution des systèmes de sécurité sociale. Dans les régimes d'assurances sociales des origines, fortement marqués par les techniques de l'assurance privée, il n'y avait guère de discrimination en raison de la nationalité, le droit aux prestations découlant directement du paiement des cotisations. La discrimination s'est introduite dans les systèmes de sécurité sociale où le lien entre cotisations et prestations s'affaiblissait, notamment avec l'apparition de systèmes financés non plus tant par des cotisations individuelles que par des fonds publics. Des conditions de citoyenneté ou de nationalité et de résidence sont apparues, régissant à la fois l'assujettissement et le droit aux prestations"[275]. Comme le BIT l'a souligné, cette évolution était d'autant plus négative qu'elle survenait à la fois au moment où la protection sociale s'améliorait, d'une manière générale, dans les Etats et à une période d'accroissement des migrations[276].

105. Les règles plus sévères imposées aux étrangers peuvent intervenir à plusieurs stades[277]. La plus radicale consiste à exclure les non-nationaux de *l'affiliation* à un régime de sécurité sociale, sous réserve de conventions internationales contraires[278]; ou l'affiliation obligatoire pour les nationaux n'est que facultative pour les ressortissants d'autres Etats. Les plus fréquentes portent sur *les prestations et leurs conditions d'octroi*: ouver-

---

275 Bureau international du Travail, Introduction à la sécurité sociale, 3ème édition, BIT, Genève 1986, pp. 151-152.

276 Idem, p. 152.

277 Bureau international du Travail, La sécurité sociale des travailleurs migrants, cité à la note 23, pp. 31-35; Conférence internationale du Travail (45ème session — 1961): Egalité de traitement des nationaux et des non-nationaux en matière de sécurité sociale, rapport VIII (1), BIT Genève 1960, pp. 3 ss.

278 Le second rapport cité à la note précédente, de 1960, mentionne à cet égard l'assurance-pensions au Danemark, en Islande et en Suède (p. 4).

ture du droit aux prestations non contributives ou relevant de régimes transitoires réservée aux nationaux, service des prestations subordonné à une condition de résidence (non-exportation), octroi soumis à une condition de réciprocité, réduction des prestations en proportion de la part financée par les impôts en cas de départ de l'Etat compétent, exigence d'une durée de cotisation, d'emploi ou de résidence plus longue pour l'ouverture du droit. Les non-nationaux sont habituellement exclus de *la participation* à la gestion des régimes et ne peuvent pas être membres des juridictions de sécurité sociale.

106. Les restrictions nuisent à *l'image* de marque de la sécurité sociale; elles gênent *les migrations* volontaires, voire entraînent le renoncement à celles-ci (selon l'importance de la protection acquise). Mais le problème est encore beaucoup plus aigu, du point de vue social, lorsque les migrations sont plus ou moins subies (sortie de l'Etat d'origine en raison d'un chômage important notamment) et que les restrictions touchent des travailleurs et les membres de leur famille à situation financière modeste, fragilisés par une formation limitée et par un véritable choc culturel, qui ne sauront ni ne pourront en corriger les effets par le recours à des protections privées.

107. Les législateurs nationaux prévoient des règles plus sévères pour les étrangers pour des *raisons* bien évidentes: ils cherchent tout d'abord à limiter les dépenses de leurs systèmes, cela d'autant plus en cas d'Etats d'immigration. Ensuite, compte tenu de la tendance générale, ils se donnent des cartes à faire valoir lors de négociations internationales pour obtenir l'égalité de traitement pour leurs propres nationaux[279]. Les Etats confrontés à un afflux de requérants d'asile peuvent également chercher à rendre leur territoire moins attractif en posant certaines barrières en matière de sécurité sociale. *Ces trois ordres de considération ont influencé la Suisse.*

6.1.2. Les solutions envisageables

108. La porte n'est ici qu'entrouverte, puisque plusieurs développements ultérieurs porteront sur les solutions. Il suffit ici de dire que *trois voies* peuvent être empruntées pour répondre au problème susmentionné:

---

279 Alexandre BERENSTEIN, La Suisse et le développement international de la sécurité sociale, cité à la note 13, p. 175.

le choix unilatéral, l'égalité comme principe fondamental directement applicable, l'égalité introduite dans un système multilatéral de coordination[280] ou dans des conventions bilatérales.

109. *La première voie est celle du choix unilatéral*: un Etat décide d'appliquer l'égalité de traitement des nationaux et des non-nationaux, indépendamment des solutions retenues à l'étranger. Il s'inspire des textes de principe[281] les plus avancés en la matière, soit *la Déclaration universelle des Droits de l'homme* (Nations Unies, 1948) et *le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (Nations Unies, 1966)[282]. Ces deux instruments reconnaissent le droit à la sécurité sociale en tant que Droit de l'homme, sans formuler de restrictions[283]. *S'il s'agit d'un droit reconnu à tout être humain, il ne saurait être restreint voire nié en fonction de la nationalité* et la pratique habituelle des Etats[284] en la matière se révèle incompatible avec lesdits textes de principe, dont le second est de nature conventionnelle et lie juridiquement les Etats qui l'ont ratifié. A notre connaissance cependant, de telles conclusions n'ont pas encore été formulées, très probablement parce qu'aucun Etat ne serait à même de s'y conformer, surtout si l'interdiction de discriminer en raison de la nationalité est considérée au regard des inégalités tant directes qu'indirectes[285]. Cette première voie est celle de l'avenir; elle correspondra au stade de la reconnaissance

280 Cf. note 23. Pour un bref aperçu, cf. la référence indiquée dans la note 275.

281 Cf. note 12.

282 Rappelons que le Conseil fédéral a présenté un Message sur l'adhésion de la Suisse aux deux Pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits de l'homme et une modification de la loi fédérale d'organisation judiciaire, le 30 janvier 1991 (FF 1991 I 1129). Sur cette base, l'Assemblée fédérale a adopté l'Arrêté fédéral du 13 décembre 1991, approuvant les Pactes et autorisant le Conseil fédéral à notifier l'adhésion (FF 1991 IV 1052). Le délai référendaire a expiré le 23 mars 1992 sans être utilisé.

283 Jean-Jacques DUPEYROUX, Le droit à la sécurité sociale dans les déclarations et pactes internationaux, Droit social [Paris] 1960, pp. 365 ss; Guy PERRIN: Les fondements du droit international de la sécurité sociale, cité à la note 12, pp. 479 ss.

284 Cf. ci-dessus le No 107.

285 La discrimination directe est aisément repérable: la législation pose des conditions spécifiques aux non-nationaux qui sont plus sévères que celles valant pour les nationaux. Formellement, il y a présence d'un "régime" particulier plus restrictif. La discrimination indirecte est plus subtile: la législation prescrit les mêmes règles, quelle que soit la nationalité. Cependant, *de facto*, les règles seront plus difficiles à observer pour le non-national (p.ex. parce que des membres de sa famille resteront dans le pays d'origine ou qu'il sera davantage absent de son Etat d'adoption). C'est une problématique que l'on retrouve dans le domaine de l'égalité de traitement entre hommes et femmes.

effective du droit à la sécurité sociale comme un droit de l'homme. Pour l'instant, elle apparaît bien théorique.

110. *La deuxième voie consiste à adopter dans une entité plus large que celle d'un seul Etat l'égalité de traitement* entre nationaux et non-nationaux et à la *considérer comme un principe fondamental.* L'option *maximale* fera valoir l'égalité à l'égard de tout non-national, qu'il soit ressortissant de l'un des Etats de l'entité ou de tout autre pays. Nous retrouvons la conception liée au droit de l'homme, relevée dans le paragraphe précédent. L'option *plus limitée* n'appliquera le principe qu'aux ressortissants des Etats de l'entité. Nous verrons que la Communauté européenne a choisi la voie du principe fondamental — inscrit à l'art. 7 du Traité de Rome — mais limité aux ressortissants communautaires. Le Traité sur l'Espace économique européen (EEE) procède de la même manière, à l'égard des matières qu'il régit et pour les ressortissants des pays parties à l'EEE.

111. *La troisième voie introduit l'égalité dans un système multi- ou bilatéral de coordination.* L'égalité doit être définie par l'instrument, tant en ce qui concerne son champ d'application personnel que matériel. Par l'exemple, l'instrument peut ne considérer que les travailleurs salariés et leur famille, que certaines éventualités de la sécurité sociale. Mais surtout le texte devra préciser la notion d'égalité applicable: *s'agit-il d'une égalité globale ou branche par branche*? Dans le premier cas, les Etats parties au système admettent l'égalité tout en sachant que leurs systèmes nationaux de sécurité sociale n'ont pas nécessairement atteint le même niveau de développement, voire qu'ils présentent des disparités notables. Dans le second cas, l'approche est de type contractuel: l'égalité n'est consentie par un Etat à l'égard d'un autre que pour une ou des branches à niveau de protection semblable. L'égalité — globale ou branche par branche — *est-elle ou non soumise à une condition de réciprocité*? Dans le premier cas, une personne doit avoir une nationalité prescrite par l'instrument, alors que dans le second l'égalité est reconnue indépendamment de la nationalité de l'intéressé. Le droit communautaire, concrétisant les principes posés par le Traité de Rome, a institué un système multilatéral, global, dans

le cadre d'une réciprocité valant à l'égard des ressortissants de la Communauté; le Traité EEE reprend ledit droit ("acquis communautaire")[286,287].

112. *La position de la Suisse* — avant et avec l'EEE — sera étudiée. Dans le cadre de la législation de sécurité sociale et des conventions internationales applicables, avant le Traité EEE, nous verrons que sa position est très traditionnelle et limitée. L'accès à l'Espace économique européen supposera, dans ce domaine, un changement d'orientation fondamental. Mais il conviendra d'analyser ce qu'apporte, déjà sur le plan interne, *l'article 4 al. 1 de la Constitution fédérale*. Le thème proposé aux rapporteurs par la Société suisse des juristes est à cet égard *novateur*: les relations entre l'art. 4 al. 1 de la Constitution fédérale et le droit suisse de la sécurité sociale (conventions internationales liant notre pays comprises) n'ont pas fait couler beaucoup d'encre à ce jour!

6.1.3. Les étapes suivantes de l'analyse

113. Le problème de l'égalité de traitement entre nationaux et non-nationaux a été exposé de manière générale, de même que les solutions

---

286 Cf. p.ex. Ph. GOSSERIES, Sécurité sociale des travailleurs migrants CEE. Ses principes fondamentaux. Journal des tribunaux du travail [Bruxelles] 1988, pp. 169 ss (173).

287 PERRIN résume comme suit la situation en matière de réciprocité dans les instruments (multilatéraux) adoptés par l'Organisation internationale du Travail (OIT): "Ainsi, alors que la réciprocité conventionnelle est de règle, conformément à la tradition des instruments de coordination, dans les conventions spécifiques consacrées à la sécurité sociale des étrangers et des migrants, comme les conventions (No 19), (No 48) et (No 118), elle n'est plus exigée dans les conventions relatives à la protection générale des travailleurs migrants, telles que les conventions (No 97) et (No 143), sauf au regard des prestations accordées au titre de régimes transitoires ou des prestations non contributives, dans la convention (No 97) tout au moins. Elle n'est pas davantage requise dans les conventions normatives de sécurité sociale, à l'exception de la convention (No 2) et de la convention (No 102), où elle s'applique pour la première fois au niveau de la branche considérée et compte tenu de la norme conventionnelle fixée pour cette branche. Le principe de l'égalité de traitement paraît donc avoir acquis une vocation légitime à s'imposer de manière inconditionnelle quant à la nationalité des bénéficiaires dans les conventions de sécurité sociale autres que les conventions spécifiques à la sécurité sociale des étrangers et des migrants. Même dans ces dernières, la convention (No 118) a marqué un net progrès sur la même voie en admettant une conception globale de la réciprocité, qui est appréciée, non plus au niveau de chaque branche considérée en particulier, mais pour l'ensemble des branches qui ont fait l'objet de ratification". Guy PERRIN, La Sécurité sociale des étrangers et des migrants selon les instruments de l'Organisation internationale du Travail (OIT). Revue belge de sécurité sociales 1981, No 3, p. 6.

envisageables. Il convient maintenant de passer à *l'analyse des normes fondamentales:* article 4, alinéa 1 de la Constitution fédérale, article 7 du Traité instituant la Communauté économique européenne (Traité de Rome) et 4 du Traité sur l'Espace économique européen (EEE)[288]. Il s'agira ensuite de voir comment le Traité de Rome a été *concrétisé par le droit communautaire* de la coordination[289], c'est-à-dire par le Règlement (CEE) No 1408/71 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; ce Règlement appartient à l'acquis communautaire repris par le Traité EEE. Quelques éléments relatifs au droit adopté par le *Conseil de l'Europe* suivront. Nous examinerons *le droit interne suisse*, ainsi que *les conventions bilatérales qui le modifient* (et qui disparaîtront dans une large mesure si la Suisse est liée par le Traité EEE), quelques *cas* d'application pratique. Cette subdivision du rapport se terminera par quelques remarques concernant *l'évaluation* des normes étudiées, *l'eurocompatibilité* du droit suisse et *les perspectives.*

6.2. L'apport de l'article 4, alinéa 1, Cst.

6.2.1. Le principe constitutionnel de l'égalité s'applique-t-il aux ressortissants nonsuisses?

114. Il convient d'examiner si l'article 4, alinéa 1, Cst. *s'applique* aux personnes qui n'ont pas la nationalité suisse. Cela implique de distinguer — comme le souligne Aubert[290] — la question de la *titularité* de celle du *contenu* du droit à l'égalité. Avant d'aborder l'art. 4 Cst. lui-même, un bref passage par les droits fondamentaux s'impose.

6.2.1.1. Les droits fondamentaux s'appliquent-ils aux étrangers?

115. Dans son introduction magistrale aux droits fondamentaux, J.P. Müller commence par cerner la notion: "En garantissant des droits fondamentaux dans la Constitution, on exprime l'idée que chaque être humain jouit,

---

288 En allemand: *Abkommen über den europäischen Wirtschaftsraum* (EWR).

289 Cf. note 23.

290 Jean-François AUBERT, Traité cité à la note 39, volume II, p. 645 No 1787.

sans conditions préalables, de droits déterminés; qu'il est un sujet de droit, revêtu d'une particulière dignité. Les droits fondamentaux reflètent la conscience, acquise par l'expérience de l'histoire et le développement de l'anthropologie, que certains aspects de l'existence humaine sont particulièrement sensibles aux menaces de la société qui les environne, notamment aux pressions des détenteurs de la puissance sociale. Mais ils entendent aussi mettre sous leur protection la dimension culturelle de la vie humaine"[291, 292]. Cet auteur analyse le champ d'application personnel et souligne que: "Dans la mesure où les droits fondamentaux prennent appui sur les droits de l'homme (*Menschenrechte*), ils appartiennent aux étrangers comme aux Suisses"[293]. *Le droit à l'égalité* devant la loi appartient aux droits de l'homme[294]: *les Suisses comme les non-Suisses en sont ainsi titulaires* ou bénéficiaires.

6.2.1.2. La titularité du droit à l'égalité[295]

116. L'article 4, alinéa 1, 1re phrase, Cst. a la teneur suivante: "*Tous les Suisses sont égaux devant la loi*". Est-ce à dire que cette disposition contredit la théorie des droits fondamentaux et que les ressortissants nonsuisses n'en bénéficient pas, ne sont pas égaux devant la loi? La

---

291 Jörg Paul MÜLLER, nouveau Commentaire, cité à la note 109, Introduction aux droits fondamentaux, p. 3, ch. 1.

292 Voir également: Jörg Paul MÜLLER, Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux, traduit par M. HOTTELIER, L. MADER et M. ROSSINELLI, Stämpfli, Berne 1983.

293 Jörg Paul MÜLLER, nouveau Commentaire, cité à la note 109, Introduction aux droits fondamentaux, p. 29, ch. 99.

294 L'art. 1er de la Déclaration universelle des droits de l'homme dispose que: "Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité". L'art. 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose que "toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi".

295 Titularité est pris ici dans un sens général, indépendamment de la qualité pour recourir. Le présent rapport ne traite d'ailleurs pas des aspects de procédure. Cf. la note 1.

question a retenu l'attention de la doctrine[296], comme de la jurisprudence[297].

---

296 Jean-François AUBERT, Traité cité à la note 39, volume II, p. 645, No 1787; Wolfram FEHRLIN, Die Rechtsgleichheit der Ausländer in der Schweiz, Berner Dissertation, Stämpfli, Berne 1952; Zaccaria GIACOMETTI/Fritz FLEINER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Polygraphischer Verlag, Zurich 1949 (approche générale de l'égalité); Thomas FLEINER-GERSTER, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, 2. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich 1980, pp. 141 ss; André GRISEL, Traité, cité à la note 41, volume I, p 358 ss (approche générale de l'égalité); Fritz GYGI, Verwaltungsrecht, Eine Einführung, Stämpfli, Bern 1986 (approche générale de l'égalité); Arthur HAEFLIGER, Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich, Zur Tragweite des Artikels 4 der Bundesverfassung, Stämpfli, Bern 1985, pp. 50-52; Arthur HAEFLIGER, Der Gleichheitssatz im Verhältnis zu andern verfassungsmässigen Rechten und zur Europäischen Menschenrechtskonvention, In: Mélanges André Grisel, Publiés par J.-F. Aubert et P. Bois, Ides et Calendes, Neuchâtel 1983, pp. 79 ss (cf. spc. pp. 86 ss); Ulrich HÄFELIN/Walter HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Ein Grundriss, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich 1984, pp. 444 ss; Yvo HANGARTNER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Zweiter Band: Grundrechte, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich 1980, pp. 179 ss; Michel HOTTELIER, La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, Contribution à l'étude des droits fondamentaux, Collection juridique romande, Payot, Lausanne 1985, pp. 95 ss; Hans HUBER, Die Grundrechte der Ausländer in der Schweiz und ihre Rechtsquellen, in: Mélanges Henri Zwahlen, Association Henri Zwahlen pour le développement du droit administratif et du droit fiscal, Lausanne 1977, pp. 117 ss; Markus HUG, Der Ausländer als Grundrechtsträger, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Nr. 88, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich 1990, pp. 178 ss; Max IMBODEN/René RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I: Allgemeiner Teil, Helbing & Lichtenhahn, Basel 1986, pp. 433 ss; Blaise KNAPP, Précis 4ème éd, cité à la note 51, pp. 103 ss, No 485 ss; Pierre MOOR, Droit administratif, cité à la note 53, volume I, pp. 367 ss; Hans Peter MOSER, Die Rechtsstellung des Ausländers in der Schweiz, Rapports et Communications à la Société suisse des juristes, Helbing & Lichtenhahn, Basel 1967, pp. 344 ss; Georg MÜLLER, nouveau Commentaire cité à la note 2, article 4, pp. 13-14 ch. 26-27; Hans NEF, Egalité devant la loi, Fiches juridiques suisses, No 546, Genève 1942; Rudolf WERTENSCHLAG, Grundrechte der Ausländer in der Schweiz, Eine Studie zu Entwicklung und Zustand der politischen Freiheit im Bundesstaat, Basler Studien zur Rechtswissenschaft (Reihe B, Band 6), Helbing & Lichtenhahn, Basel 1980, pp. 288 ss; Danielle YERSIN, Le statut des étrangers dans les projets législatifs d'harmonisation fiscale, In: Les étrangers en Suisse, Recueil de travaux publié par la Faculté de droit à l'occasion de l'assemblée de la Société suisse des juristes à Lausanne, 1982, Université de Lausanne, Lausanne 1982, pp. 293 ss.

297 P. ex.: a) Art. 4, critères généraux: 116 Ia 251, 111 Ia 91, 109 Ia 125, 108 Ia 29, 107 V 206, 106 Ia 275, 106 Ib 188, 105 V 1 (CEDH), 104 Ia 295, 100 Ia 328, 13 15; b) Art. 4, non-Suisses: 108 Ia 150, 93 I 1, 92 I 15, 91 I 49, 76 I 115, 48 I 285, 40 I 8, 14 489, 14 493; c) Art. 4 et sécurité sociale: 116 V 207, 116 V 233, 115 V 156, 115 V 234, 114 Ia 3, 114 V 13, 114 V 106, 99 Ia 630.

117. Nous allons en quelques lignes résumer les *éléments essentiels mis en évidence par la doctrine*, lesquels ne sont pas spécifiques à la sécurité sociale. Jean-François Aubert dresse la perspective générale: "Le droit découlant de l'art. 4 appartient à tous les êtres humains. C'est un *Menschenrecht*, comme disent les Allemands. Malgré le texte constitutionnel, il appartient donc aussi aux étrangers; et même à ceux qui ne sont au bénéfice d'aucun traité international; et même à ceux qui n'ont ni permis d'établissement, ni permis de séjour; et même à ceux qui ne résident pas en Suisse"[298]. J.-F. Aubert note aussitôt, les autres auteurs font de même, qu'il ne faut pas confondre la question de la titularité du droit à l'égalité avec son contenu, élément traité ci-après[299]. Hans Nef souligne que l'égalité devant la loi est "un principe d'application générale, dominant tout l'ordre juridique"[300]. Pierre Moor expose que l'art. 4 Cst. est sans doute la disposition la plus célèbre de toute la Constitution fédérale, que la jurisprudence y relative marque l'ensemble de l'ordre juridique et surtout le droit public et administratif; les étrangers bénéficient également de cette disposition fondamentale[301]. Arthur Haefliger rappelle que le Tribunal fédéral a admis très tôt (ATF 14 493) que les étrangers peuvent invoquer l'art. 4 Cst., qu'ils aient ou non leur domicile en Suisse: *"Seinem wahren Gehalt nach lautet somit der Gleichheitssatz des Art. 4 Abs. 1: «Jedermann ist vor dem Gesetze gleich»* "[302]. Yvo Hangartner confirme que l'art. 4 al. 1 Cst. est applicable — nonobstant sa lettre — non seulement aux Suisses, mais également à toute personne qui entre en contact avec l'ordre juridique suisse[303]. Hans Peter Moser[304] et Rudolf Wertenschlag[305] relèvent que l'état de droit ne permet pas de limiter l'application du principe de l'égalité à une partie des administrés, la disposition vaut ainsi à l'égard des ressortissants suisses comme des étrangers.

---

298 Jean-François Aubert, Traité cité à la note 39, volume II, p. 645, No 1787.

299 Voir ci-dessous: 6.2.2.

300 Hans NEF, Egalité devant la loi, cité à la note 296, p. 1.

301 Pierre MOOR, Droit administratif, cité à la note 53, volume I, pp. 367, 368 et 371.

302 Arthur HAEFLIGER, Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich, cité à la note 296, p. 50; cf. aussi p. 51.

303 Yvo HANGARTNER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, cité à la note 296, p. 179.

304 Hans Peter MOSER, Die Rechtsstellung des Ausländers in der Schweiz, cité à la note 296, p. 344.

305 Rudolf WERTENSCHLAG, Grundrechte der Ausländer in der Schweiz, cité à la note 296, p. 292.

118. Les analyses les plus développées sur ce point sont celles de Fehrlin et de Hug. Wolfram Fehrlin propose l'approche suivante: admettons tout d'abord que l'art. 4 al. 1 Cst. ne soit applicable, selon son texte même, qu'aux Suisses. Cela signifierait, au regard de l'égalité matérielle, que l'Etat peut traiter l'étranger arbitrairement, injustement. Il y aurait inapplicabilité à son égard des règles générales (pas d'égalité formelle). Ainsi, l'Etat n'aurait pas besoin d'adopter des règles valant pour les non-Suisses ou alors il pourrait s'en écarter voire les suspendre. L'étranger serait dépourvu de droits! L'hypothèse de départ se révèle ainsi erronée. Dès lors, une interprétation raisonnable de l'art. 4 al. 1, 1re phrase, Cst. signifie que les garanties apportées par cette disposition valent pour toutes les personnes soumises au droit suisse. L'expression correcte est ainsi: *"Jedermann ist vor dem Rechte gleich"*[306]. Markus Hug emprunte le cheminement suivant: l'art. 4 al. 1 Cst. n'a mentionné à l'origine que les Suisses, et non les Suissesses et les étrangers; en effet, un élément important de cette norme réside dans l'égalité politique, laquelle n'a été longtemps reconnue qu'aux hommes de nationalité suisse. Si les droits politiques ne sont pas garantis aux étrangers, qu'en est-il des autres domaines: un droit à l'égalité existe-t-il? Sommes-nous en présence d'exceptions ponctuelles d'un principe d'inégalité ou les différences valant à l'égard des étrangers représentent-elles des exceptions à un principe d'égalité? M. Hug estime que c'est le premier terme de l'alternative qui vaut du point de vue historique: la reconnaissance de droits constitutionnels aux étrangers n'allait pas de soi dans la Suisse du XIXe siècle. L'on ne saurait prétendre que le Constituant entendait traiter les non-Suisses comme les Suisses, le domaine des droits politiques mis à part. Certes l'idée d'égalité de traitement n'était pas étrangère à la doctrine, mais le sentiment dominant penchait en faveur d'une réalisation au moyen de traités internationaux et non en vertu de la Constitution fédérale elle-même. L'auteur n'est pas sûr que l'égalité résulte de la théorie des droits fondamentaux. Cependant le droit existe! Dans la pratique, en effet, le principe de l'égalité a été supplanté par une vision large de l'interdiction de l'arbitraire. Une inégalité ne constitue pas un point de passage obligé pour que l'arbitraire soit admis par le juge. Ainsi, le principe d'égalité n'a plus besoin de souffrir d'une inégalité pour être violé: il suffit, selon la jurisprudence, qu'il y ait présence d'un élément ne reposant pas sur un fond objectif ou qui soit

306 Wolfram FEHRLIN, Die Rechtsgleichheit der Ausländer in der Schweiz, cité à la note 296, pp. 118-123.

sans sens et sans but. L'art. 4 Cst., toujours selon le même auteur, a acquis en droit public une importance équivalente aux articles 1 et 2 du Code civil. L'étranger ne saurait en conséquence être privé de la protection résultant de l'art. 4 Cst., il a aussi un droit à bénéficier de l'égalité[307]. Enfin, dans le tout récent Commentaire de la Constitution fédérale, Georg Müller écrit que: "L'art. 4 Cst. est un droit de l'homme. Contrairement à la lettre de cette disposition, les titulaires du droit sont non seulement les Suisses, mais aussi les étrangers. L'art. 9 al. 1 AP Cst. (Com. exp.) est donc libellé de manière plus exacte en prévoyant que "les hommes et les femmes sont tous égaux devant la loi". L'art. 8 al. 1 AP Cst. (DFJP) dispose pour sa part que "tous les hommes sont égaux devant la loi"[308].

119. La Convention européenne des droits de l'homme[309],[310], du Conseil de l'Europe, contient un article 14 consacré à l'égalité[311]. Luzius Wildhaber note à propos de cette disposition que: *"Das Diskriminationsverbot von Art. 14 EMRK gleicht dem Willkürverbot von Art. 4 BV. Diskriminatorisch ist jede offensichtlich ungerechte, willkürliche oder unverhältnismässige unterschiedliche Behandlung"*[312]. L'interdiction des discriminations ne vise, selon le texte même de l'art. 14 CEDH, *que les droits et libertés reconnus dans la Convention*[313]. Analysant la jurisprudence et la doctrine, Michel Hottelier confirme que la disposition n'a pas de caractère indépendant, mais qu'elle ne vaut que dans le cadre de la Convention sans aller jusqu'à instituer un principe général d'égalité[314]. Et Arthur Haefliger souligne que le Conseil de l'Europe s'est toujours refusé jusqu'ici à introduire dans la Convention une garantie européenne

---

307 Markus HUG, Der Ausländer als Grundrechtsträger, cité à la note 296, pp. 178-201.

308 Georg MÜLLER, nouveau Commentaire, cité à la note 2, article 4, p. 13, ch. 26.

309 RS 0.101.

310 Cf. ci-dessus les Nos 3-4.

311 L'art. 14 CEDH dispose que: "La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation".

312 Luzius WILDHABER, Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, cité à la note 10, pp. 369-370.

313 *Idem*, p. 370.

314 Michel HOTTELIER, La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, cité à la note 296, pp. 95-96.

générale de l'égalité[315]. Cette limitation est particulièrement importante au regard du sujet traité; en effet, la Convention européenne des droits de l'homme ne contient aucune disposition en matière de sécurité sociale, elle ne pourra donc pas épauler ou approfondir les garanties résultant de l'art. 4 Cst.[316].

120. La *jurisprudence* du Tribunal fédéral analysée par la doctrine susmentionnée, *admet de manière constante que les ressortissants non suisses bénéficient de l'égalité prescrite par l'art. 4 Cst.*[317].

6.2.2. L'admissibilité de restrictions à l'égalité pour les non-Suisses

6.2.2.1. Le contenu général du droit à l'égalité

121. Les ressortissants non suisses sont donc *titulaires* du droit à l'égalité, ils bénéficient de l'art. 4 Cst. Est-ce à dire qu'ils ont un droit constitutionnel à être *traités de la même manière* que les ressortissants suisses ou l'égalité peut-elle subir certaines restrictions? Après la question de la titularité, c'est celle du *contenu* qui doit être abordée[318], tout d'abord de manière générale.

122. Jean-François Aubert pose le cadre: "Il ne faut évidemment pas confondre la question de la titularité avec celle du contenu du droit à l'égalité. De ce qu'un étranger peut invoquer l'art. 4 Cst. féd, il ne s'ensuit pas que les discriminations dont il se plaint soient nécessairement contraires à l'art. 4 Cst. féd. Il est bien clair, par exemple, que le refus d'accorder aux étrangers les droits politiques est tout à fait compatible avec le principe d'égalité. En d'autres termes, il y a, entre le national et l'étranger, une différence de fait assez grande pour justifier cette différence dans leur statut juridique. Ou encore: tous les titulaires du droit à l'égalité ne

---

315 Arthur HAEFLIGER, Der Gleichheitssatz im Verhältnis zu andern verfassungsmässigen Rechten und zur Europäischen Menschenrechtskonvention, cité à la note 296, p. 87.

316 Nous en verrons un effet concret, à propos de l'inégalité des âges ouvrant droit à la pension de retraite, dans l'application aux cas pratiques (7e subdivision). Il s'agit de l'arrêt Achermann, ATF 105 V 1. Pour la notion de droit de caractère civil, au sens de l'art. 6 § 1 CEDH, voir p. ex. Jean RAYMOND, La Suisse devant les organes de la Convention européenne des droits de l'homme, cité à la note 10, p. 63 ss.

317 Cf. note 297.

318 Jean-François AUBERT, Traité, cité à la note 39, volume II, p. 645, No 1787.

peuvent pas prétendre, dans tous les domaines, être traités selon la même règle; ils ont simplement le droit d'être traités comme les personnes qui, eu égard à cette règle, sont dans une situation analogue à la leur"[319].

123. Dès l'abord, l'on se rend compte que la question est délicate: d'une part, le droit à l'égalité appartient aux *droits de l'homme*, d'autre part, *certaines distinctions* entre nationaux et étrangers semblent admissibles, c'est-à-dire que certaines restrictions à l'égalité peuvent valoir à l'égard des seconds. Or, le droit constitutionnel ne saurait être vidé de sa subs tance. Quelles sont alors ces différences de fait assez grandes pour justifier une différence dans le statut juridique? Quels enseignements en tirer pour le domaine de la sécurité sociale[320]?

124. Avant de déterminer si des restrictions peuvent être prévues *à l'égard des non-Suisses* et dans quelle mesure, il convient de rappeler *le sens général du droit à l'égalité*. André Grisel expose que: "Le droit à l'égalité n'est pas le droit d'être placé, en toute circonstance, sous le régime juridique applicable à telle ou telle personne. Défini exactement, c'est le droit d'exiger que les situations de fait semblables soient assujetties à des règles de droit semblables, et les situations de fait dissemblables à des règles de droit dissemblables. Il implique donc, selon les cas, la prétention à un traitement identique ou distinct. Il est violé, disent plusieurs jugements de langue allemande, *«wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder wenn Ungleiches nicht nach Massgabe der Ungleichheit ungleich behandelt wird»* (ATF 106 Ib 188; 104 Ia 295; 103 Ia 519; 102 Ia 43 s.; 101 Ia 200; 94 I 654, 91 I 171; Zbl 1981 p. 39"[321]. Grisel met ensuite en évidence les caractères du droit à l'égalité. Ses contours sont tout d'abord imprécis: "L'autorité (...) comparera des situations de fait, qui sont en général complexes; puis, elle s'interrogera sur les conséquences juridiques qu'il y a lieu de tirer des similitudes ou des disparités constatées. (...) Il s'agit bien plutôt d'appréciations subjectives, qui dépendent plus ou moins de circonstances personnelles. (...) Dès lors, la notion d'égalité est floue. D'où l'imprécision du droit à l'égalité"[322]. Cet auteur poursuit: "Pour contrôler l'observation du droit à l'égalité, le

319 *Idem, in fine.*

320 Les enseignements à tirer pour le domaine de la sécurité sociale font l'objet de la subdivision 6.2.2.4.

321 André GRISEL, Traité, cité à la note 41, volume I, p. 359.

322 *Idem*, pp. 359-360.

Tribunal fédéral se fonde sur des données concrètes aussi bien que sur les principes du droit (ATF 100 Ia 328 s.). Or, les bases de sa décision varient avec le temps (ATF 106 Ib 189; 105 Ia 519 s.). A telle époque, une différence de fait paraît assez considérable pour justifier un traitement distinct. A une autre, elle s'estompe au point d'être sans effets juridiques"[323]. André Grisel parle ainsi *d'un droit au contenu variable*. Ce droit est aussi *limité par les Cantons*, lesquels ont certaines compétences législatives, qui ne sauraient être neutralisées par l'application de l'art. 4 Cst.[324]. Blaise Knapp souligne la difficulté concrète de déterminer quand des situations sont semblables et quand elles sont dissemblables, seul l'examen du cas d'espèce permettant de trancher; la jurisprudence admet un certain schématisme dans les solutions légales ainsi que la "codification" de la pratique administrative sous forme d'ordonnances administratives[325]. Cet auteur ajoute: "Enfin, tout ce que l'on peut exiger est que les différences de traitement se justifient par des différences de fait pertinentes et importantes, le critère de différenciation devant être raisonnable et soutenable, c'est-à-dire ne pas être arbitraire (p.ex. ATF 104 Ib 369 Hallwag AG; 108 Ia 114 Rothenberger; 109 Ia 328 Commune d'Igis; 112 Ia 196 Erich et Irene Lappe; 114 Ia 223/4 I Willy Müller; 114 Ia 323 Electra Massa; 116 Ia 83 X. AG)"[326].

125. Pour terminer ce rappel général sur le contenu du droit à l'égalité, citons une confirmation récente de la jurisprudence du Tribunal fédéral: *"Ein Erlass verletzt den Grundsatz der Rechtsgleichheit und damit Art. 4 Abs. 1 BV, wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrän-*

---

323 *Idem*, p. 360.

324 *Idem*, p. 361: "Les cantons ont conservé la compétence de légiférer dans diverses matières. Sans doute, même dans le cadre de leurs pouvoirs, sont-ils liés par le droit fédéral et notamment par l'art. 4 Cst. Cependant, ce serait porter atteinte à la structure fédérative du pays que de les obliger, en vertu de cette disposition, à édicter des règles identiques sur le même objet. Nul ne peut donc se fonder sur le droit à l'égalité pour faire échec à une législation cantonale en raison de ses différences avec d'autres (ATF 104 Ib 394; 103 Ia 50; 99 Ia 381, 244; 97 I 515 s., 122; 96 I 704; 93 I 715, 336, 311; 91 I 491; Zbl 1982 p. 143). Ce qui est vrai pour les cantons l'est aussi pour les communes".

325 Admission d'un certain schématisme dans les solutions légales: ATF 101 Ia 200. Admission des ordonnances administratives: voir les études de Pierre-Louis MANFRINI et de Raymond SPIRA, citées à la note 130.

326 Blaise KNAPP, Précis 4e éd., cité à la note 51, p. 103, No 489.

gen. Die Rechtsgleichheit ist verletzt, wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird; vorausgesetzt ist, dass sich der unbegründete Unterschied oder die unbegründete Gleichstellung auf eine wesentliche Tatsache bezieht. Die Frage, ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist, kann zu verschiedenen Zeiten verschieden beantwortet werden, je nach den herrschenden Anschauungen und Zeitverhältnissen. Dem Gesetzgeber bleibt im Rahmen dieser Grundsätze und des Willkürverbotes ein weiter Spielraum der Gestaltungsfreiheit (BGE 114 Ia 2 E.3, 223 E. 2b, 323 E. 3a, *je mit Hinweisen*)" (ATF 117 Ia 101)[327].

6.2.2.2. L'admissibilité de restrictions à l'égard des non-Suisses en général

126. L'examen du contenu du droit à l'égalité a été effectué dans une optique générale. Il convient de poursuivre l'analyse, en la rapportant maintenant *à la situation des non-Suisses*. Comme nous l'avons vu[328], ceux-ci sont *titulaires* du droit en question. Est-ce à dire qu'ils en *bénéficient* totalement ou seulement partiellement et ce pour quelles raisons?

127. Georg Müller s'exprime comme suit: "L'art. 4 Cst. est un droit de l'homme. Contrairement à la lettre de cette disposition, les titulaires du droit sont non seulement les Suisses, mais aussi les étrangers. (...) La qualité d'étranger peut cependant fonder objectivement une différence de traitement lorsque la nationalité suisse joue un rôle capital dans les faits à réglementer. Ainsi le Tribunal fédéral a jugé compatible avec l'art. 4 Cst. l'exclusion d'étrangers de la profession d'avocat, au motif que les avocats étaient intervenus à titre professionnel dans le débat judiciaire dont le style est fortement influencé par notre organisation et notre procédure judiciaires, empreintes de traditions nationales; en outre, le besoin de protéger les avocats du pays face à la concurrence étrangère et l'existence d'une réciprocité interétatique ont joué un rôle[329]. A notre avis, cette différence de traitement ne se justifie en tout cas pas à l'égard d'étrangers qui ont étudié et obtenu leur diplôme en Suisse, ou qui y ont

327 Voir aussi: Hans NEF, Egalité devant la loi, cité à la note 296, p. 2.

328 Voir ci-dessus: 6.2.1.2. (Nos 116 ss).

329 Référence, indiquée par cet auteur: ATF du 24 février 1984, Zbl 1984, pp. 459 ss, consid. 3b.

même été élevés. Le Tribunal fédéral va donc manifestement admettre, en se fondant sur l'art. 4 Cst., l'accès d'étrangers à la profession d'avocat dans des cas particuliers, tout spécialement lorsque l'acquisition préalable de la nationalité suisse apparaîtrait comme une rigueur déraisonnable[330]. Une série d'autres professions sont, de par la loi, réservées aux citoyens suisses. De même en droit fiscal, une inégalité de traitement entre étrangers et Suisses n'est généralement pas considérée comme une violation de l'art. 4 Cst."[331].

128. Hans Peter Moser souligne, avec raison, que *l'égalité entre Suisses et non-Suisses représente la règle, les restrictions étant des exceptions au principe*; ladite règle vaut aussi longtemps qu'une norme ne prévoit pas, expressément ou selon son sens clair, le contraire et des exceptions sont admissibles au regard de l'art. 4 Cst. là où la différence des situations le demande. Cet auteur cite les exemples classiques des art. 69ter (base de la législation fédérale sur l'entrée et le séjour des étrangers) et 70 Cst. (renvoi de l'étranger compromettant la sûreté de la Suisse)[332]. Yvo Hangartner précise que: *"Schweizer und Ausländer sind zum vornherein gleich zu behandeln, wenn sie gleichgestellt sind: - verfassungsrechtlich, also vor allem auch im Bereich jener Grundrechte, die jedermann zustehen; - völkerrechtlich, insbesondere auch durch Staatsverträge (vgl. z.B. die EMRK; Handels-, Niederlassungs- und Doppelbesteuerungsverträge)"*[333]. Cet auteur ajoute les éléments suivants: l'égalité de traitement vaut aussi longtemps que la Constitution ou la législation ne prévoient pas de différenciations; celles-ci peuvent exceptionnellement résulter de leur interprétation; lorsque l'égalité n'est pas garantie de manière particulière, des réglementations applicables aux étrangers sont admissibles si elles apparaissent raisonnables et justifiées au regard des valeurs dominantes de la Constitution (exemples: droits politiques; une imposition fiscale plus élevée ne serait au contraire pas admissible). Hans Huber expose ceci: *"Zwischen einem Schweizer und einem Ausländer darf dann ein Unterschied in der rechtlichen Behandlung gemacht werden, wenn dafür die Staatsangehörigkeit zugleich ein sachliches, ein vernünftiges und sich*

330 *Idem*: ATF du 24 février 1984, Zbl 1984, pp. 460 s., consid. 3c.

331 Georg MÜLLER, nouveau Commentaire, cité à la note 2, article 4, pp. 13-14, ch. 26.

332 Hans Peter MOSER, Die Rechtsstellung des Ausländers in der Schweiz, cité à la note 296, pp. 344-345.

333 Yvo HANGARTNER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, cité à la note 296, p. 194.

aufdrängendes Kriterium liefert. Mit anderen Worten: Wenn das betreffende Lebensverhältnis durch die schweizerische Staatsangehörigkeit entscheidend mitgeprägt ist, darf der Ausländer ausgeschlossen oder ungünstiger oder einfach anders behandelt werden"[334], [335]. En *droit fiscal*, Danielle Yersin mentionne que si la nationalité n'est pas en soi un critère d'assujettissement, cela ne signifie pas qu'elle n'exerce pas d'influence sur la taxation. Dans deux cas, le droit interne traite différemment Suisses et étrangers: celui de l'impôt à forfait (ou d'après les dépenses), acquitté par les non-Suisses sans activité lucrative et habitant notre pays; celui de l'impôt à la source, perçu auprès de certaines catégories de travailleurs étrangers. Les raisons invoquées pour ce traitement différencié sont compatibles avec l'art. 4 Cst.[336]. Dernier élément à mentionner, apporté par Pierre Moor: la "casuistique aura permis de distinguer trois catégories: celle où les situations sont à ce point semblables qu'un régime identique s'impose, celle où elles sont à ce point dissemblables que des régimes différents doivent être institués, et celle enfin où elles sont entre deux, et permettent aussi bien l'identité que la différence"[337].

6.2.2.3. Synthèse des critères

129. Cette série d'approches, riches, mérite un bref essai de synthèse: *quels sont les critères* qui permettront de dire *si un traitement différencié des ressortissants non suisses* est ou non admissible au regard de l'art. 4 Cst.?; nous les appliquerons ensuite au *droit de la sécurité sociale*, tout d'abord en théorie générale[338], puis en droit suisse[339].

130. Les critères pertinents peuvent être mis en évidence de la manière suivante:

- La titularité du droit à l'égalité ne signifie pas nécessairement le bénéfice de l'égalité sans restrictions;

---

334 Hans HUBER, Die Grundrechte der Ausländer in der Schweiz und ihre Rechtsquellen, cité dans la note 296, p. 137.

335 Dans un sens analogue: Wolfram FEHRLIN, Die Rechtsgleichheit der Ausländer in der Schweiz, cité à la note 296, pp. 122, 128 ss.

336 Danielle YERSIN, Le statut des étrangers dans les projets législatifs d'harmonisation fiscale, cité à la note 296, pp. 298 ss.

337 Pierre MOOR, Droit administratif, cité à la note 53, volume I, p. 383.

338 Voir ci-dessous: 6.2.2.4.

339 Voir ci-dessous: 6.6.

- il y a entre le Suisse et le non-Suisse une différence de fait suffisamment grande pour justifier des différenciations sur le plan juridique;
- cependant, le droit à l'égalité appartient aux droits de l'homme: il y aura ainsi une certaine tension entre cette qualité et ces différenciations;
- la difficulté consiste à déterminer dans un cas concret: quelles sont les situations de fait à ce point semblables qu'une réglementation identique s'impose, quelles sont les situations à ce point différentes qu'une réglementation différente s'impose, quelle est la zone intermédiaire dans laquelle le législateur bénéficie d'une marge de manoeuvre;
- quels principes du droit guideront le choix et dans quel sens va leur évolution?
- une différence de traitement doit être justifiée par une différence de fait pertinente et importante; elle doit être raisonnable et soutenable, en d'autres termes, elle ne doit pas être arbitraire;
- l'étranger bénéficie du droit à l'égalité fondé sur l'art. 4 Cst.: cela signifie que l'égalité entre Suisses et non-Suisses constitue la règle, les restrictions représentent les exceptions;
- si la nationalité suisse joue "un rôle capital" dans les faits à réglementer ou à considérer, une différence de traitement est compatible avec l'art. 4 Cst.

6.2.2.4. L'admissibilité de restrictions à l'égard des non-Suisses en droit de la sécurité sociale

131. Compte tenu de l'analyse de l'art. 4 al. 1 Cst. qui vient d'être effectuée, essayons de *déterminer quelles restrictions seraient admissibles ou contraires* à cette disposition fondamentale de l'ordre juridique suisse. L'examen est proposé ici *in abstracto*; la question sera reprise à propos du droit interne et des cas pratiques[340]. Reprenons pour ce faire la méthode classique qui consiste, en droit de la sécurité sociale, à aborder successivement: la conception générale de la protection, le champ d'application personnel, les éventualités couvertes, les prestations (y compris les conditions d'octroi), l'organisation administrative, financière et contentieuse.

132. La réponse va de soi au regard de la *conception générale de la protection*: comme l'égalité entre nationaux et non-nationaux constitue la

340 Voir ci-dessous: 6..6 et 6.8.

règle[341], un système ou un régime de sécurité sociale ne peut pas être *orienté* vers un traitement différent des ressortissants suisses et des personnes au bénéfice d'une autre nationalité. La législation helvétique ne pose pas de problèmes à cet égard. Un seul régime est axé sur les citoyens de ce pays, c'est celui de l'assurance militaire; la défense incombant aux nationaux, il va de soi que cette orientation ne pose aucun problème de constitutionnalité: la nationalité joue ici "un rôle capital".

133. Un *champ d'application personnel* exclusivement réservé aux ressortissants suisses serait-il compatible avec l'art. 4 al. 1 Cst.? A nouveau, l'égalité doit être la règle. La nationalité ne joue pas un rôle capital dans les faits à considérer, le secteur de la défense nationale étant mis à part. Une exclusion de l'affiliation en raison de la qualité d'étranger ne serait pas raisonnable et soutenable, mais arbitraire. En revanche, une extension facultative d'un régime de sécurité sociale, qui serait à la disposition des ressortissants suisses résidant à l'étranger[342], serait admissible: l'Etat d'origine se soucie de la sorte de protéger ses nationaux hors du pays, il y a présence d'un lien privilégié qui permet une réglementation particulière.

134. Quid des *éventualités* ? Selon la conception classique, fondée sur la Convention OIT No 102 concernant la norme minimum de la sécurité sociale — la base de tout le droit international en la matière —, *la sécurité sociale couvre neuf éventualités*: soins médicaux, indemnités de maladie, maternité, accidents du travail et maladies professionnelles, vieillesse,

---

341 Hans Peter MOSER, Die Rechtsstellung des Ausländers in der Schweiz, cité à la note 296, p. 344. Voir ci-dessus le No 128.

342 Et qui bien sûr ne tomberaient pas sous un assujettissement obligatoire (travail en Suisse, travail hors de Suisse pour un employeur établi dans ce pays).

survivants, invalidité, chômage, charges familiales[343, 344]. Le Code européen de sécurité sociale, tant dans sa teneur initiale de 1964 que dans sa version révisée de 1990, reprend la structure de la Convention OIT No 102[345, 346]. La nationalité ne joue évidemment aucun rôle dans ce domaine: elle n'entraîne pas en soi un besoin plus ou moins grand de soins médicaux, ne crée pas plus ou moins de cas de décès ou d'invalidité, etc. Toute distinction relative à la définition d'une éventualité qui serait gérée selon le critère de la nationalité — p. ex. âge de la retraite fixé à 65/62 ans pour les Suisses, 70 ans pour les étrangers — serait évidemment arbitraire et par là incompatible avec l'art. 4 al. 1 Cst.

---

343 Alexandre BERENSTEIN, La Suisse et le développement international de la sécurité sociale, cité à la note 13, pp. 166-168; Pierre-Yves GREBER, Droit suisse de la sécurité sociale, Avec un aperçu de théorie générale et de droit international, cité à la note 13, pp. 77 ss; Pierre-Yves GREBER, Les principes fondamentaux du droit international et du droit suisse de la sécurité sociale, cité à la note 66, pp. 58 ss; Message concernant trois conventions de l'Organisation internationale du Travail et du Conseil de l'Europe relatives à la sécurité sociale, du 17 novembre 1976, FF 1976 III 1345; OIT — Conférence internationale du Travail (34ème session - 1951): Rapport IV (1): Objectifs et normes minima de la sécurité sociale, BIT, Genève 1950, Rapport IV (2): *Idem*, 1951; OIT — Conférence internationale du travail (35e session - 1952): Rapport Va (1): Norme minimum de la sécurité sociale, BIT, Genève 1951, Rapport Va (2): *Idem*. 1952; LAROQUE, Pierre: L'Organisation internationale du travail et la sécurité sociale, Revue internationale de sécurité sociale 1969 513; MARTI BUFILL, Carlos: Les conventions sur la sécurité sociale et le rôle joué par l'OIT dans l'établissement de normes, Revue internationale de sécurité sociale 1969 538; Office fédéral des assurances sociales: Une convention internationale concernant la norme minimum de la sécurité sociale, RCC 1954 157, 207, 284; PERRIN, Guy: L'action de l'Organisation internationale du travail en faveur de la coordination et de l'harmonisation des législations de sécurité sociale, Revue belge de sécurité sociale 1969, août-octobre, pp. 76 ss; VALTICOS, Michel: Droit international du travail, 2e édition, Dalloz, Paris 1983, pp. 391 ss.

344 La Suisse a ratifié partiellement la Convention OIT No 102, soit pour les éventualités accidents du travail et maladies professionnelles, vieillesse, survivants, invalidité, charges familiales. (Arrêté fédéral du 23 juin 1977, RO 1978 1626).

345 Voir ci-dessus les Nos 5 ss.

346 La Suisse a ratifié partiellement le Code de 1964, pour les mêmes éventualités que la Convention OIT No 102. RO 1978 1518.

135. Le secteur des *prestations*, conditions d'octroi comprises, pose les problèmes les plus complexes. La nationalité en soi n'entraîne pas non plus un besoin accru ou diminué selon la nationalité et la sécurité sociale est reconnue comme un droit de l'homme[347]. L'égalité pleine et entière devrait *a priori* s'appliquer. Or, nous avons vu[348] que les législateurs ont tendance, en Suisse comme à l'étranger, à prévoir certaines règles plus sévères pour les non-nationaux[349], pour des raisons d'économie, pour se garder des atouts en cas de négociations internationales voire, à l'époque récente, pour rendre leur territoire moins attractif aux demandeurs d'asile[350]. Ces motifs permettent-ils de considérer que la nationalité joue un "rôle capital", que la situation de fait du Suisse et du non-Suisse sont différentes au point de permettre une réglementation différente? Dans la mesure où les prestations sont *servies en Suisse* et qu'elles sont *contributives*[351], il est bien difficile de voir en quoi une différence de nationalité représenterait un critère pertinent de différenciation. Si les prestations sont *servies en Suisse* et qu'elles sont *non contributives*[352] sans avoir un caractère d'assistance ou sans être soumises à une condition de ressources, la même observation s'impose. Quid au-delà de ce cadre: *le service des prestations hors de Suisse ou l'octroi de prestations liées à un état de besoin* peuvent-ils être différenciés selon la nationalité? La nationalité ne joue évidemment aucun rôle quant à l'existence et à l'ampleur du besoin de protection. Dans la première hypothèse — celle de l'exportation des prestations — la situation varie, nous semble-t-il, selon le financement. Dans la mesure où les collectivités publiques financent tout ou partie de la protection, une différenciation pourrait être admise: Les intéressés ne contribuent plus au "ménage national" par le paiement de leurs impôts (directs ou indirects), le citoyen suisse conservant cependant le critère de rattachement de la nationalité et par là un avantage. Si le financement est contributif — ou dans la mesure où il l'est — l'argument tombe et l'égalité s'impose. La différence pourrait consister, dans la seconde hypothèse,

347 Voir ci-dessus le No 109.

348 Voir ci-dessus les No 104-107.

349 Voir ci-dessus le Nos 105.

350 Voir ci-dessus le No 107. En outre, les législateurs entendent éviter l'arrivée d'étrangers qui ne viendraient dans le pays que pour bénéficier des prestations de sécurité sociale.

351 Pris au sens classique du terme, c'est-à-dire fondées sur le paiement de cotisations (acquittées par l'intéressé, par son employeur, ou partagées entre eux).

352 Toujours au sens classique du terme, critiquable ici: la personne assujettie aux impôts contribue également au financement!

dans "l'obligation générale" ou morale d'un Etat d'assurer un certain minimum à ses ressortissants et non à tous les habitants de la planète. La différence de fait peut être considérée ici comme pertinente et raisonnable et la différenciation juridique admissible. Mais toute la problématique de l'égalité suppose le traitement de questions concrètes; nous reprendrons dès lors l'exercice à propos des différenciations fondées sur la nationalité opérées par le droit interne[353].

136. Quid enfin de *l'organisation administrative, financière et contentieuse*? Le critère de la nationalité peut être considéré comme pertinent dans le domaine de l'administration de la sécurité sociale: l'accès à une institution de participation peut être limité aux nationaux; la différenciation peut être critiquée, mais n'est pas arbitraire. En revanche, au regard des deux derniers aspects, il est évident qu'il serait insoutenable de moduler le financement selon la nationalité ou de retenir cette dernière pour limiter le droit de recourir. L'égalité va de soi.

137. Tels sont les enseignements qu'il nous paraît raisonnable de tirer de l'art. 4 al. 1 Cst. Certains aspects seront repris ultérieurement[354]. Il convient maintenant d'étudier une autre norme fondamentale en matière d'égalité, appartenant au droit communautaire et qui est destinée à être reprise par le Traité EEE (EWR).

---

353 Voir ci-dessous: 6.6.

354 Voir ci-dessous: 6.6. 6.7. 6.8.

6.3. L'apport de l'article 7 du Traité instituant la Communauté éoonomique européenne[355]

138. L'article 7 du Traité instituant la Communauté économique européenne (Traité de Rome ou Traité CEE)[356] appartient à la première partie de l'instrument, intitulée "Les principes". Sa teneur, telle que modifiée par l'Acte unique européen (1986), est la suivante:

"Dans le domaine d'application du présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité.

Le Conseil, sur proposition de la Commission et en coopération avec le Parlement européen, peut prendre, à la majorité qualifiée, toute réglementation en vue de l'interdiction de ces discriminations".

139. Il convient d'examiner successivement la portée générale de l'article 7 du Traité CEE, la nature du droit qu'il garantit, les discriminations interdites, son application directe, son champ d'application personnel. Il faut rappeler, à titre liminaire, que cette disposition n'est pas spécifique à la sécurité sociale, mais qu'elle *régit l'ensemble du Traité.* Elle revêt cependant *une importance particulière dans notre domaine d'étude*: nous avons en effet vu[357] que les législateurs nationaux prévoient volontiers des règles favorisant les natio-

---

355 Nicole CATALA/René BONNET, Droit social européen, Litec, Librairie de la Cour de Cassation, Paris 1991, pp. 89 ss, Nos 115 ss; Jean DE RUYT, L'Acte unique européen, Commentaire, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles 1987; Ph. GOSSERIES, Sécurité sociale des travailleurs migrants CEE, Ses principes fondamentaux, Journal des tribunaux du travail (Bruxelles) 1988, pp. 173-174; Guy ISAAC, Droit communautaire général, 2e édition, Masson, Paris 1989, pp. 149-150 not; Gérard LYON-CAEN/Antoine LYON-CAEN, Droit social international et européen, 7e édition, cité à la note 13 pp. 105 ss, Nos 135 ss; Jacques MÉGRET/Jean-Victor LOUIS/Daniel VIGNES/Michel WAELBROECK, Le droit de la Communauté économique européenne, Commentaire du Traité et des textes pris pour son application, vol. 1, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles 1973, pp. 23-27; Pierre MERCIER/Olivier JACOT-GUILLARMOD, La libre circulation des personnes et des services, Dossier de droit européen No 1, Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1991, pp. 123 ss; Charilaos TANTAROUDAS, La protection juridique des travailleurs migrants de la CEE en matière de Sécurité sociale et la jurisprudence de la Cour des Communautés, Economica, Paris 1976, pp. 131 ss.

356 Bengt BEUTLER/Roland BIEBER/Jörn PIPKORN/Jochen STREIT,Die Europäische Gemeinschaft — Rechtsordnung und Politik, 3. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1987, pp. 308-309; Louis CARTOU, Communautés européennes, 9e édition, Précis Dalloz, Dalloz, Paris 1989, pp. 373-375; Peter FISCHER/Heribert Franz KÖCK, Europarecht einschliesslich des Rechtes supranationaler Organisationen, Prugg Verlag, Eisenstadt 1986, pp. 214-215; Etienne CEREXHE, Le droit européen, La libre circulation des personnes et des entreprises, Nauwelaerts, Bruxelles 1979, pp. 66 ss.

357 Cf. ci-dessus les Nos 104-107.

naux par rapport aux étrangers. Cette "inclinaison quasi naturelle" est ainsi *interdite dans le cadre communautaire* et cela change dès lors toute la philosophie des situations extra- ou transnationales. Et comme l'accord sur l'Espace économique européen (EEE) reprend la substance de cette norme, au titre de l'acquis communautaire, cette conception nouvelle[358] pour notre pays le liera en cas d'acceptation de l'EEE.

6.3.1. La portée générale de l'article 7 du Traité CEE

140. La doctrine et la jurisprudence relèvent régulièrement que l'interdiction des discriminations exercées en raison de la nationalité revêt le rang d'un *principe général du droit communautaire*; l'article 7 figure d'ailleurs formellement dans la première partie du Traité de Rome intitulée "Les principes". Le Commentaire Mégret souligne qu'il ne s'agit pas seulement de l'octroi aux étrangers du traitement national, tel qu'il est prévu habituellement dans les traités bilatéraux de commerce ou d'établissement, "mais plus généralement l'interdiction de toute discrimination entre les ressortissants d'Etats membres quand elle est exercée en raison de la nationalité"[359]. Il faut bien considérer que cette norme ne figure pas simplement dans un accord international, aussi important soit-il, mais dans l'acte constitutif, constitutionnel, d'une organisation européenne tout d'abord tournée vers la réalisation d'un marché commun puis, à l'heure actuelle, d'une Union européenne (cf. art. 1 de l'Acte unique européen (AUE); art. A, Titre I, du Traité sur l'Union européenne[360]. Or, une telle Union ne saurait cohabiter avec des discriminations fondées sur la nationalité, totalement étrangères à l'esprit de cette "famille européenne" en création avancée.

141. Le principe général d'égalité de traitement est ainsi posé à l'article 7 du Traité CEE et il est repris par d'autres dispositions de ce texte, notamment aux articles 48 (libre circulation des travailleurs), 52 (droit d'établissement) et 59 (libre prestation des services)[361]. L'article 51, qui représente la base de la coordination communautaire des législations nationales de sécurité sociale[362], ne prévoit aucune restriction à l'égalité de traitement. Le principe est ensuite repris dans *le droit dérivé*, adopté

---

358 Dans la mesure où elle dépasse l'égalité de traitement telle que garantie par l'art. 4 al. 1 Cst. Cf. ci-dessus les Nos 114 ss.

359 MÉGRET/LOUIS/VIGNES/WAELBROECK, Commentaire du Traité, cité à la note 355, p. 24.

360 Dit aussi Traité de Maastricht, lieu de sa signature le 7 février 1992.

361 Etienne CEREXHE, Le droit européen, cité à la note 356, p. 66.

362 Cf. note 23.

sur la base du Traité: p. ex. à l'art. 1er du Règlement (CEE) No 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté ou à l'art. 3 du Règlement (CEE) No 1408/71 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[363]. Ces deux règlements, extrêmement importants pour la libre circulation des personnes, d'une part, pour la coordination des systèmes de sécurité sociale, d'autre part, font partie de l'acquis communautaire repris par l'Accord EEE[364].

142. Le débat sur la dimension sociale de la Communauté est loin d'être achevé[365]. Deux éléments sont cependant à cet égard de première importance: l'art. 7 du Traité sur l'égalité et la reconnaissance, par le Conseil européen, qu'il "convient de donner aux aspects sociaux la même importance qu'aux aspects économiques et que, dès lors, ils doivent être développés de façon équilibrée"[366].

---

363 Cf. ci-dessous la subdivision 6.4.

364 Cf. Annexe V et VI de l'Accord EEE. Pour un aperçu de ces textes, voir p. ex.: Pierre MERCIER et Olivier JACOT-GUILLARMOD, La libre circulation des personnes et des services, cité à la note 355, pp. 63 ss, 72 ss.

365 Cf. parmi beaucoup de publications: André LAURENT, Rapport introductif, in: La sécurité sociale et l'Europe 1992, EISS Yearbook 1989/Annuaire EISS 1989: Social Security and Europe 1992/La sécurité sociale et l'Europe 1992, Institut européen de sécurité sociale, Acco, Leuven/Amersfoort 1990, pp. 3 ss; Richard DRAPERIE, Sécurité sociale et échéance 1992, Annuaire EISS 1989 cité ci-dessus, pp. 9 ss; La protection sociale en Europe à l'horizon 1992, Actes du Séminaire Européen confié au Centre de Recherches Economiques, Sociologiques et de Gestion de Lille par la Commission des Communautés Européennes, Tilques (France), 12-14 octobre 1988, édité par J.-C. SAILLY, T. LEBRUN et F. CALCOEN, Lacassagne, Lyon 1990; Gabriel GUERY, La dynamique de l'Europe sociale, Dunod, Paris 1991; Europe: Le défi social, Observatoire social européen, Ciaco, Bruxelles 1989; Eliane VOGEL-POLSKY/Jean VOGEL, L'Europe sociale 1993: Illusion, alibi ou réalité? cité à la note 29; Guy PERRIN , La sécurité sociale dans la perspective du Marché intérieur unique de la Communauté économique européenne, cité à la note 29; Quel avenir pour l'Europe sociale: 1992 et après? Colloque européen, Bruxelles, 16-17 novembre 1990, en hommage à Léon Eli Troclet, organisé par le Centre d'Etudes Sociologiques du Droit Social International et Comparé de l'Université Libre de Bruxelles, Ciaco, Bruxelles 1992; Michel VOIRIN, Sécurité sociale et Marché intérieur européen, Quelles mesures communautaires pour faire face à l'échéance de 1993? Revue internationale de sécurité sociale 1991, pp. 49 ss; Hugh MOSLEY, La dimension sociale de l'intégration européenne, Revue internationale du Travail 1990, pp. 157 ss; Leo H.-J. CRIJNS, The social dimension of 1992, Institut Européen d'Administration Publique/European Institute of Public Administration, Maastricht 1989.

366 Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, du 9 décembre 1989, deuxième considérant.

6.3.2. La nature du droit à l'égalité

143. Nous avons vu, à propos du droit suisse, que le droit à l'égalité devant la loi est considéré comme un *droit de l'homme*, que les ressortissants non suisses ne semblent cependant qu'en *bénéficier partiellement* au regard de l'art. 4 Cst., même si l'égalité revêt le rang de principe et la limitation celui d'exception[367]. Qu'en est-il, en droit communautaire, de l'interdiction des discriminations opérées en raison de la nationalité? Michel Voirin s'exprime comme suit: la coordination tend à éliminer "toute entrave à la liberté de circulation des travailleurs salariés ainsi qu'aux libertés d'établissement et de prestations de services, qui intéressent les travailleurs indépendants. On notera que ces libertés, bien qu'englobées sous le titre général de libre circulation des personnes par un traité qui associe dans son préambule progrès économique et social, ne sont pas garanties en tant que droits de l'homme, mais comme moyens de réaliser la circulation sans entrave des facteurs de production, qui constitue le fondement de la Communauté"[368]. Le droit à l'égalité au sens de l'art. 7 du Traité CEE, se situe-t-il dans la même perspective? A l'origine, vu la finalité économique qui était nettement prépondérante à Bruxelles, la réponse était probablement positive. Avec la marche vers l'Union européenne, la citoyenneté européenne (Traité de Maastricht), l'orientation a manifestement changé. Elle dépasse son cadre économique originel — sans le renier — pour acquérir un caractère de *droit fondamental*: comment imaginer une citoyenneté européenne, dont les titulaires seraient discriminés en fonction de leur nationalité? Ce serait un non-sens évident. En revanche, le stade du droit de l'homme n'est pas encore atteint, la garantie ne valant qu'à l'égard des ressortissants de la Communauté[369], situation non modifiée par le Traité sur l'Union européenne.

6.3.3.Le contenu du droit à l'égalité

144. Selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, *le traitement différent de situations identiques ou identique de situations différentes constitue une discrimination* (CJCE, 23 décembre 1983, aff. 8/82)[370]. Par exemple, la Cour a eu à se prononcer, à titre préjudiciel (art. 177 du Traité CEE), sur la conformité à l'art. 7 du Traité

---

367 Cf. ci-dessus les Nos 115, 121 ss.

368 Michel VOIRIN, Sécurité sociale et Marché intérieur européen, cité à la note 365, p. 54.

369 Cf. ci-dessous la subdivision 6.3.5.

370 Louis CARTOU, Communautés européennes, cité à la note 356, p. 373.

d'une législation belge imposant une redevance aux étudiants ne possédant pas la nationalité belge et accomplissant certaines études dans ledit pays. Cette taxe n'était exigée ni des nationaux ni des étrangers dont les parents sont domiciliés en Belgique. La Cour a dit pour droit que: "L'imposition d'une redevance, d'un droit d'inscription ou d'un minerval, comme condition pour l'accès aux cours d'enseignement professionnel aux étudiants ressortissants des autres Etats membres, alors qu'une même charge n'est pas imposée aux étudiants nationaux, constitue une discrimination en raison de la nationalité prohibée par l'article 7 du traité". (CJCE, 13 février 1985, aff. 293/83, Gravier)[371].

145. Cet arrêt montre clairement le principe communautaire de l'interdiction des discriminations opérées en fonction de la nationalité: une différence de nationalité, au sein de la Communauté[372], ne constitue pas un critère pertinent de différenciation — question qu'un tribunal suisse se poserait au regard de l'art. 4 al. 1 Cst., en arrivant probablement à l'admission de ce type de norme — et elle est expressément interdite par l'ordre juridique européen.

146. Cartou rappelle que la jurisprudence a fait de l'art. 7 du Traité CEE "une interprétation large et (qu'elle) l'a étendu aux *discriminations indirectes*. Elle entend par là toute forme de discrimination, non directement fondée sur la nationalité, mais qui, par application d'autres critères, aboutit au même résultat: «L'égalité des chances des ressortissants de la Communauté est affectée chaque fois qu'une réglementation conduit en définitive à placer les nationaux dans une meilleure situation que les ressortissants d'autres Etats membres» (Voir CJCE arrêts 152-73 du 12 février 1974 — Rec., 1974, 164; 61-77 du 16 février 1978 — Rec., 1978, 453; 22-80 du 29 octobre 1980 — Rec., 1980, 3427)"[373]. Le principe communautaire est donc développé et tend, par l'interdiction des discriminations tant directes — le texte applicable contient une différenciation — qu'indirectes, à réaliser pleinement l'égalité de traitement entre nationaux et non-nationaux[374].

371 Cf. dans le même sens: CJCE, 21 juin 1988, aff. 197/86, Brown.

372 Cf. ci-dessous 6.3.5.

373 Louis CARTOU, Communautés européennes, cité à la note 356, p. 374.

374 Cf. ci-dessous 6.3.5.

6.3.4. L'application de l'art. 7 du Traité CEE

6.3.4.1. Dans une compétence communautaire

147. Quand le principe d'égalité formulé par l'art. 7 du Traité CEE est-il mis en pratique? Tout d'abord, selon son texte même: "dans le domaine d'application du présent traité". "*Il faut que la matière relève de la compétence de la Communauté*, qu'il y ait une compétence d'action"[375]. Dans l'arrêt Gravier cité ci-dessus[376], la Cour a tout d'abord rappelé qu'un "traitement inégal fondé sur la nationalité doit être considéré comme une discrimination prohibée par l'article 7 du traité lorsqu'il se situe dans le domaine d'application du traité"; elle a procédé ensuite, de manière devenue classique, à une interprétation selon la *ratio legis* et les finalités du Traité[377]. La Cour a constaté que l'organisation de l'éducation et la politique de l'enseignement ne sont pas de la compétence des institutions communautaires, mais que l'accès et la participation aux cours d'enseignement et d'apprentissage "ne sont pas étrangers au droit communautaire"; elle a ensuite fondé son analyse sur les normes pertinentes (art. 128 du Traité CEE, art. 7 du Règlement (CEE) No 1612/68) pour conclure que "les conditions d'accès à la formation professionnelle relèvent du domaine d'application du traité". D'où application de l'art. 7 du Traité[378].

148. Quid alors du *domaine d'application du Traité en matière de sécurité sociale*? La problématique de l'égalité de traitement entre nationaux et non-nationaux relève de l'orientation de la coordination[379]. La

375 Voir Guy ISAAC, Droit communautaire général, cité à la note 355, pp. 31-32.

376 Cf. ci-dessus le No 144.

377 Jean BOULOUIS/Roger-Michel CHEVALLIER, Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes, tome 1, cité à la note 35, pp. 110 ss; Olivier JACOT-GUILLARMOD, Strasbourg, Luxembourg, Lausanne et Lucerne: Méthodes d'interprétation comparées de la règle internationale conventionnelle, in: Les règles d'interprétation, Collection Enseignements du 3e cycle de droit, volume 9, Editions Universitaires de Fribourg, Fribourg 1989, pp. 109 ss.

378 CJCE, 13 février 1985, aff. 293/83, Gravier; cf. not. les points 15, 19 à 25.

379 Cf. note 23.

disposition pertinente est l'art. 51 du Traité CEE[380,381], lequel vise *l'ensemble de la sécurité sociale*. La Cour de justice a cependant dû préciser cette notion: s'agit-il d'une définition *européenne*, qui s'inspire des instruments adoptés par les Organisations internationales compétentes en la matière — Organisation internationale du Travail[382], Conseil de l'Europe[383] — ou d'une définition *nationale* ? L'enjeu est de toute première importance: le premier terme de l'alternative dessine un contour analogue[384] de la sécurité sociale pour tous les Etats membres, le second oblige à s'en remettre aux termes choisis par le législateur national, qui peuvent varier complètement d'un pays à un autre. La Cour a retenu la première option. A juste titre: la seconde aurait permis aux Etats d'inclure dans la coordination européenne — ou de l'en soustraire — un régime simplement en le rattachant ou non formellement (sur le plan des termes employés par la loi) à son système de sécurité sociale; cela aurait signifié un amoindrissement important de la coordination[385, 386, 387]. En résumé,

---

380 "Article 51:

Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, adopte dans le domaine de la sécurité sociale les mesures nécessaires pour l'établissement de la libre circulation des travailleurs, en instituant notamment un système permettant d'assurer aux travailleurs migrants et à leurs ayants droit:

a)la totalisation, pour l'ouverture et le maintien du droit aux prestations, ainsi que pour le calcul de celles-ci, de toutes périodes prises en considération par les différentes législations nationales,

b)le paiement des prestations aux personnes résidant sur les territoires des Etats membres".

381 L'art. 51 du Traité CEE ne sera pas modifié par le Traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992.

382 Cf. ci-dessus le No 134.

383 Cf. ci-dessus le No 5.

384 Analogue mais pas identique: les systèmes nationaux de sécurité sociale sont caractérisés par une grande diversité.

385 Et que dire d'un Etat qui, comme la Suisse, ignore assez largement le terme de *sécurité sociale* (exceptions: conventions bilatérales, titrées dans le recueil systématique du droit fédéral) pour continuer d'employer celui d'*assurances sociales*, tout en étant lié par certaines dispositions de la Convention OIT No 102 concernant la norme minimum de *sécurité sociale* (cf. ci-dessus le No 134) !

386 Par exemple, la Cour a jugé que le revenu minimum garanti (minimax) de la législation belge relève de la sécurité sociale; CJCE, 22 juin 1972, aff. Frilli.

387 Pour la conception jurisprudentielle de la sécurité sociale, voir p. ex.: Ph. GOSSERIES, Sécurité sociale des travailleurs migrants CEE, cité à la note 286, p. 172; René BONNET, in: Nicole CATALA/René BONNET, Droit social européen, cité à la note 355, pp. 255 ss.

la sécurité sociale — telle que cernée par la Cour de justice et non telle que définie par les lois nationales — fait partie du domaine d'application du Traité, au sens de son article 7.

6.3.4.2. Application autonome ou avec d'autres dispositions du Traité?

149. L'art. 7 du Traité s'applique-t-il ou non de façon autonome[388] dans le domaine de la sécurité sociale? A première lecture, il semble que oui car l'art. 51[389] représente la base des principes du maintien des droits acquis et des droits en cours d'acquisition. La Cour a dégagé le but de la norme, en considérant les finalités du Traité[390] et a jugé cependant que "le principe général de non-discrimination en raison de la nationalité, consacré par l'art. 7 du traité, a été mis en oeuvre et concrétisé, en ce qui concerne les travailleurs salariés, par les articles 48 à 51 de ce traité, ainsi que par les actes des institutions communautaires adoptés sur la base de ces dispositions, en particulier par le règlement No 1408/71 (...). Dans cette optique, la Cour a déjà jugé que les articles 48 à 51 du traité, ainsi que les actes communautaires pris pour leur mise en oeuvre, et notamment le règlement No 1408/71, précité, ont pour objet d'éviter qu'un travailleur qui, en faisant usage de son droit de libre circulation, a occupé des emplois dans plus d'un Etat membre soit traité de façon plus défavorable que celui qui a effectué toute sa carrière dans un seul Etat membre (voir, en ce sens, arrêts du 5 mai 1977, Jansen, point 12, 104/76...)". (CJCE, 7 mars 1991, aff. C-10/90, Masgio, points 13 et 17). L'art. 7 du Traité s'applique en conséquence avec les art. 48 à 51, plus précisément le dernier pour ce qui concerne la sécurité sociale. Concrètement, cela veut dire, selon la Cour, que *l'égalité est interprétée à la lumière de l'établissement d'une liberté de circulation des travailleurs migrants aussi complète que possible* (arrêt Masgio cité, point 16).

---

388 "(...) le principe général de non-discrimination en raison de la nationalité, posé par l'article 7, premier alinéa, du traité, n'a vocation à s'appliquer de façon autonome que dans des situations régies par le droit communautaire pour lesquelles le traité ne prévoit pas de règles spécifiques de non-discrimination". CJCE, 7 mars 1991, aff. C-10-90, Masgio (confirmation de jurisprudence).

389 Cf. note 380.

390 Cf. note 377.

150. Quid de *l'égalité en matière de régimes complémentaires non légaux*[391] de sécurité sociale, ce qui porterait en Suisse sur les protections complémentaires d'assurance-maladie, d'assurance-accidents et de prévoyance professionnelle facultative (pré- ou surobligatoire)[392]?
Ces régimes font partie de la sécurité sociale, considérée dans son sens large, et par là des compétences communautaires: l'article 7 du Traité s'applique en conséquence et interdit toute discrimination exercée en fonction de la nationalité. Cette norme s'applique-t-elle également[393] avec les art. 48 à 51 du Traité? A notre avis, la réponse est positive à

391 Rappelons que les régimes complémentaires de sécurité sociale, qui sont souvent — mais pas exclusivement — consacrés aux éventualités retraite, décès et invalidité (pensions), peuvent reposer sur *diverses bases*: *légale* (ces régimes sont alors dits régimes complémentaires légaux), *conventionnelle*, *réglementation propre à une entreprise*, voire sur une *décision du travailleur*. Les divers types sont réalisés en Europe, le second étant majoritaire. Voir la typologie proposée par: Guy PERRIN, Réflexions préalables à la coordination des régimes complémentaires privés de sécurité sociale dans la Communauté économique européenne, in: EISS Yearbook/Annuaire EISS 1990, Complementary Protection in Social Security/Les protections complémentaires en matière de sécurité sociale, Institut Européen de Sécurité sociale, Acco, Leuven/Amersfoort, 1991, pp. 211 ss; Cf. également: Pierre-Guillaume D'HERBAIS, Mémento des retraites dans la CEE, Analyse comparée des régimes de base et complémentaires des salariés et des fonctionnaires, Comité Européen de Réflexion sur les Retraites, Medium Communication, Paris 1990; Jean-Jacques GOLLIER, Analyse comparative des régimes complémentaires dans les systèmes de protection sociale des Etats membres du Conseil de l'Europe et perspectives d'avenir, Rapport spécifique aux Etats membres de la Communauté européenne, in: Colloque sur le rôle des régimes complémentaires dans les systèmes de protection sociale, Lisbonne, 26 octobre 1990, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 13 septembre 1990 (CDSS-CR(90) 2); Certains éléments figurent aussi dans: Winterthur, Social Security Survey 1992, International Division of Winterthur, Winterthur 1992.

392 Hans NAEF, Les assurances complémentaires aux assurances sociales en Suisse, in: Annuaire EISS 1990, cité à la note 391, pp. 167 ss; Bernard VIRET, Assurances privées et protections complémentaires en matière de sécurité sociale, in: Annuaire EISS 1990, cité à la note 391, pp. 77 ss; Raymond SPIRA, Le droit applicable aux assurances complémentaires dans l'assurance-maladie sociale, Revue Suisse d'Assurances 1983, pp. 221 ss.

393 Cf. ci-dessus le No 149.

l'égard de l'art. 48; les régimes complémentaires étant également soumis à la libre circulation des travailleurs; en l'état, elle est négative à l'égard de l'art. 51, lettre a)[394], dans la mesure où les auteurs du Traité ont eu en vue les régimes légaux pour la totalisation et non les autres régimes, et où cette technique n'est pas indispensable à la coordination de ces derniers. La Commission l'a rappelé récemment dans sa Communication au Conseil intitulée "Régimes complémentaires de sécurité sociale: la place des régimes complémentaires de retraite dans la protection sociale des travailleurs et leur incidence sur la libre circulation", du 22 juillet 1991[395]. *Concrètement*, cela signifie que les régimes complémentaires non légaux sont soumis à l'interdiction des discriminations opérées en raison de la nationalité (art. 7 du Traité CEE) et à la libre circulation des travailleurs (art. 48 et art. 51 — lettre a) exclue — pour les conséquences en sécurité sociale), mais non à l'obligation de la totalisation (art. 51, lettre a).

6.3.4.3. L'application directe de l'art. 7 du Traité

151. La Cour de justice des Communautés européennes a reconnu à l'art. 7 du Traité CEE un *effet direct*[396]: Les particuliers peuvent ainsi exiger en justice le respect de l'interdiction des discriminations effectuées selon la nationalité même en l'absence de droit dérivé (règlement ou directive). Il convient ici de rappeler que le droit dérivé n'existe, *de lege lata*, qu'au regard des *régimes légaux* de sécurité sociale. En effet, le texte pertinent est le Règlement (CEE) No 1408/71 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[397], [398]. Cet instrument ne s'applique pas aux régimes non légaux, même s'ils sont obligatoires ou étendus en vertu d'une décision

394 Cf. note 380.

395 SEC (91) 1332 final.

396 P.ex. CJCE, 28 juin 1978, aff. 1/78, Kenny.

397 Il est complété par le Règlement (CEE) No 574/72 fixant les modalités d'application du règlement (CEE) No 1408/71 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.

398 Les Actes du 6e Colloque de droit européen, de l'Université de Neuchâtel (7-9 mai 1992) contiendront une approche tout à fait intéressante et concrète du Règlement No 1408/71, telle qu'elle pourrait s'effectuer en Suisse, par le Juge fédéral Raymond SPIRA (sous presse au moment de la rédaction du présent rapport). Les Actes du Colloque 1992 de l'IRAL sur "L'espace social européen" (Lausanne, 22 juin 1992) aborderont également l'étude du Règlement No 1408/71 (sous presse).

des autorités publiques (art. 1, alinéa j); cette exclusion comprend deux exceptions: Les dispositions conventionnelles servant à la mise en oeuvre d'une obligation légale d'assurance ou celles qui créent un régime dont la gestion est assumée par une institution administrant un régime inclus dans la coordination communautaire[399]. L'application directe de l'art. 7 du Traité en l'absence de droit dérivé vise ainsi les régimes complémentaires non légaux de sécurité sociale; pour les protections légales, l'art. 7 du Traité s'applique simultanément à l'art. 3 du Règlement (CEE) No 1408/71[400]. Dans les deux situations, les administrés sont protégés contre les discriminations fondées sur la nationalité[401].

6.3.5. Le champ d'application personnel

152. Qui bénéficie de l'interdiction des discriminations opérées selon la nationalité? Le Commentaire Mégret relève ceci: "(...) la règle de l'art. 7 joue-t-elle au profit d'autres que les ressortissants des Etats membres? Evidemment pas. Et cela non seulement sur la base des premiers mots de l'article qui prescrit que la règle joue dans le domaine d'application du traité, c'est-à-dire en faveur des populations des Etats membres, mais encore en raison de l'équilibre global existant entre les avantages que se consentent mutuellement les membres d'une union économique, équilibre qui fait obstacle à ce que l'on puisse prétendre aux avantages sans en accepter en même temps les charges"[402]. Seuls bénéficient donc de la garantie d'égalité les ressortissants communautaires, sous réserve que la Communauté consente un élargissement au profit de tiers, notamment dans le cadre d'accords d'association (art. 238 du Traité)[403].

---

399 René BONNET, in: Nicole CATALA/René BONNET, Droit social européen, cité à la note 355, pp. 258-259.

400 Cf. ci-dessus: 6.4.

401 En outre, l'art. 7 du Traité s'applique seul dans le cas où le Règlement (CEE) No 1408/71 n'inclut un régime pourtant légal. Tel est le cas notamment des régimes spéciaux des fonctionnaires et du personnel qui leur est assimilé (cf. art. 4, § 4, du Règlement No 1408/71).

402 MÉGRET/LOUIS/VIGNES/WAELBROECK, Commentaire du Traité, cité à la note 355, p. 24.

403 Cf. Guy ISAAC, Droit communautaire général, cité à la note 355, p. 93.

6.3.6. La reprise de l'acquis communautaire par l'Accord EEE

153. Si *la Suisse adhère à la Communauté européenne*[404], elle sera liée par l'art. 7 du Traité CEE tel qu'il vient d'être analysé, tel qu'il est régulièrement éclairé par la jurisprudence dynamique de la Cour de justice de Luxembourg. Ainsi, les limitations concevables au regard de l'art. 4 al. 1 Cst.[405] ne le seront plus, vu l'art. 7 du Traité, à l'égard des citoyens communautaires; le droit européen l'emportera sur le droit interne[406]. La lecture de l'art. 4 al. 1 Cst., selon l'angle étudié ici, en sera passablement modifiée, dans une perspective beaucoup plus conforme au droit de l'homme que représente le droit à l'égalité[407].

154. Si *la Suisse adhère à l'Accord sur l'Espace économique européen (EEE)*, elle devra appliquer l'art. 4: "Dans le domaine d'application du présent accord, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité". Cette norme reprend la substance de l'art. 7 du Traité CEE, dans le domaine d'application de l'EEE et pour les personnes qui en bénéficieront. Et les art. 28 et 29 de l'Accord EEE reprennent la substance des art. 48 et 51 du Traité CEE. Ajoutons l'art. 6 de l'Accord EEE, qui inclut la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, dans la mesure où les dispositions de l'Accord EEE sont "identiques en substance" à celles du Traité CEE et ceci à la date de signature de l'Accord (2 mai 1992). Comme la coordination CEE des législations de sécurité sociale appartient à l'acquis communautaire[408], la situation en matière de sécurité sociale correspondra à notre avis à celle qui vaudra en cas d'adhésion. D'où, comme cela vient d'être relevé, une nouvelle lecture de l'art. 4 al. 1 Cst. à l'égard des ressortissants de l'Espace économique

---

404 Rapport sur la question d'une adhésion de la Suisse à la Communauté européenne, du 18 mai 1992. FF 1992 III 1125.

405 Cf. ci-dessus les Nos 121 ss, 126 ss, 131 ss.

406 Olivier JACOT-GUILLARMOD, L'ordre juridique suisse face à l'ordre juridique communautaire: aspects normatifs et judiciaires, in: Die Europaverträglichkeit des schweizerischen Rechts/Le droit suisse et le droit communautaire: convergences et divergences, Publié par D. SCHINDLER (e.a.), Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich 1990, pp. 8-9; Guy ISAAC, Droit communautaire général, cité à la note 355, pp. 167 ss; Rapports entre le droit international et le droit interne au sein de l'ordre juridique suisse, Publication commune de l'Office fédéral de la justice et de la Direction du droit international public, du 26 avril 1989, JAAC 1989, No 54.

407 Cf. ci-dessus les Nos 115-116, 119, 123, 127, 131 ss.

408 Cf. Annexe VI de l'Accord EEE.

européen. Nous rappellerons ci-dessous[409] la position helvétique: le changement d'orientation est loin d'être négligeable[410].

6.4 L'apport de l'article 3 du Règlement (CEE) No 1408/71

155. Les articles 7, 48 et 51 du Traité CEE sont concrétisés, dans le domaine de la sécurité sociale, par le Règlement (CEE) No 1408/71 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[411, 412]. C'est l'article 3 du Règlement No 1408/71 qui porte sur l'égalité de traitement. Sa teneur est la suivante:

---

409 Cf. ci-dessous 6.6 et 6.7.

410 Pierre-Yves GREBER, Aperçu sur la compatibilité de la sécurité sociale suisse avec le droit communautaire, Cahiers genevois de sécurité sociale No 6-1990, pp. 71-72. L'Office fédéral des assurances sociales estime que le droit suisse, tel que modifié par les conventions bilatérales liant notre pays, correspond déjà amplement au droit communautaire: OFAS, Les conséquences du traité sur l'Espace économique européen en matière de sécurité sociale, RCC 1992, p. 52.

411 Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu und abwandern. A l'intention des lecteurs de langue allemande, signalons la parution, en format de poche, d'un recueil de textes: Beck'sche Textausgaben, Soziale Sicherheit in der EG, Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 und 574/72 sowie andere Bestimmungen, Textausgabe mit einer ausführlichen Einleitung und Sachverzeichnis, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich 1990.

412 Annette BOSSCHER, La coordination des régimes de sécurité sociale dans la Communauté, in: EISS Yearbook 1989/Annuaire EISS 1989: Social Security and Europe 1992/La sécurité sociale et l'Europe 1992, Institut européen de sécurité sociale, Acco, Leuven/Amersfoort 1990, pp. 27-43; Jean-Jacques DUPEYROUX, Droit de la sécurité sociale, 11e édition, Précis Dalloz, Dalloz, Paris 1988; Ph. GOSSERIES, Sécurité sociale des travailleurs migrants CEE, Ses principes fondamentaux, cité à la note 355, pp. 171, 173-174; Nicole CATALA/René BONNET, Droit social européen, cité à la note 355, pp. 243 ss; Gérard LYON-CAEN/Antoine LYON-CAEN, Droit social international et européen, cité à la note 13, pp. 206 ss; Christian PHILIP, Droit social européen, Collection Droit-Sciences économiques, Masson, Paris 1985, pp. 158 ss; Pierre MERCIER, Olivier JACOT-GUILLARMOD, La libre circulation des personnes et des services, cité à la note 355, pp. 72-89; Xavier PRÉTOT, Le droit social européen, Collection "Que sais-je?", Presses Universitaires de France, Paris 1990, pp. 52 ss, 74 ss; Xavier PRÉTOT, La protection sociale des travailleurs qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, in: Jurisprudence sociale de la Cour de justice des Communautés européennes, Colloque, Montpellier, 21 avril 1989, Droit social [Paris], juillet-août 1989, pp. 565 ss.; Marios PANAYOTOPOULOS, La Sécurité sociale des travailleurs migrants, Etude sur les règlements de la CEE et la situation en Suisse, Etudes suisses de droit européen, volume 9, Centre d'études juridiques européennes, Genève, Georg, Genève 1973; Michel VOIRIN, Sécurité sociale et Marché intérieur européen, cité à la note 365, pp. 54 ss, 58 ss; Charilaos TANTAROUDAS, La protection juridique des travailleurs migrants dans la CEE en matière de sécurité sociale et la jurisprudence de la Cour des Communautés, Collection Etudes juridiques, série Droit social, Economica, Paris 1976, pp. 133 ss.

"Egalité de traitement

1. Les personnes qui résident sur le territoire de l'un des Etats membres et auxquelles les dispositions du présent règlement sont applicables sont soumises aux obligations et sont admises au bénéfice de la législation de tout Etat membre dans les mêmes conditions que les ressortissants de celui-ci, sous réserve de dispositions particulières contenues dans le présent règlement.
2. Les dispositions du paragraphe 1 sont applicables au droit d'élire les membres des organes des institutions de sécurité sociale ou de participer à leur désignation, mais ne portent pas atteinte aux dispositions de la législation des Etats membres en ce qui concerne l'éligibilité et les modes de désignation des intéressés à ces organes.
3. Le bénéfice des dispositions de conventions de sécurité sociale qui restent applicables en vertu de l'art. 7 paragraphe 2 sous c), ainsi que des dispositions des conventions conclues en vertu de l'article 8 paragraphe 1, est étendu à toutes les personnes auxquelles s'applique le présent règlement, à moins qu'il n'en soit disposé autrement à l'annexe III."

156. Il convient d'examiner successivement la portée générale de l'article 3 du Règlement No 1408/71, le contenu du droit à l'égalité, l'application de l'article 3 du Règlement, son champ d'application personnel. L'Accord sur l'Espace économique européen (EEE) reprend ledit règlement CEE au titre de l'acquis communautaire[413]; cette notion nouvelle — ou en tout cas nettement plus développée — de l'égalité de traitement entre nationaux et non-nationaux liera ainsi notre pays en cas d'acceptation de l'EEE.

6.4.1. La portée générale de l'article 3 du Règlement No 1408/71

6.4.1.1. L'égalité dans un cadre de coordination

157. Rappelons tout d'abord deux éléments, l'un *historique,* l'autre d'*orientation.* Quant au premier: le Règlement No 1408/71 représente une version modifiée du Règlement No 3 (1958), qu'il a remplacé. L'origine de ce type de normes remonte donc à celle de la Communauté. L'explication de cet intérêt social initial est simple: la CEE a été conçue au départ avec une finalité essentiellement économique, incluant la libre circulation

413 Cf. Annexe VI de l'Accord EEE.

des travailleurs; or, celle-ci implique "la libre circulation entre les systèmes de sécurité sociale", au risque sinon que les travailleurs ne fassent usage de ladite mobilité qu'en cas de nécessité absolue. C'est la raison pour laquelle le Traité de Rome est précis en matière de coordination[414] et qu'il a été rapidement concrétisé par la voie d'un règlement: il y a eu conjugaison des nécessités économiques et sociales, soit la meilleure garantie pour un progrès à la fois rapide et réel[415]. C'est ainsi que Prétot souligne, à juste titre, que: "La politique sociale n'était certes pas absente des préoccupations des signataires des traités originaires, ne serait-ce qu'en raison des liens nécessaires qui unissent, dans les sociétés modernes, l'économique et le social. Les mesures prises depuis 1958, s'agissant de la liberté de circulation des travailleurs, de la coordination des régimes de Sécurité sociale, du rapprochement des législations nationales ou des interventions du Fonds social européen, témoignent d'ailleurs d'un état d'esprit soucieux de promouvoir, au-delà des seules exigences de l'économie, la coopération européenne dans le domaine de l'emploi, des conditions de travail[416], de la protection sociale, voire de l'environnement[417]."

158. Quant à l'orientation, il convient de rappeler que le Règlement No 1408/71 est un instrument communautaire de coordination[418], de

414 Cf. note 380.

415 Pour l'étude du Règlement No 3, voir: Marios PANAYOTOPOULOS, La Sécurité sociale des travailleurs migrants, Etude sur les règlements de la CEE et la situation en Suisse, cité à la note 412.

416 Dans la mouvance de l'achèvement du Marché intérieur unique, à l'horizon 1992, la percée a été remarquable dans le domaine de la santé et de la sécurité des travailleurs. L'instrument communautaire central est ici la Directive du Conseil du 12 juin 1989 concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail (89/391/CEE), voir: Willy GEYSEN et Florence AUBRY GIRARDIN, Présentation générale des normes communautaires concernant la santé et la sécurité au travail, in: La protection de la santé et de la sécurité du travailleur: la Suisse face au droit de la communauté européenne, Etudes réunies par G. AUBERT, F. AUBRY GIRARDIN et P. BYRNE-SUTTON, Collection Le droit du travail en pratique, volume 2, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich 1991, pp. 49 ss (57-58); pour les perspectives dans cette matière, voir: Gabriel AUBERT, La protection de la santé et de la sécurité du travailleur: perspectives actuelles de l'harmonisation en Suisse et dans la Communauté européenne, in: La protection de la santé et de la sécurité du travailleur, cité ci-dessus, pp. 9 ss.

417 Xavier PRÉTOT, Le droit social européen, cité à la note 412, p. 110.

418 Cf. note 23.

législations nationales. Il n'a donc pas pour objet d'harmoniser[419] ces dernières, encore moins de les unifier. La Cour de justice des Communautés européennes l'a souligné à plusieurs reprises: "l'article 51 du traité[420] prévoit une coordination des législations des Etats membres et non une harmonisation. L'article 51[421] laisse donc subsister des différences entre les régimes de sécurité sociale des Etats membres et, en conséquence, dans les droits des personnes qui y travaillent" (CJCE, 15 janvier 1986, aff. 41/84, Pina). Et les systèmes de sécurité sociale en Europe sont caractérisés par une grande diversité, illustrant le contexte politique, culturel, social et économique dans lequel ils sont nés et se sont développés. Un exemple finit de clarifier la situation: un ressortissant français qui va travailler au Portugal bénéficiera de l'égalité de traitement à l'égard des Portugais; il ne pourra en revanche pas prétendre retrouver dans son pays d'accueil une sécurité sociale identique ou analogue à celle de son pays d'origine. Cette seconde prétention nécessiterait une harmonisation développée, voire une unification sur le plan de la Communauté, perspectives qui sont écartées par les autorités de cette dernière comme par les Etats membres[422,423].

---

419 Cf. note 13. Voir la remarque tout à fait justifiée de Michel VOIRIN, Sécurité sociale et Marché intérieur européen, cité à la note 365, p. 67.

420 Cf. note 380.

421 Et le Règlement No 1408/71 qui le concrétise. Cf. ci-dessus le No 155.

422 Il est en fait bien difficile de discerner quel sera l'avenir au regard de l'harmonisation ou de la convergence sur le plan communautaire. Dans ce domaine, la répartition des missions et des responsabilités entre la Communauté et les Etats membres semble encore mouvante; de plus, la priorité est actuellement donnée à l'approfondissement du Marché intérieur unique. Mais le dossier sera certainement influencé par la marche vers l'Union européenne et par la reconnaissance effective de la citoyenneté européenne. Dans une telle perspective, il conviendra de discerner d'une part, les cultures sociales nationales, dont la diversité est une source de richesses, et, d'autre part, les différences ou divergences qui ne sont pas en harmonie avec l'Europe nouvelle. Sur cette problématique, voir p. ex.: Gérard LYON-CAEN/Antoine LYON-CAEN, Droit social international et européen, cité à la note 13, pp. 289 ss; Guy PERRIN, La sécurité sociale dans la perspective du Marché intérieur unique de la Communauté économique européenne, cité à la note 29, pp. 19 ss; Michel VOIRIN, Sécurité sociale et Marché intérieur européen, cité à la note 365, pp. 67 ss; Quel avenir pour l'Europe sociale: 1992 et après? Colloque européen de Bruxelles, cité à la note 365.

423 Cf. CJCE, 28 juin 1978, aff. 1/78, Kenny, point 18: "Attendu qu'en interdisant à chaque Etat membre d'appliquer, dans le champ d'application du traité, son droit différemment en raison de la nationalité, les articles 7 et 48 ne visent pas les éventuelles disparités de traitement qui peuvent résulter, d'un Etat membre à l'autre, des divergences existant entre les législations des différents Etats membres du moment que celles-ci affectent toutes personnes tombant sous leur application, selon des critères objectifs et sans égard à leur nationalité." Voir aussi Fabrice RIZZO, La jurisprudence sociale de la Cour de justice des Communautés européennes, Institut de droit des affaires, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence 1991, p. 67.

Gérard et Antoine Lyon-Caen relèvent ainsi que le Règlement No 1408/71 — comme le Règlement No 3 qui l'a précédé — a maintenu les systèmes nationaux de sécurité sociale tout en les décloisonnant: "Le décloisonnement s'exprime: dans le paiement des prestations à tous les résidents sans qu'ils aient à souffrir de mesures discriminatoires tenant à leur nationalité (égalité de traitement), la conservation des droits acquis ainsi que la totalisation des périodes d'assurance pour l'ouverture et le calcul des droits, le calcul des prestations en tenant compte des ayants droit qui sont restés dans le pays d'origine ou en considération des faits qui se sont produits dans un autre pays de la Communauté. Les prestations sont au surplus transférables (exportables) dans un autre pays. Mais comme il n'est pas institué de régime européen de sécurité sociale, il est nécessaire de rechercher pour déterminer les conditions d'ouverture des droits, et le montant des prestations, la loi compétente: le règlement donne compétence à la législation du lieu d'exécution du travail sous réserve de quelques exceptions."[424] Michel Voirin met notamment en évidence les éléments caractéristiques de cette législation communautaire: les Règlements Nos 1408/71 et 574/72[425] ne sont pas, du point de vue juridique, multilatéraux, car il n'y a pas de "parties contractantes"[426], mais ils instaurent bien une coordination multilatérale entre les systèmes nationaux des Etats membres; lesdits règlements se distinguent des conventions internationales "car ils constituent le seul exemple d'une coordination multilatérale qui s'applique à un nombre aussi étendu d'Etats, tout en étant aussi complète[427]"; sous l'empire du Règlement No 1408/71, seul un

424 Gérard LYON-CAEN/Antoine LYON-CAEN, Droit social international et européen, cité à la note 13, p. 207.

425 Rappelons que le Règlement 574/72 fixe les modalités d'application du Règlement No 1408/71.

426 Au contraire, p. ex., des instruments du Conseil de l'Europe. Dans le domaine de la coordination, voir la Convention européenne de sécurité sociale, du 14 décembre 1972 (la première définition posée à son article 1 concerne justement le terme de Partie contractante).

427 Michel VOIRIN, Sécurité sociale et Marché intérieur européen, cité à la note 365, pp. 55-56.

nombre très réduit de dispositions conventionnelles, sont maintenues en vigueur[428]; enfin, les règlements sont mis en oeuvre par des mécanismes institutionnels: la Commission administrative pour la sécurité sociale des travailleurs migrants[429], le Comité consultatif pour la sécurité sociale des travailleurs migrants[430], mais surtout la Cour de justice des Communautés européennes, interprétant le Traité CEE, le droit dérivé et la conformité de celui-ci au premier[431].

159. Comme relevé ci-dessus, le Règlement No 1408/71 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 représente la concrétisation — pour la sécurité sociale — des articles 7, 48 et 51 du Traité CEE[432]. *L'interdiction des discriminations formulée par l'art. 3 du Règlement No 1408/71 reprend celle imposée par les articles 7 et 48 du Traité.* Les règles constitutionnelles mentionnées tout comme le droit qui en dérive *se situent dans la perspective* — fondamentale pour la Communauté européenne — *de la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de cette entité.* Gosseries remarque notamment que: "L'application du principe de la libre circulation (...) implique l'absence d'obstacle à cette mobilité de main-d'oeuvre dans les dispositions des législations nationales de sécurité

428 Sous cet angle, le Règlement No 1408/71 se distingue clairement d'autres instruments qui combinent multi- et bilatéralisme, ce qui est évidemment encore beaucoup plus complexe à gérer. Pour la Convention européenne de sécurité sociale, voir: Guy PERRIN, Un nouvel instrument multilatéral pour la protection des travailleurs migrants, La convention européenne de sécurité sociale, Revue belge de sécurité sociale 1973, No 1, pp. 1 ss; Charles VILLARS, La Convention européenne de sécurité sociale et la Suisse, Etudes suisses de droit européen, volume 17, Centre d'études juridiques européennes, Genève, Georg, Genève 1975, pp. 6-7, 30-35. Pour la Convention OIT No 157 concernant l'établissement d'un système international de conservation des droits en matière de sécurité sociale (convention complétée par la Recommandation OIT No 167, même intitulé), voir: OIT-Conférence internationale du Travail (67e session-1981): Rapport VII (1): Conservation des droits des migrants en matière de sécurité sociale (révision de la convention No 48), BIT, Genève 1980, p. 18; Rapport VII (2): *Idem*, 1981, pp. 10-12, 80; OIT-Conférence internationale du Travail (68e session — 1982): Rapport IV (1): Conservation des droits des travailleurs migrants en matière de sécurité sociale (révision de la convention No 48), BIT, Genève 1981, p. 4; Guy PERRIN, Pour une sécurité sociale sans frontières, Deux nouveaux instruments de l'Organisation internationale du Travail, Revue belge de sécurité sociale 1984, No 6, pp. 505 ss.

429 Art. 80-81 du Règlement No 1408/71.

430 Art. 82-83 du Règlement No 1408/71.

431 Michel VOIRIN, Sécurité sociale et Marché intérieur européen, cité à la note 365, pp. 55-57.

432 L'article 235 du Traité a permis d'étendre la coordination aux travailleurs indépendants.

sociale (ainsi, la non-discrimination sur la nationalité, l'absence de perte de droits acquis ou des droits en cours d'acquisition). (...) Les articles 48 à 51 du Traité constituent le cadre constitutionnel communautaire par rapport auquel il y a lieu d'avoir référence pour interpréter les dispositions des règlements Nos 1408/71 et 574/72 pris en exécution de l'article 51 du Traité"[433], [434]. De jurisprudence constante, la Cour rappelle que l'égalité de traitement comme l'ensemble de la coordination doivent permettre la réalisation du but poursuivi par les articles 48 à 51 du Traité; elle a récemment confirmé que ce but "ne serait pas atteint si, par suite de l'exercice de leur droit de libre circulation, les travailleurs migrants devaient perdre les avantages de sécurité sociale que leur assure la législation d'un Etat membre; une telle conséquence pourrait dissuader le travailleur communautaire d'exercer son droit à la libre circulation et constituerait, dès lors, une entrave à cette liberté (voir, en dernier lieu, arrêt du 7 mars 1991, Masgio, C-10/90, non encore publié au Recueil, point 18)." (CJCE, 4 octobre 1991, aff. C-349/87, Paraschi, point 22).

6.4.1.2. L'égalité dans le cadre communautaire

160. A noter enfin, que *le principe de l'égalité de traitement,* tel qu'exposé, *ne vaut de lege lata, que sur le territoire des Etats membres de la Communauté.* Gosseries mentionne que la "Commission a proposé sans succès à ce jour de lever cette limite territoriale pour permettre l'exportabilité des prestations sur le territoire des Etats tiers"[435], [436]. Cette restriction correspond en fait à celle qui vaut en matière de libre circulation des travailleurs, élargie dès 1992 à la libre circulation des personnes; comme la coordination est en quelque sorte au service de cette liberté de circulation intracommunautaire, il est logique qu'elle occupe le même champ

---

433 Ph. GOSSERIES, Sécurité sociale des travailleurs migrants CEE; Ses principes fondamentaux, cité à la note 355, p. 171 (avec références à la jurisprudence).

434 MÉGRET/LOUIS/VIGNES/WAELBROECK, Commentaire du Traité, cité à la note 355, pp 13 ss.

435 Rappelons que, dans la terminologie communautaire, les Etats tiers sont les Etats qui ne sont pas membres de la Communauté.

436 Ph. GOSSERIES, Sécurité sociale des travailleurs migrants CEE, Ses principes fondamentaux, cité à la note 355, p. 173.

territorial. Cette justification tomberait si le droit à la sécurité sociale était reconnu en tant que droit de l'homme dans la Communauté[437].

6.4.2. Le contenu du droit à l'égalité

6.4.2.1. La conception de l'égalité

161. Nous avons vu[438] que l'égalité de traitement entre nationaux et non-nationaux pouvait être conçue de plusieurs manières: le choix unilatéral (référence au droit de l'homme)[439]; le principe fondamental adopté dans un cadre plus large que celui d'un seul Etat[440], appliqué à toute personne ou aux ressortissants des Etats concernés; l'égalité introduite dans un système bi- ou multilatéral[441], globale ou branche par branche, soumise ou non à une condition de réciprocité.

162. Sur le plan communautaire, selon l'article 7 du Traité CEE, l'égalité de traitement revêt le rang d'un principe fondamental, appliqué dans les pays membres, interdisant aussi bien de traiter différemment des situations identiques que de traiter de manière identique des situations différentes, prohibant les discriminations directes comme indirectes, cela

---

437 Cette reconnaissance a été récemment écartée: la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux (1989) concerne *les travailleurs* et non *les citoyens* européens. Le Parlement européen s'était prononcé en faveur de la seconde dimension; cf. Martine BURON, Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, in: La Charte au seuil de 1992, Europe sociale [Commission des Communautés européennes, Bruxelles] 1/90, pp. 15-16. Cependant, une évolution semble se dessiner face au risque majeur de la pauvreté ("nouvelle" ou non): une optique professionnelle n'est ici évidemment pas appropriée. La Commission a établi un Projet de Recommandation du Conseil portant sur des critères communs relatifs à des ressources et prestations suffisantes dans les systèmes de protection sociale (COM (91) 161 final, du 13 mai 1991; JOCE C 163 du 22 juin 1991 p. 3; publié également dans: L'année sociale 1991, Europe sociale 2/92, pp. 113 ss). Or, ce projet tend à faire reconnaître par les Etats membres de la Communauté un droit subjectif universel à un minimum de ressources (mentionné dans le Premier rapport sur l'application de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, Europe sociale 1/92, p. 20). Si ce minimum de ressources n'était pas inclus dans le champ d'application matériel du Règlement No 1408/71, il bénéficierait cependant du *principe de l'égalité de traitement* fondé sur l'article 7 du Traité (cf. ci-dessus Nos 138 ss).

438 Cf. ci-dessus les Nos 108-111.

439 Cf. ci-dessus le No 109.

440 Cf. ci-dessus le No 110.

441 Cf. ci-dessus le No 111.

dans une matière relevant de la compétence de la Communauté[442], dans la perspective de la liberté de circulation des travailleurs aussi complète que possible, avec un effet direct (c'est-à-dire invocable par les particuliers) et une reconnaissance limitée aux populations des Etats membres (sous réserve d'élargissements au profit d'Etats tiers[443]. C'est ainsi la deuxième conception de l'égalité qui a été retenue dans *le Traité CEE. Le Règlement No 1408/71* représente du droit dérivé: il doit respecter les normes du Traité dont il découle; il est selon les termes de Isaac[444], "pris en application et pour l'application" dudit traité[445]. Le Règlement No 1408/71 est ainsi fondé sur la même notion d'égalité de traitement, qu'il reprend dans le cadre de la coordination multilatérale qu'il met en place. Gosseries précise que l'égalité est liée à la condition d'une réciprocité[446], comme dans les conventions internationales de sécurité sociale, mais que dans le règlement CEE "*la réciprocité est globale et de plein droit,* ce qui signifie que l'assimilation du travailleur étranger ou national d'un Etat membre pour une prestation déterminée de sécurité sociale n'est pas dépendante en règle de la reconnaissance du droit à cette même prestation par les législations des Etats membres. Cette réciprocité porte sur l'ensemble des systèmes de sécurité sociale des Etats membres sans imposer une équivalence branche par branche."[447]

163. Dans les conventions bilatérales de sécurité sociale, la réciprocité dépend des résultats des négociations: dossiers retenus ou au contraire

---

442 Rappelons que l'art. 51 du Traité CEE vise l'ensemble de la sécurité sociale, dans une définition européenne (cf. ci-dessus le No 148). Pour reprendre la typologie du prof. JACOT-GUILLARMOD, la Cour de justice de Luxembourg procède à une interprétation (de la sécurité sociale) "selon la méthode de l'autonomie du concept conventionnel". Cf. Olivier JACOT-GUILLARMOD, Méthodes d'interprétation comparées de la règle internationale conventionnelle, cité à la note 377, p. 115.

443 Cf. ci-dessus les Nos 140-152.

444 Guy ISAAC, Droit communautaire général, cité à la note 355, p. 115.

445 "(...) dans le cadre des Communautés européennes — et c'est la caractéristique principale qui les distingue des organisations internationales classiques pour les rapprocher d'un ordre juridique interne — la capacité de créer des règles de droit ayant été institutionnalisée, c'est-à-dire confiée à certains organes qui l'exercent selon une procédure préétablie, on est en présence d'un pouvoir normatif tout à fait comparable à un pouvoir législatif." C'est ainsi que la Cour de justice n'hésite plus à évoquer "le système législatif du traité" ou "le pouvoir législatif de la Communauté." Guy ISAAC, Droit communautaire général, cité à la note 355, p. 115 *in medio*.

446 Cf. note 287.

447 Ph. GOSSERIES, Sécurité sociale des travailleurs migrants CEE, Ses principes fondamentaux, cité à la note 355, p. 173.

écartés, domaines dans lesquels l'égalité sera complète, ceux dans lesquels elle ne sera que partielle (p. ex. au regard des prestations non contributives); il y a un aspect contractuel, un équilibre entre les concessions consenties, une prise en compte des mouvements migratoires et des coûts. Si un partenaire ne connaît pas un type de régime, il est considéré comme normal, dans ce type d'instrument, que l'autre Etat n'inclue pas un tel type, qu'il aurait réalisé, dans l'égalité. L'égalité n'a alors pas de caractère global; elle n'existe pas de plein droit comme principe, souffrant éventuellement d'exceptions[448]. L'égalité ne vaut que là où elle est expressément prévue et bien sûr pour les matières traitées par la Convention[449].

164. La conception de l'égalité de traitement fondée sur l'art. 7 du Traité CEE, complétée par les articles 48 et 51, et concrétisée par l'article 3 du Règlement No 1408/71 va donc beaucoup plus loin que celle valant dans les conventions bilatérales. Cela d'autant plus qu'elle fait partie d'un règlement communautaire évoluant certes selon la règle de l'unanimité[450], mais aussi selon la jurisprudence de Luxembourg et qu'elle porte sur l'ensemble de la sécurité sociale, selon un concept européen et non national[451]. Par exemple, la Cour a dû se prononcer à propos de la

---

448 Bureau international du Travail, La sécurité sociale des travailleurs migrants, cité à la note 23, pp. 7-10; Charles VILLARS, La Convention européenne de sécurité sociale et la Suisse, Etudes suisses de droit européen, volume 17, Centre d'études juridiques européennes, Genève, Georg, Genève 1975, pp. 47-49; Alexandre BERENSTEIN, La Suisse et le développement international de la sécurité sociale, cité à la note 13, pp. 172 ss; Christofo MOTTA, Die Schweiz und die internationale Zusammenarbeit auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit, cité à la note 23, pp. 233 ss.

449 Cf. p. ex. l'article 3 de la Convention de sécurité sociale entre la Confédération suisse et la République française, conclue le 3 juillet 1975, RO 1976 2061.

450 L'Acte unique européen n'a pas introduit la règle de la majorité qualifiée à l'art. 51 du Traité CEE. Il l'a, au contraire, fait en matière d'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs (cf. note 416). Et le Traité sur l'Union européenne (signé à Maastricht le 7 février 1992) ne modifie pas la règle: l'unanimité demeure. Il en va d'ailleurs de même pour l'harmonisation de la sécurité sociale (cf. note 422).

451 Cf. ci-dessus le No 148. Aux références citées, l'on peut ajouter: Sean VAN RAEPENBUSCH, L'applicabilité matérielle du Règlement (CEE) No 1408/71 en matière de sécurité sociale des travailleurs migrants, Journal des tribunaux du travail [Bruxelles] 1986, pp. 369 ss. Cet auteur note que "la rédaction des dispositions générales qui déterminent le champ d'application du règlement montre que «le Conseil a voulu conférer à la notion de sécurité sociale son sens le plus large, tandis qu'au contraire, l'exclusion de l'assistance sociale et médicale ne peut être interprétée que de manière restrictive» (aff. 14/72, Heinze, Rec. 1973, 1120)." (p. 370).

soumission du revenu garanti belge au Règlement No 1408/71, dont une ressortissante italienne revendiquait le bénéfice. Son Etat d'origine n'avait pas de prestation analogue. La Cour a jugé qu'il s'agissait d'une prestation de sécurité sociale et non d'assistance, soumise ainsi audit règlement, et qu'il n'y avait pas lieu de rechercher si la législation italienne prévoyait une telle protection dont les ressortissants belges pourraient bénéficier. La Cour a appliqué la conception de l'égalité globale et de plein droit (CJCE, 22 juin 1972, aff. 1/72, Frilli)[452]. Quant à Gérard et Antoine Lyon-Caen, ils relèvent que: "Le principe sur lequel repose le Règlement No 1408 est l'assimilation de l'étranger européen au national en ce qui concerne le bénéfice des prestations de sécurité sociale (...) aussi bien quant à ses obligations (paiement des cotisations) que quant à ses droits (bénéfice des prestations). La réciprocité trait pour trait qui subsistait dans les traités bilatéraux, est remplacée par une réciprocité globale et de plein droit."[453]

6.4.2.2. L'interdiction des discriminations directes et indirectes

165. A l'exemple de l'art. 7 du Traité CEE[454], l'article 3 du Règlement No 1408/71 *interdit les discriminations tant directes qu'indirectes.* La Cour a ainsi jugé que: "(...) il convient d'observer que les règles d'égalité de traitement, consacrées par l'article 3, paragraphe 1, du règlement, prohibent non seulement les discriminations ostensibles[455], fondées sur la nationalité des bénéficiaires des régimes de sécurité sociale, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination[456] qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat." (CJCE, 12 juillet 1979, aff. 237/78, Toia, point 12). Dans cette affaire, une disposition légale française faisant dépendre l'octroi d'une allocation aux mères de famille de la nationalité des enfants de la mère bénéficiaire (selon la règle: nationalité française, en l'espèce: italienne) a été considérée comme une discrimination indirecte. La Cour a en effet relevé qu'une "condition ayant trait à la nationalité des enfants, comme celle posée par la législation française applicable, est susceptible d'aboutir en fait au

452 Voir: Charilaos TANTAROUDAS, La protection des travailleurs migrants dans la CEE en sécurité sociale, cité à la note 412, pp. 75 ss, 140-141.

453 Gérard LYON-CAEN/Antoine LYON-CAEN, Droit social international et européen, cité à la note 13, p. 227.

454 Cf. ci-dessus le No 146.

455 Les discriminations directes.

456 Les discriminations indirectes.

résultat qu'une mère de famille de nationalité étrangère ne peut qu'exceptionnellement bénéficier de l'allocation. Elle sera notamment désavantagée par rapport aux mères de famille qui sont ressortissantes de l'Etat de résidence quand la nationalité des enfants dépend en principe de celle des parents d'après les législations du pays d'origine et du pays de résidence, comme c'est le cas des législations italienne et française à cet égard. "(arrêt Toia, cité, point 13). La Cour a ainsi dit pour droit: "Les articles 2, paragraphe 1, 3, paragraphe 1 et 4, paragraphes 1, sous c, et 2 du règlement No 1408/71 doivent être interprétés en ce sens que l'attribution d'un avantage vieillesse de caractère non contributif aux mères de famille ne peut être subordonné ni à la nationalité de la mère bénéficiaire ni à celle de ses enfants, pour autant qu'il s'agisse de la nationalité d'un des Etats membres".

166. Dans ce domaine, c'est l'arrêt Pinna du 15 janvier 1986 qui est le plus célèbre. Le ressortissant italien Pinna résidait en France avec son épouse et ses deux enfants. Ces deux derniers ont effectué un séjour prolongé en Italie, avec leur mère. La caisse française d'allocations familiales a refusé d'accorder à M. Pinna les prestations familiales pendant ledit séjour prolongé, au motif qu'elles devaient être versées par l'institution italienne. La décision française reposait sur l'article 73, paragraphe 2, du Règlement No 1408/71, lequel — dans sa version alors valable — contenait une norme particulière pour les cas d'application de la législation française. La Cour a jugé que:

- "La réalisation de l'objectif d'assurer aux travailleurs la libre circulation dans la Communauté, tel que visé dans les articles 48 à 51 du traité, est cependant facilitée quand les conditions de travail, parmi lesquelles figurent les règles de sécurité sociale, sont aussi proches que possible dans les différents Etats membres. Cet objectif est, au contraire, compromis, et sa réalisation rendue plus difficile, si des différences évitables dans les règles de sécurité sociale sont introduites par le droit communautaire. Il s'ensuit que la réglementation communautaire en matière de sécurité sociale, prise en vertu de l'article 51 du traité, doit s'abstenir d'ajouter des disparités supplémentaires à celles qui résultent déjà du défaut d'harmonisation des législations nationales." (point 21)

- "L'article 73 du règlement No 1408/71 crée, pour les travailleurs migrants, deux systèmes différents, selon que ces travailleurs sont soumis à la législation française ou à celle d'un autre Etat membre. Ainsi, il ajoute aux disparités résultant des législations nationales

elles-mêmes et, par conséquent, entrave la réalisation des buts énoncés dans les articles 48 à 51 du traité." (point 22)

- "S'agissant plus précisément d'apprécier la validité de l'article 73, paragraphe 2, lui-même, il y a lieu de constater que la règle d'égalité de traitement prohibe non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat." (point 23)

- "Tel est justement le cas lorsque le critère de l'article 73, paragraphe 2, est utilisé en vue de déterminer la législation applicable aux prestations familiales d'un travailleur migrant. Bien que, en règle générale, la législation française applique le même critère pour déterminer le droit aux prestations familiales d'un travailleur français occupé sur le territoire français, ce critère ne revêt nullement la même importance pour cette catégorie de travailleurs, car c'est essentiellement pour les travailleurs migrants que se pose le problème d'une résidence des membres de la famille hors de la France. Dès lors, ce critère n'est pas de nature à assurer l'égalité de traitement prescrite par l'article 48 du traité et ne peut donc pas être employé dans le cadre de la coordination des législations nationales, qui est prévue par l'article 51 du traité en vue de promouvoir la libre circulation des travailleurs dans la Communauté conformément à l'article 48." (point 24)

La Cour a ainsi dit pour droit: "L'article 73, paragraphe 2, du règlement No 1408/71 est invalide en tant qu'il exclut l'octroi de prestations familiales françaises, pour les membres de leur famille qui résident sur le territoire d'un autre Etat membre." (CJCE, 15 janvier 1986, aff. 41/84, Pinna).

167. La Cour a également fixé les effets dans le temps: l'invalidité constatée ne peut pas être invoquée à l'appui de demandes de prestations pour des périodes antérieures à la date de l'arrêt (15 janvier 1986), sauf en ce qui concerne les travailleurs qui ont introduit un recours en justice ou soulevé une réclamation équivalente avant cette date. La disposition réglementaire cassée, quelle règle la caisse de sécurité sociale devait-elle appliquer? La Cour a rendu un deuxième arrêt (CJCE, 2 mars 1989, aff. 359/87, Pinna), disposant que les autorités nationales devaient appliquer la norme générale (art. 73, § 1 du Règlement No 1408/71), la règle spéciale (§ 2) ayant été invalidée. Puis le Conseil a modifié le Règlement,

pour tenir compte de la jurisprudence[457,458]. Les arrêts Pinna ont donné lieu à controverse: la Cour pouvait-elle invalider une disposition voulue par le Conseil (et adoptée par lui à l'unanimité)[459], parce que non conforme au Traité? Fabrice Rizzo, que nous inclinerions à suivre, expose que la Cour n'a opéré aucun acte créateur, qu'elle a supprimé une disposition s'opposant à la seule règle admissible, qu'il paraît difficile de ne pas reconnaître à la Cour le pouvoir d'annuler une disposition d'un règlement du Conseil non conforme au Traité, que la Cour a assumé "son rôle de gardienne de l'ordre juridique communautaire"[460]. Xavier Prétot critique, au contraire, vivement la voie suivie par les juges de Luxembourg: "En faisant prévaloir une logique purement unilatérale de la règle de droit, la Cour méconnaît, en effet, la nature intrinsèque du droit communautaire qui ne procède pas, aujourd'hui encore, d'un ordre étatique dûment intégré et fondé, mais d'un ordre *contractuel,* où l'accord de chaque Etat est subordonné, le plus souvent, à telle clause dont il a obtenu de ses commensaux l'insertion dans la norme en cause. Eu égard à la complexité des mécanismes de décision au sein des Communautés européennes, qui vouent à l'échec toute tentative un tant soit peu sérieuse de faire opposition à la jurisprudence, la Cour exerce ainsi et, qui plus est, sans fondement ni légitimité, un pouvoir quasi absolu, dont l'usage ne contribue pas peu à alimenter les griefs de technocratie dont l'organisation de la CEE est, non sans quelques raisons, régulièrement taxée..."[461]. Cette controverse illustre bien deux points: premièrement, la phase transitoire dans laquelle se trouve la Communauté européenne: elle a dépassé — en fait depuis son origine — le stade d'une organisation internationale classique (où l'on peut parler d'un "ordre contractuel", cf. X. Prétot, ci-dessus), sans avoir encore atteint la véritable Union européenne (une étape fondamentale sera à cet égard franchie avec l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht); deuxièmement, la Cour de justice joue effective-

457 Règlement (CEE) No 3427/89 du Conseil du 30 octobre 1989 modifiant le Règlement (CEE) No 1408/71 et le Règlement No 574/72, JOCE No L 331, 16 novembre 1989.

458 Voir: Sean VAN RAEPENBUSCH, Le service des prestations familiales aux travailleurs migrants soumis à la législation française après l'arrêt Pinna, Revue de jurisprudence sociale [Paris] 1989, pp. 325 ss; Fabrice RIZZO, La jurisprudence sociale de la Cour de justice des Communautés européennes, cité à la note 423, pp. 61-66.

459 Voir note 450.

460 Fabrice RIZZO, La jurisprudence sociale de la Cour de justice des Communautés européennes, cité à la note 423, pp. 64-65.

461 Xavier PRÉTOT, La protection sociale des travailleurs qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, cité à la note 412, p. 571.

ment un rôle essentiel, avec des résultats qui ne sont pas toujours prévisibles et qui surprennent parfois fortement les Etats comme les institutions qui sont sur le terrain. La sécurité sociale a été gâtée à cet égard, non seulement en coordination mais plus particulièrement dans le domaine de l'égalité de droits entre femmes et hommes en matière de régimes complémentaires: l'arrêt Barber, sur l'égalité de l'âge de la retraite[462] a créé un tremblement de terre encore plus fort que l'arrêt Pinna![463]

168. *La problématique des discriminations interdites,* quelles soient directes — prévues par le droit communautaire, le droit national — ou indirectes *est complexe;* si l'on reprend une formule de la Cour, citée par Cartou, selon laquelle "l'égalité des chances des ressortissants de la Communauté est affectée chaque fois qu'une réglementation conduit en définitive à placer les nationaux dans une meilleure situation que les ressortissants d'autres Etats membres"[464]. L'on peut se demander si toute limitation au principe du maintien des droits acquis ou des droits en cours d'acquisition[465] ne peut pas être sanctionnée ! Une telle limitation, prévue sans critère de nationalité[466] sur le plan formel, risque de toucher avant tout les non-nationaux: ils seront probablement davantage enclins à continuer leur migration intracommunautaire ou à rentrer dans leur pays d'origine. Quid, p. ex., d'un examen futur par la Cour au regard du Traité CEE (art. 7, 48 et 51), du nouvel article 10 bis du Règlement (CEE) No 1408/71, permettant la non-exportation de prestations spéciales de sécurité sociale à caractère non contributif? Une disposition qui intéresse la Suisse, en matière de prestations complémentaires à l'AVS/AI. Cet article limite en fait la libre circulation des personnes, dans son volet de sécurité sociale: la Cour pourrait-elle l'invalider, dans la perspective de la jurisprudence Pinna, en considérant qu'il s'agit d'une discrimination indirecte restreignant cette liberté? La question est ouverte. Antérieure-

---

462 CJCE, 17 mai 1990, aff. C 262/88, Barber. En Suisse, il est publié en version complète dans les Cahiers genevois et romands de sécurité sociale, No 8-1992, pp. 63 ss.

463 .Voir: Jacques-André SCHNEIDER, Le droit communautaire et les caisses de pensions suisses, Questions choisies, in: Les caisses de pensions suisses face au droit communautaire. Colloque 1992 Genève, Pictet & Cie et HPR S.A., Genève 1992; Jacques-André SCHNEIDER, L'égalité des rémunérations entre hommes et femmes et les régimes complémentaires de retraite. Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, Cahiers genevois et romands de sécurité sociale, No 8-1992, pp. 7 ss.

464 Cf. ci-dessus le No 146.

465 Cf. note 23.

466 Pour autant qu'il s'agisse de ressortissants de la Communauté.

ment à l'adoption de cet article 10 bis, Prétot notait fort pertinemment le lien avec le maintien des droits acquis: "Le principe de l'égalité de traitement a également conduit, associé au principe voisin de l'exportation des prestations, à la levée des clauses de résidence pour l'obtention d'une prestation. Prévue par l'article 10 du règlement No 1408/71, cette levée des clauses de résidence a fait l'objet d'une interprétation stricte de la part de la jurisprudence. Si la règle communautaire n'interdit pas à un Etat de suspendre ou de supprimer le service d'une prestation en cas de résidence dans un Etat tiers[467], elle rend inopposables toutes conditions de résidence sur le sol national en l'absence de prescriptions expresses du droit communautaire (CJCE 31 mars 1977, Walter Bozzone, aff. No 87/76, Rec. p. 687). La règle s'applique y compris aux prestations non contributives pour autant qu'elles soient comprises dans le champ d'application de la coordination (cf. par exemple, CJCE 9 octobre 1974, Biason, et 24 février 1987, Giletti et autres)."[468]

6.4.2.3. Autres aspects liés au contenu

169. L'égalité de traitement selon l'art. 3 du Règlement No 1408/71 souffre-t-elle de *limites?* L'ancienne réglementation particulière en matière de prestations familiales représentait manifestement une dérogation au principe, introduite dans l'instrument en faveur de la France, compte tenu du niveau de sa législation en la matière et de son but démographique[469]. Elle a donc été invalidée par la Cour[470], puis remplacée par le Conseil[471]. Comme le rappelle René Bonnet, "l'égalité de traitement ne saurait jouer que dans les limites du champ d'application matériel et personnel du règlement".[472] Le premier champ est vaste puisque c'est en principe l'ensemble de la sécurité sociale qui est inclus dans le Règlement No 1408/71, selon une conception européenne[473]. Certains régimes ne sont cependant pas couverts: régimes complémentaires non légaux[474],

467 Cf. note 435.

468 Xavier PRÉTOT, La protection sociale des travailleurs qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, cité à la note 412, p. 570.

469 Charilaos TANTAROUDAS, La protection des travailleurs migrants dans la CEE en sécurité sociale, cité à la note 412, p. 142.

470 Cf. ci-dessus les Nos 166-168.

471 Cf. note 457.

472 René BONNET, in: Nicole CATALA/René BONNET, Droit social européen, cité à la note 355, p. 266.

473 Cf. ci-dessus les Nos 147-148.

474 Cf. ci-dessus les Nos 150-151.

régimes spéciaux de fonctionnaires, certaines prestations spéciales à caractère non contributif (qui doivent être portées sur une annexe du règlement[475], assistance sociale (art. 4, § 4, du Règlement No 1408/71[476,477]. Les limites du champ d'application personnel sont mentionnées ci-dessous[478]. En cas de non-application du principe de l'égalité de traitement entre nationaux et non-nationaux selon l'art. 3 du Règlement No 1408/71, il convient d'examiner si l'art. 7 du Traité CEE est, lui, applicable; la discrimination est, le cas échéant, également interdite et le particulier peut s'en prévaloir[479]. Enfin, Gosseries mentionne que: "Cette assimilation des étrangers aux nationaux se prolonge lorsque l'étranger vient à quitter le territoire où il a gagné le droit aux prestations; c'est la levée des clauses de résidence; cette faculté pour l'étranger n'a pas été étendue dans l'hypothèse où il se rend dans un pays tiers pour fixer sa résidence."[480]

170. L'article 3, § 2, du Règlement No 1408/71 traite de l'égalité au regard de *la participation* dans les institutions de sécurité sociale[481]. L'égalité entre nationaux et non-nationaux n'est que partiellement garantie, à savoir pour l'élection des membres des organes de ces institutions ou pour la participation à leur désignation. En revanche, pour l'éligibilité

---

475 Cf. ci-dessus le No 168.

476 La notion est interprétée restrictivement par la Cour (cf. note 451).

477 Sur le plan théorique, la sécurité sociale — au moins selon sa conception fonctionnelle — intègre l'assistance sociale dans sa fonction de garantie d'un revenu de compensation. Voir Guy PERRIN, Rationalisation et humanisation, deux objectifs prioritaires pour une réforme de la sécurité sociale, in: Emploi et politique sociale, travaux réunis par P. BOIS et P.-Y. GREBER, Réalités sociales, Lausanne 1982, pp. 259-260; voir les études de Roland SIGG, André GHÉLEW, Serge MILANO et Guy PERRIN, in: Pauvretés et sécurité sociale, travaux réunis par P. GILLIAND, Réalités sociales, Lausanne 1990; Pierre-Yves GREBER, Les principes fondamentaux du droit international et du droit suisse de la sécurité sociale, cité à la note 66, pp. 213 ss. En revanche les législations n'ont souvent pas atteint ce stade et séparent, tant sur le plan des textes que des institutions, sécurité sociale et assistance sociale (cf. les références indiquées dans la présente note). Le Règlement No 1408/71, logiquement (il s'agit de coordination et non d'harmonisation), reprend cette division.

478 Cf. ci-dessous: 6.4.4.

479 Cf. ci-dessus les Nos 138 ss.

480 Ph. GOSSERIES, Sécurité sociale des travailleurs migrants CEE, Ses principes fondamentaux, cité à la note 355, p. 174.

481 Pour la question de la participation, voir: Michel VOIRIN, L'organisation administrative de la sécurité sociale, un enjeu social et politique, Bureau international du Travail, Genève 1991, pp. 5 ss.

et le mode de désignation à ces organes, le Règlement s'en rapporte au droit national. René Bonnet mentionne qu'une évolution était prévue dans ce domaine, déjà au moment de l'élaboration de l'instrument, mais qu'elle semble être tombée dans l'oubli[482]. Elle risque d'en ressortir dans la perspective de la réalisation de la citoyenneté européenne, selon le Traité sur l'Union européenne (Maastricht, 1992) !

171. L'égalité de traitement trouve *un prolongement dans le cadre des conventions bi- ou multilatérales* de sécurité sociale qui peuvent coexister avec le Règlement No 1408/71, soit qu'il s'agisse de dispositions antérieures maintenues (article 7, § 2, sous c) ou de conventions postérieures à son entrée en vigueur (art. 8). Le principe s'applique également à ces clauses, sauf exclusions expressément mentionnées (à l'annexe III du Règlement). Tantaroudas souligne l'importance de ce prolongement: "La disposition mentionnée au point de vue purement juridique est d'une valeur exceptionnelle. Par sa primauté sur les lois nationales, elle rend automatiquement multinationales ou communautaires les conventions de sécurité sociale déjà conclues entre deux Etats membres, en ce qui concerne certaines de leurs dispositions, ainsi que dans leur intégrité celles qui interviendront dans le cadre de l'article 8, § 1, du règlement (...) On pourrait dire que, sinon par sa conception, du moins par ses dimensions et sa technique, on se trouve en présence d'un nouveau phénomène juridique"[483]. C'est aussi, à notre avis, une excellente manière d'éviter la création d'un principe d'égalité à deux vitesses (l'une communautaire, l'autre par arrangements préférentiels ou au moins particuliers) et un développement du bilatéralisme (ou d'accords entre quelques Etats), qui viendrait aggraver la complexité déjà grande du Règlement No 1408/71. A ce propos, Annette Bosscher pense que le moment est venu d'examiner cette complexité, alors que les marchandises pourront circuler sans formalités dans la Communauté: "(...) n'est-il pas justifié de simplifier aussi pour les personnes les procédures nécessaires pour bénéficier des prestations de sécurité sociale auxquelles elles ont droit? Ne faut-il pas réexaminer le système de coordination tel qu'il s'est développé, pour voir s'il est possible de le rendre plus transparent pour les intéressés et moins compliqué à appliquer? (...) Ce sera peut-être le grand défi à relever en

482 René BONNET, in: Nicole CATALA/René BONNET, Droit social européen, cité à la note 355, pp. 267-268.

483 Charilaos TANTAROUDAS, La protection juridique des travailleurs migrants dans la CEE en sécurité sociale, cité à la note 412, pp. 142-143.

matière de coordination des régimes de sécurité sociale dans l'Europe d'après 1992."[484] Cette conclusion ne peut qu'être approuvée. La voie choisie par l'Organisation internationale du Travail — pour sa Convention No 157 — et par le Conseil de l'Europe — pour sa Convention européenne de sécurité sociale[485] — qui appelle au contraire un mélange de coordination multilatérale et d'accords complémentaires, serait difficilement gérable dans une entité qui est fondée sur la libre circulation des personnes[486].

6.4.3. L'application de l'art. 3 du Règlement No 1408/71

172. Compte tenu des éléments déjà exposés, tant à propos de l'art. 7 du Traité CEE que de l'art. 3 du Règlement No 1408/71, cette subdivision pourra être très brève. Deux points peuvent être mentionnés. Tout d'abord, *le principe de l'égalité de traitement entre nationaux et non-nationaux est inclus dans un règlement communautaire* (CEE), c'est-à-dire un instrument qui a une *portée générale,* qui est *obligatoire* dans tous ses éléments — alors que l'obligation, dans une directive, ne porte que sur le résultat — et qui est *directement applicable* dans tout Etat membre (il ne s'adresse pas seulement aux Etats et institutions, mais, de manière automatique, il crée des droits et des obligations pour les particuliers (cf. art. 189 du Traité CEE; CJCE, 14 décembre 1972, aff. 43/71, Politi)[487]. Isaac note ainsi que le règlement "est, de loin, la principale source de droit dérivé. C'est à travers lui que s'exprime, par excellence, le pouvoir législatif des Communautés. L'article 189 donne de ses effets juridiques une définition complète et sans ambiguïté qui lui confère une nature et une efficacité tout à fait comparables à celle de la loi dans les systèmes nationaux."[488] Le règlement CEE bénéficie de *la primauté du droit communautaire;* celle-ci vaut à l'égard "de toutes les normes nationales (...), administratives, législatives, juridictionnelles, et même de niveau constitutionnel. (...) En bref, le droit constitutionnel d'un Etat membre ne saurait constituer un obstacle

---

484 Annette BOSSCHER, La coordination des régimes de sécurité sociale dans la Communauté, cité à la note 412, p. 43.

485 Cf. note 428.

486 Elle peut en revanche se justifier dans le cadre d'organisations beaucoup moins intégrées et lorsque la diversité des systèmes nationaux à coordonner est encore plus grande qu'elle ne l'est dans la Communauté.

487 Voir p. ex. Guy ISAAC, Droit communautaire général, cité à la note 355, pp. 116-117.

488 *Idem*, p. 116.

à la primauté (13 juillet 1972, Commission c/Italie, aff. 48/71, Rec. 533)"[489]. Deuxièmement, le principe de l'égalité — comme tout le droit de la coordination — *ainsi fondé se distingue de tous les autres instruments de coordination.* Ces derniers sont soit de nature bilatérale, soit multilatérale, conçus alors le plus souvent dans le cadre d'une organisation internationale: Organisation internationale du Travail, Conseil de l'Europe, notamment. Dans cette seconde perspective, l'Etat "maîtrise pleinement le dossier", les obligations qu'il accepte d'assumer. Il a la liberté de ne pas conclure de Conventions, de ne pas ratifier celles élaborées par une organisation internationale. Dans le cadre communautaire, l'Etat membre "maîtrise le dossier" au moment de l'adoption du règlement, à celui de ses révisions; comme nous l'avons rappelé, la règle de l'unanimité n'a pas été abandonnée, en sécurité sociale, au profit de la majorité qualifiée[490]. Mais, une fois adoptée, la règle bénéficie *des qualités et de la primauté* qui viennent d'être rappelées, auxquelles s'ajoute *la jurisprudence dynamique* — parce qu'orientée vers la réalisation effective de la libre circulation — de la Cour de justice[491]. Il faut aussi considérer les décisions interprétatives de la Commission administrative pour la sécurité sociale des travailleurs migrants (article 80, § 3, du Règlement No 1408/71). Et également l'approfondissement progressif en général de la Communauté, qui marque bien évidemment l'appréciation d'un principe aussi fondamental que celui de l'égalité[492].

---

489 *Idem*, p. 169.

490 Cf. note 380 et No 164.

491 Michel VOIRIN, Sécurité sociale et Marché intérieur européen, cité à la note 365, p. 54.

492 Cf. ci-dessus les Nos 140 et 143.

6.4.4.Le champ d'application personnel

6.4.4.1. *De lege lata*

173. Le champ d'application personnel du Règlement No 1408/71 est défini à l'article 2[493,494]. Il comprend les travailleurs, salariés ou indépendants[495], les membres de leurs familles, leurs survivants, ressortissants des Etats membres de la Communauté, qui sont soumis ou ont été soumis à la législation d'un ou de plusieurs Etats membres; s'y ajoutent les apatrides et réfugiés, leurs familles ou survivants, résidant dans l'un de ces Etats. Sont donc visés: *les travailleurs,* y compris les frontaliers et les saisonniers; les fonctionnaires et travailleurs assimilés, s'ils sont soumis ou ont été soumis à une législation relevant du Règlement: tel n'est pas le cas des régimes spéciaux de ces catégories (art. 4, § 4, du Règlement No 1408/71). La notion de travailleur est un concept européen, qui s'interprète en fonction de l'article 51 du Traité (CJCE, 19 mars 1964, aff. 75/63, Unger)[496]. Le champ inclut les *ressortissants de l'un des Etats membres*

---

493 "*Article 2:* Champ d'application personnel: 1. Le présent règlement s'applique aux travailleurs salariés ou non salariés qui sont ou ont été soumis à la législation de l'un ou de plusieurs Etats membres et qui sont des ressortissants de l'un des Etats membres ou bien des apatrides ou des réfugiés résidant sur le territoire d'un des Etats membres ainsi qu'aux membres de leur famille et à leurs survivants.
2. En outre, le présent règlement s'applique aux survivants des travailleurs salariés ou non salariés qui ont été soumis à la législation de l'un ou de plusieurs des Etats membres, quelle que soit la nationalité de ces travailleurs salariés ou non salariés lorsque leurs survivants sont des ressortissants de l'un des Etats membres ou bien des apatrides ou des réfugiés résidant sur le territoire d'un des Etats membres.
3. Le présent règlement s'applique aux fonctionnaires et au personnel qui, selon la législation applicable, leur est assimilé, dans la mesure où ils sont ou ont été soumis à la législation d'un Etat membre à laquelle le présent règlement est applicable."

494 René BONNET, in: Nicole CATALA/René BONNET, Droit social européen, cité à la note 355, pp. 248-254 (et la jurisprudence citée).

495 L'inclusion des travailleurs non salariés dans le Règlement No 1408/71 a été effectuée par le Règlement No 1380/81, modifiant le premier.

496 Cf. notes 380 et 442.

de la Communauté, soit une qualité définie par l'Etat considéré[497]. Il faut enfin *davantage qu'une situation interne:* un ressortissant qui est dans son pays, sans avoir jamais travaillé ou résidé dans un autre pays de la Communauté, ne peut pas invoquer les art. 48 et 51 du Traité de même que le Règlement No 1408/71, (CJCE, 28 juin 1984, Moser[498]). En revanche, l'application de ce dernier n'est pas liée à un déplacement professionnel, depuis l'arrêt Unger, pour l'ancien Règlement No 3, et depuis l'entrée en vigueur du texte actuel: "Dorénavant tout travailleur salarié (N.B. et non salarié) peut prétendre aux prestations de sécurité sociale, quel que soit le motif de son séjour à l'étranger. Les règlements 3 et 1408 ne sont plus destinés à favoriser la mobilité de la main-d'oeuvre[499], mais à permettre les déplacements y inclus touristiques, ou de pure convenance, étrangers à l'occupation d'un emploi. (...) Le travailleur

497 Moment déterminant: "la Cour de justice a, par un arrêt du 12 octobre 1978 (aff. 10/78 Teyeb Bellouad c. Bundesknappschaft, Rec., 1978, p. 1915), estimé que le critère de nationalité requis (...) doit être apprécié en relation directe avec les périodes durant lesquelles le travailleur (...) a exercé sa profession, c'est-à-dire au moment de l'accomplissement des périodes d'assurance, d'emploi ou de résidence" (René BONNET, in: Nicole CATALA/René BONNET, Droit social européen, cité à la note 355, p. 251). René BONNET estime que cette solution complique la tâche des institutions; et de plus, "elle déroge à la règle, expressément affirmée ou implicitement contenue dans les instruments internationaux, qui veut que les conditions requises pour l'obtention des prestations soient réunies, lors de la survenance du fait générateur du droit (présentation de la demande, âge de la retraite...)." (Idem, pp. 251-252, note 13).

498 Arrêt cité par René BONNET, in: Nicole CATALA/René BONNET, Droit social européen, cité à la note 355, p. 249 (*in initio* et note 3).

499 A notre avis, il faudrait mieux dire qu'ils ne sont plus *seulement* destinés à favoriser cette mobilité. L'objectif n'a pas disparu: l'achèvement du Marché intérieur comprend un encouragement aux déplacements professionnels, y compris à l'égard des professions qualifiées (experts, enseignants, etc.). D'où d'ailleurs, un intérêt actuel de la Communauté à la coordination des régimes complémentaires de sécurité sociale, non couverte par le Règlement No 1408/71 pour les régimes non légaux (cf. ci-dessus le No 150, les notes 391 et 395). Voir aussi Annette BOSSCHER, La coordination des régimes de sécurité sociale dans la Communauté, cité à la note 412, p. 31.

européen est bénéficiaire, où qu'il se trouve[500] d'une protection sociale appropriée."[501] *De lege lata*, le champ d'application personnel va donc déjà au-delà d'une perspective purement professionnelle.

6.4.4.2. Vers une, voire deux extensions du champ d'application personnel?

174. Les auteurs du fameux rapport "La sécurité sociale à l'horizon 2000" ont proposé l'amélioration des mécanismes de coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale[502]. Dans une telle perspective, rapportée au cadre communautaire, il convient *d'étendre le champ d'application personnel* du Règlement No 1408/71, et par là du principe d'égalité qu'il garantit, *aux ressortissants communautaires non encore couverts.* La coordination suivra ainsi logiquement l'évolution de la libre circulation, qui s'est élargie des travailleurs vers l'ensemble des citoyens communautaires dès le 1er juillet 1992[503,504]. La Commission des Communautés européennes a ainsi adopté une proposition de Règlement du Conseil modifiant le Règlement (CEE) No 1408/71 et le Règlement

---

500 Mais pour autant que ce soit à l'intérieur de la Communauté. Cf. ci-dessus le No 160.

501 Gérard LYON-CAEN/Antoine LYON-CAEN, Droit social international et européen, cité à la note 13, p. 215.

502 Pierre LAROQUE/Brian ABEL-SMITH/Ewa BOROWCZYK/Wilbur COHEN/Jérôme DÉJARDIN/John OSBORNE/António DA SILVA LEAL/Adam TRIER/Gérard WELDKAMP/Owen WOODHOUSE, La sécurité sociale à l'horizon 2000, Rapport présenté au Directeur général du Bureau international du Travail, Bureau international du Travail, Genève 1984, pp. 35-39, 119-120.

503 Directive du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour (90/364/CEE) (JOCE No L 180/26, du 13 juillet 1990; Directive du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle (90/365/CEE) (JOCE No L 180/28, du 13 juillet 1990); Directive du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour des étudiants (90/366/CEE) (JOCE No L 180/30, du 13 juillet 1990). Ces trois directives sont notamment fondées sur l'art. 8A du Traité CEE (tel que modifié par l'Acte Unique Européen), qui prescrit l'achèvement du Marché intérieur, espace sans frontières dans lequel sont assurées la libre circulation des personnes, des marchandises, des services et des capitaux. Les trois directives ont imparti aux Etats membres un délai expirant le 30 juin 1992 pour adopter et mettre en vigueur les dispositions nécessaires. A noter que les trois textes subordonnent le droit de séjour à l'existence de ressources suffisantes (pour ne pas tomber à l'assistance) et d'une assurance-maladie.

504 Guy PERRIN, La sécurité sociale dans la perspective du Marché intérieur unique de la Communauté économique européenne, cité à la note 29, p. 14; Michel VOIRIN, Sécurité sociale et Marché intérieur européen, cité à la note 365, pp. 59-60.

No 574/72, le 23 juillet 1991[505]. Son objectif est d'étendre la réglementation applicable aux salariés et aux non-salariés à l'ensemble des personnes assurées, notamment les étudiants, les non-actifs et les fonctionnaires relevant de régimes spéciaux."[506] Ce projet ne devrait pas rencontrer d'obstacles sérieux, car il fait partie des textes qui achèvent la réalisation de la libre circulation des personnes et par là du Marché intérieur unique.

175. Nous avons vu, à propos de l'étude du principe d'égalité de traitement (ou principe de non-discrimination), que tant l'article 7 du Traité CEE que le Règlement No 1408/71 (et par là son article 3) *ne visent que les ressortissants de la Communauté européenne.* En d'autres termes, les nationaux d'Etats tiers n'ont pas, sur ces bases, droit à bénéficier de l'égalité. La question relève uniquement de la compétence des Etats[507], qui peuvent leur accorder ou non cette garantie. Or, la perspective indiquée par les textes de principe (Déclaration universelle des droits de l'homme, Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels) est claire: le droit à la sécurité sociale est un droit reconnu à tout être humain, il ne saurait en conséquence être restreint voire nié en fonction de la nationalité[508]. A notre connaissance, aucune proposition formelle, à Bruxelles, ne va dans un tel sens actuellement.

176. Deux auteurs éminents ont posé le problème. Tout d'abord Annette Bosscher, lors du Colloque 1989, à Porto, de l'Institut européen de sécurité sociale, consacré à la sécurité sociale et l'Europe 1992. Après avoir analysé les modifications prévues à cet horizon, cet auteur met en évidence la question ici posée, sous le qualificatif d'imperfection: "(La coordination) ne couvrira que les citoyens communautaires résidant dans la Communauté. L'article 2 du règlement No 1408/71 précise, en effet, que le règlement s'applique aux travailleurs" qui sont des ressortissants de l'un des Etats membres ou bien des apatrides ou des réfugiés résidant sur le territoire d'un des Etats membres". L'article 3 du même règlement, qui prévoit l'égalité de traitement, est applicable aux personnes "qui résident sur le territoire de l'un des Etats membres".

---

505 JOCE C 219, du 22 août 1991. Voir aussi: Europe sociale [Bruxelles/Luxembourg], 2/92, pp. 40 et 90.

506 Europe sociale, 2/92, p. 40.

507 Sauf, bien sûr, en cas d'accords conclus par la Communauté. Voir Michel VOIRIN, Sécurité sociale et Marché intérieur européen, cité à la note 365, pp. 61 ss.

508 Cf. ci-dessus les Nos 109, 152, 173.

Ces limitations ne semblent pas justifiées si l'on considère que l'Europe des citoyens concerne toutes les personnes qui se trouvent dans cet "espace sans frontières". Si la notion de nationalité revêt (encore) une importance en matière de droits politiques, dans le domaine de la sécurité sociale, cette notion semble dépassée.

Les régimes de sécurité sociale des Etats membres ne connaissent qu'exceptionnellement une telle condition et les droits et obligations des assurés dérivent de l'affiliation au régime.

Déjà, en 1985, dans ses "Orientations pour une politique communautaire des migrations"[509], la Commission écrivait: "L'objectif de la Commission, comme elle a eu l'occasion de le confirmer au Parlement européen, consiste à assurer aux travailleurs ressortissants d'Etats tiers résidant dans la Communauté, ainsi qu'aux membres de leur famille, la même protection en matière de sécurité sociale qu'aux travailleurs de la Communauté. ... Du point de vue social, des travailleurs dans une même situation objective ne sauraient être traités différemment uniquement en raison de leur nationalité".

"La suppression de la condition de nationalité dans la réglementation communautaire serait non seulement justifiée pour des raisons sociales, mais impliquerait également une simplification administrative dans la mesure où les institutions pourraient appliquer la réglementation à tous leurs affiliés."[510]

177. Ensuite Michel Voirin, qui relève tout d'abord les faits: à la fin des années quatre-vingt, le nombre des ressortissants d'Etats tiers résidant dans la Communauté s'élève à environ huit millions de personnes, dont deux à trois millions exercent une activité lucrative. Ces derniers font partie du marché du travail des Etats membres, mais ne bénéficient pas de la liberté de circulation dans la Communauté. Cet auteur remarque, pertinemment, que: "Tant que la situation demeurera telle, il n'y aura donc pas un véritable marché commun de l'emploi puisqu'une fraction de la main-d'oeuvre communautaire continuera à s'en trouver exclue. En bref, il existe une contradiction entre les objectifs politiques de la Communauté qui expliquent, sans nécessairement la justifier, la limitation du champ d'application de la liberté de circulation des personnes aux ressortissants des Etats membres, et ses objectifs économiques qui devraient impliquer

509 Supplément 9/85 au Bulletin des Communautés européennes (cité par A. BOSSCHER).

510 Annette BOSSCHER, La coordination des régimes de sécurité sociale dans la Communauté, cité à la note 412, pp. 41-42.

son extension à tous les travailleurs admis sur le territoire de la Communauté." La logique du marché unique devrait conduire les Etats membres à "dépasser les conceptions actuelles, et la suppression attendue des contrôles policiers aux frontières intérieures, qui revêt une valeur symbolique si l'on veut que la construction communautaire soit perçue comme une Europe des citoyens, devrait entraîner le report du contrôle de l'admission des immigrants d'Etats tiers aux frontières extérieures de la Communauté et l'harmonisation des règles d'octroi des visas, sinon l'attribution de visas communautaires. (...) Par voie de conséquence, la coordination des législations de sécurité sociale, qui a été réalisée comme un appendice de la liberté de circulation des personnes, s'est trouvée limitée aux ressortissants des Etats membres de la Communauté. Cette limitation devra aussi, un jour ou l'autre, être levée. A l'heure actuelle, en l'absence de modification en ce sens du Traité de Rome, relative à la liberté de circulation des personnes, il n'a paru possible de s'en affranchir que par voie d'accords de réciprocité conclus avec des pays tiers."[511]

178. Alors que l'extension de l'égalité de traitement et des autres normes du Règlement No 1408/71 vers *les catégories non encore protégées* (cf. No 174) semble pratiquement acquise, le droit de séjour ayant déjà été élargi à l'ensemble de la population[512], il n'en va pas de même de *l'extension en faveur des ressortissants non communautaires.* Certes, la logique économique se conjugue avec les aspects sociaux et humains, comme avec la simplification des procédures — cf. les observations de Bosscher et de Voirin — ce qui devrait permettre, théoriquement, une réalisation rapide. Il convient cependant de considérer les aspects politiques et démographiques: approfondissement de la Communauté (nouveaux équilibres entre les Etats membres et celle-ci), son extension, migrations Est-Ouest et Sud-Nord (autorisées et clandestines). L'on peut se demander si, ici, la coordination étendue ne devrait pas *précéder* la libre circulation — contrairement à l'argumentation économique — parce que plus acceptable politiquement et correspondant à un droit fondamental[513]. A l'aube du XXIe siècle, la question est assurément posée.

---

511 Michel VOIRIN, Sécurité sociale et Marché intérieur européen, cité à la note 365, pp. 60 et 61.

512 Cf. note 503.

513 Cf. ci-dessus le No 109.

6.4.5. La reprise de l'acquis communautaire par l'EEE

179. Comme déjà relevé, l'Accord sur l'Espace économique *reprend la substance des articles 7, 48 et 51 du Traité CEE*[514]. L'Accord est en effet fondé également sur la libre circulation des personnes, des marchandises, des services et des capitaux (cf. art. 1, 4, 28 et 29 AEEE). L'article 29 AEEE se réfère à l'annexe VI de l'Accord: *le Règlement (CEE) No 1408/71 appartient à l'acquis communautaire*[515], avec la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes antérieure à la date de signature de l'Accord (2 mai 1992) (art. 6 AEEE). Cependant, une coordination commune au départ, ce qui est un choix excellent, qui deviendrait à deux vitesses par la suite, n'aurait guère de sens et ajouterait de la complexité à un domaine qui devrait plutôt être simplifié[516]. Cela signifie concrètement que les Etats parties à l'Accord et non-membres de la Communauté ne pourront guère faire autrement que de développer l'acquis communautaire, parallèlement à l'évolution du Règlement (CEE) No 1408/71, jurisprudence comprise.

180. L'inclusion du Règlement (CEE) No 1408/71 — sous réserve de la question de l'évolution (cf. No 179) — dans l'acquis communautaire *représente,* à notre avis, *le meilleur choix qui pouvait être effectué.* Combiner la libre circulation des personnes avec des conventions bilatérales eût été quasi impossible; emprunter une voie du type de celle ouverte par la Convention européenne de sécurité sociale ou la Convention OIT No 157[517] eût représenté, dans l'application pratique, des problèmes particulièrement complexes, en raison des mécanismes incomplets que comprennent ces instruments et qui nécessitent la conclusion d'accords bi- ou multilatéraux supplémentaires[518];[519]. Si la voie suivie est donc judicieuse, il est néanmoins évident qu'elle posera des problèmes d'adaptation pratique non négligeables aux Etats habitués aux conventions bilatérales, interprétées de façon unilatérale... Les quelques éléments ainsi développés à propos de l'égalité de traitement, considérée dans le cadre

514 Cf. ci-dessus le No 154.

515 De l'accord dans sa teneur initiale, jusqu'à la modification apportée par le Règlement (CEE) No 2195/91, du 25 juin 1991.

516 Cf. ci-dessus le No 171 (A. Bosscher).

517 Cf. note 428.

518 Cf. note 486.

519 Pierre-Yves Greber, Aperçu sur la compatibilité de la sécurité sociale suisse avec le droit communautaire, Cahiers genevois de sécurité sociale, No 6-1990, p. 70.

de l'art. 7 du Traité CEE et de l'art. 3 du Règlement No 1408/71, *feront partie de l'ordre juridique suisse* en cas de ratification de l'Accord EEE ou d'adhésion à la Communauté européenne.

6.5. L'apport du droit européen émanant du Conseil de l'Europe

6.5.1. L'égalité dans la Charte sociale européenne

181. La Charte sociale européenne consacre plusieurs articles à la sécurité sociale[520], le centre de ces dispositions étant représenté par l'article 12. Rappelons que ce texte de principe constitue, dans le cadre du Conseil de l'Europe, le pendant, pour les droits sociaux, de la Convention européenne des droits de l'homme[521]. Etant bien précisé qu'il s'agit d'un équivalent considéré de manière générale: sur le plan juridique, la Charte se distingue nettement de la Convention quant aux mécanismes de contrôle; seule la seconde a atteint le stade juridictionnel, ouvert aux particuliers.

182. L'article 12 de la Charte sociale européenne comporte quatre paragraphes: obligation d'établir ou de maintenir un système de sécurité sociale (paragraphe 1), ledit système doit avoir un niveau permettant au moins la ratification de la Convention OIT No 102 concernant la norme minimum de sécurité sociale[522;523] (paragraphe 2), amélioration progressive de la protection (paragraphe 3), garantie de l'égalité de traitement entre les ressortissants des Parties contractantes, garantie du maintien des

---

520 Article 8 § 1, 11, 12, 14, 15 et 16 (Partie II de la Charte), auxquels correspondent les paragraphes 8, 11, 12, 14, 15 et 16 de la Partie I de l'instrument.

521 Philippe BOIS, La Charte sociale européenne, Son influence sur le droit suisse, Annuaire suisse de droit international, volume XXXIII, 1977, pp. 9 ss; Pierre-Yves GREBER, Droit suisse de la sécurité sociale, Avec un aperçu de théorie générale et de droit international, cité à la note 13, pp. 66-74; Pierre LAROQUE, Article 12 (Droit à la sécurité sociale), in: La Charte sociale européenne, Dix années d'application, Institut d'Etudes Européennes, Université Libre de Bruxelles, Bruxelles 1978, pp. 162-166; Gérard LYON-CAEN/Antoine LYON-CAEN, Droit social international et européen, cité à la note 13, pp. 138-142; Message concernant la Charte sociale européenne, du 13 juin 1983, Feuille fédérale 1983 II 1273, pp. 1324-1329.

522 Cf. ci-dessus le No 134 et les références données à la note 343.

523 Référence est faite à un instrument de l'Organisation internationale du Travail (OIT), parce qu'à cette époque (1961), le Conseil de l'Europe n'avait pas encore adopté de texte en matière d'harmonisation de la sécurité sociale: le Code européen de sécurité sociale date de 1964.

droits acquis et en cours d'acquisition (paragraphe 4). En d'autres termes, nous sommes en présence d'un texte de principe, la Charte sociale relève des fondements de la sécurité sociale[524], l'article 12 consacre trois alinéas à l'harmonisation[525] et le quatrième à la coordination[526]. La règle qui nous intéresse dans le cadre du présent rapport figure à l'article 12, quatrième paragraphe (introduction et lettre a): "En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la sécurité sociale, les Parties contractantes s'engagent: (...) 4. à prendre des mesures, par la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux appropriés ou par d'autres moyens, et sous réserve des conditions arrêtées dans ces accords, pour assurer: a) l'égalité de traitement entre les nationaux de chacune des Parties contractantes et les ressortissants des autres Parties en ce qui concerne les droits à la sécurité sociale, y compris la conservation des avantages accordés par les législations de sécurité sociale, quels que puissent être les déplacements que les personnes protégées pourraient effectuer entre les territoires des Parties Contractantes (...)".

183. Cette disposition appelle les commentaires suivants:

a) Il convient tout d'abord de rappeler que l'article 12 (Partie II de la Charte) est jumelé avec le paragraphe 12 (Partie I). Or, ce dernier limite la reconnaissance du droit à la sécurité sociale à l'ensemble *des travailleurs et à leurs ayants droit.* Il y a parallèle avec la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs. Les deux Chartes européennes sont restées au stade de la généralisation, sans aller jusqu'à celui de l'universalisation indiqué pourtant depuis 1948 par la Déclaration universelle des droits de l'homme[527].

b) Elle a été adoptée à une époque où le Conseil de l'Europe avait déjà commencé son oeuvre en matière de *coordination,* avec les Accords intérimaires européens de sécurité sociale, du 11 décembre 1953[528;529]. Le premier but des Accords a consisté justement à réaliser l'égalité de

524 Cf. note 12.

525 Cf. note 13.

526 Cf. note 23.

527 Cf. ci-dessus le No 109.

528 Accord intérimaire européen concernant les régimes de sécurité sociale relatifs à la vieillesse, à l'invalidité et aux survivants; Accord intérimaire européen concernant la sécurité sociale à l'exclusion des régimes relatifs à la vieillesse, à l'invalidité et aux survivants.

529 Ces deux Accords sont complétés par un Protocole additionnel étendant le bénéfice de ces instruments aux réfugiés.

traitement (des réserves pouvant cependant être prévues et des conditions de résidence prescrites). En revanche, la Convention européenne de sécurité sociale est postérieure à la Charte.

c) *L'égalité de traitement* figure dans un texte de principe, qui a la qualité d'une convention soumise à ratification, et elle est *globale.* Elle vaut donc à l'égard de l'ensemble des régimes de sécurité sociale des Etats ayant ratifié la Charte, indépendamment des éventuelles différences de niveau de ces régimes. L'égalité est soumise à une condition de *réciprocité:* elle doit être garantie aux ressortissants des Parties contractantes et sur le t*erritoire* de celles-ci[530]. Rien n'empêche évidemment un Etat d'aller au-delà, par exemple en traitant comme ses nationaux les ressortissants de tous les Etats membres du Conseil de l'Europe.

d) L'article 12, paragraphe 4, *associe de manière judicieuse le principe de l'égalité de traitement aux principes du maintien des droits acquis et du maintien des droits en cours d'acquisition,* en mentionnant expressément l'exportation des prestations[531] et la totalisation[532]. Ce sont les éléments d'architecture nécessaires à la coordination des législations nationales de sécurité sociale[533]. Il y a ainsi une certaine analogie sur le fond — non sur la place des règles ni sur le type de normes — avec l'article 51 du Traité CEE.

e) Pierre Laroque relève que les organes de contrôle de la Charte ont pris la sécurité sociale dans son *sens large:* "(Elle) couvre même les avantages non contributifs, même financés exclusivement sur fonds publics; il a été fait application à diverses reprises de ce principe par le Comité d'experts de la Charte sociale européenne. La question principale qui a été soulevée à cet égard est celle du versement hors des frontières de l'Etat contractant de certaines prestations, par exemple des pensions de vieillesse ou des pensions ou allocations noncontributives. Il a été estimé qu'aucune Partie contractante n'avait le droit, sans manquer à ses engagements, de faire une différence au regard de ce versement entre les nationaux et les non-nationaux".[534]

f) Signalons que l'Annexe à la Charte sociale permet aux Parties contractantes d'imposer une période de résidence avant l'octroi des *prestations*

530 Cf. ci-dessus le No 111.

531 Elle fait partie du maintien des droits acquis.

532 Soit une technique au service du maintien des droits en cours d'acquisition.

533 Cf. note 23.

534 Pierre LAROQUE, Article 12 (Droit à la sécurité sociale), cité à la note 521, p. 165.

noncontributives. Une telle condition ne pourra donc pas être considérée comme une discrimination indirecte.

g) Pour terminer, rappelons *la position de la Suisse,* qui a signé mais non ratifié la Charte. Dans son Message concernant cet instrument du Conseil de l'Europe, le gouvernement rappelle que les non-Suisses sont largement placés sur pied d'égalité avec les Suisses en vertu des conventions bilatérales qui lient notre pays. Des problèmes existent cependant: absence de tels accords avec certains Etats parties à la Charte (Chypre, Irlande, Islande), exclusion de l'assurance-chômage de ces instruments, discriminations contenues dans les législations cantonales d'allocations familiales. Le Conseil fédéral a relevé les obstacles qui existent aussi au regard des autres principes de coordination (essentiellement la non-exportation des prestations d'assurance-maladie et d'assurance-chômage). Le gouvernement n'a fait preuve d'aucune volonté de lever ou au moins de réduire ces obstacles, se bornant à constater que l'article 12, paragraphe 4, de la Charte ne paraît pas acceptable pour la Suisse[535;536].

6.5.2. L'égalité dans le Code européen de sécurité sociale

184. Le Code européen de sécurité sociale et son Protocole, de même que le Code européen de sécurité sociale révisé, sont des instruments d'*harmonisation*[537] de la sécurité sociale; ils n'ont ainsi pas à traiter de coordination ni, en particulier, d'égalité de traitement entre nationaux et

535 Message concernant la Charte sociale européenne, cité à la note 521, pp. 1326-1328.

536 Signalons que la révision de la Charte sociale européenne, effectuée par le Protocole additionnel du 5 mai 1988, n'a pas modifié l'article 12 de l'instrument.

537 Cf. note 13.

non-nationaux[538]. Le but de ces instruments est d'élever, en matière d'harmonisation, les normes adoptées par l'Organisation internationale du Travail (Convention OIT No 102 concernant la norme minimum de sécurité sociale, la série de conventions et de recommandations OIT qui ont amélioré progressivement ladite norme minimum).

185. Nonobstant ce qui vient d'être rappelé, le Code européen de sécurité sociale, du 16 avril 1964, contient un article 73, dont la teneur est la suivante: "Les Parties Contractantes s'efforceront de régler dans un instrument spécial les questions se rapportant à la sécurité sociale des étrangers et des migrants, notamment en ce qui concerne l'égalité de traitement avec les nationaux et la conservation des droits acquis ou en cours d'acquisition." Cette disposition, non modifiée par le Protocole additionnel, appelle les remarques suivantes:

a) Au moment de l'adoption du Code, un texte important pour *l'harmonisation* européenne des législations nationales de sécurité sociale, le Conseil de l'Europe s'était déjà préoccupé de *coordination* et, par là, d'égalité de traitement entre nationaux et non-nationaux: d'une part, par la mise en vigueur des Accords intérimaires européens de sécurité sociale[539], d'autre part, par l'introduction d'une règle en la matière dans la Charte sociale européenne, plus précisément dans l'article 12 qui occupe une position centrale pour la sécurité sociale[540].
b) A cette même époque, le Conseil de l'Europe était avancé dans *l'élaboration d'un instrument spécifique à la coordination,* soit la Convention européenne de sécurité sociale[541]. En d'autres termes, "l'instrument

538 Alexandre BERENSTEIN, La Suisse et le développement international de la sécurité sociale, cité à la note 13, pp. 187-190; Conseil de l'Europe, Manuel du Conseil de l'Europe, Structure, fonctionnement, réalisations, Pedone, Paris 1970, pp. 226-227; Conseil de l'Europe, Trente années d'activité dans le domaine social, Conseil de l'Europe, Affaires sociales, Strasbourg 1979, pp. 49-52; Message concernant trois conventions de l'Organisation internationale du travail et du Conseil de l'Europe, cité à la note 343, pp. 1374-1379; Charles VILLARS, Le Code européen de sécurité sociale et le Protocole additionnel, Etudes suisses de droit européen, volume 23, Centre d'études juridiques européennes, Genève, Georg, Genève 1979; Charles VILLARS, L'influence des normes de l'OIT sur l'harmonisation de la sécurité sociale au sein du Conseil de l'Europe, Revue internationale du travail 1979, vol. 118, pp. 367 ss; Gérard LYON-CAEN/Antoine LYON-CAEN, Droit social international et européen, cité à la note 13, pp. 145-147; Pierre-Yves GREBER, Droit suisse de la sécurité sociale, avec un aperçu de théorie générale et de droit international, cité à la note 13, pp. 89-92.

539 Cf. ci-dessus le No 183, *in initio*.

540 Cf. ci-dessus le No 183.

541 Cf. ci-dessous la subdivision 6.5.3.

spécial" auquel se réfère l'article 73 du Code était déjà en mains du Comité d'experts en matière de sécurité sociale[542].

c) Le Code européen de sécurité sociale reprend la structure de la Convention OIT No 102 concernant la norme minimum de la sécurité sociale; il est très proche de son contenu, tout en élevant sur certains points l'harmonisation[543]. Or, la Convention OIT No 102, à son article 68, *garantit le principe* général de l'égalité de traitement, alors que le Code ne contient qu'une *disposition à caractère de programme, sans effet contraignant.* Charles Villars explique la position adoptée par le Conseil de l'Europe: "Lors des travaux rédactionnels de ces deux instruments européens[544], on avait estimé que la question de l'égalité de traitement n'avait matériellement pas sa place dans une convention définissant les normes de sécurité sociale[545] et qu'il était préférable de la traiter dans d'autres instruments européens. (...) Au vu de ces circonstances, le Code et le Protocole ne comportent pas d'article proclamant l'égalité de traitement des nationaux et des non-nationaux (...). Rappelons que le projet d'art. 68, qui visait à instituer dans les régimes contributifs de sécurité sociale protégeant les travailleurs salariés une égalité de traitement fondée directement sur la réciprocité, avait un caractère d'application directe et immédiate. L'adoption de cet article aurait abouti à reconnaître aux ressortissants d'un Etat contractant un droit objectif aux prestations de sécurité sociale d'un autre Etat contractant, lorsqu'ils y ont accompli le stage prescrit et que la législation de leur pays d'origine accorde la réciprocité. La reconnaissance de ce droit n'aurait pas été subordonnée à la conclusion d'une convention bilatérale ou multilatérale de sécurité sociale."[546].

d) La voie du principe d'égalité *directement formulé* — à l'intention des Etats ratifiant le Code, voire avec un effet self-executing — a ainsi été *écartée.* Ce choix montre que la distinction, en droit international comme en droit européen de la sécurité sociale, de l'harmonisation et de la coordination, est loin d'être seulement théorique. Le but et les principes diffèrent; dans une entité, le consensus peut très bien être

542 Charles VILLARS, Le Code européen de sécurité sociale et le Protocole additionnel, cité à la note 538, p. 25, *in fine.*

543 Cf. les références indiquées à la note 538.

544 Le Code européen de sécurité sociale et son Protocole additionnel.

545 Ou, plus clairement dit, dans une convention d'harmonisation de la sécurité sociale.

546 Charles VILLARS, Le Code européen de sécurité sociale et le Protocole additionnel, cité à la note 538, pp. 25 et 26. VILLARS se réfère notamment à un document du Conseil de l'Europe: Comité des Ministres, Document CM (62) 189, du 23 octobre 1962.

réuni à l'égard d'une seule de ces orientations. Les deux organisations européennes présentent ici un profil différent: le Conseil de l'Europe a relativement développé tant l'harmonisation que la coordination; la Communauté éprouve une peine certaine à traiter de la première, alors qu'elle a établi le système le plus développé au monde pour la seconde.

e) De manière logique, le Code européen de sécurité sociale révisé, du 5 novembre 1990[547], ne contient pas d'article semblable à l'article 73 du Code de 1964: la coordination est désormais traitée par l'instrument spécial annoncé, c'est-à-dire par la Convention européenne de sécurité sociale.

f) Pour terminer, rappelons que *la Suisse est liée par le Code européen de sécurité sociale de 1964*[548], à l'égard des dispositions communes — dont l'article-programme sur l'égalité, qui vient d'être étudié — de celles relatives aux éventualités accidents du travail et maladies professionnelles, vieillesse, survivants, invalidité et prestations familiales[549]. La Suisse n'éprouve guère de peine à remplir les conditions posées par ledit article, vu son caractère très général, grâce aux conventions de sécurité sociale essentiellement bilatérales auxquelles elle est partie[550].

6.5.3. L'égalité dans la Convention européenne de sécurité sociale

186. La Convention européenne de sécurité sociale et l'Accord complémentaire pour l'application de la Convention européenne de sécurité sociale, adoptés par le Conseil de l'Europe en 1972, sont des instruments de *coordination*[551]. Ils sont ainsi fondés sur les principes classiques de cette orientation du droit international de la sécurité sociale: égalité de traitement entre nationaux et non-nationaux, maintien des droits acquis (exportation des prestations incluse), maintien des droits en cours d'ac-

547 Alexandre BERENSTEIN, La révision du Code européen de sécurité sociale, cité à la note 19.

548 RO 1978 1518.

549 Voir le Message concernant trois conventions de l'Organisation internationale du travail et du Conseil de l'Europe, cité à la note 343.

550 Cf. ci-dessous la subdivision 6.7.

551 Cf. note 23.

quisition, coopération administrative[552]. La Convention européenne se situe ainsi dans la suite des Accords intérimaires de 1953[553]; elle ne les abroge pas, mais elle se substitue à ceux-ci pour les Etats qui ratifient la Convention (art. 76). Son article 8 porte sur l'égalité de traitement, en sept paragraphes. La teneur de l'article 8, § 1 est la suivante: "A moins qu'il n'en soit autrement disposé par la présente Convention, les personnes qui résident sur le territoire d'une Partie contractante et auxquelles la Convention est applicable sont soumises aux obligations et sont admises au bénéfice de la législation de toute Partie Contractante dans les mêmes conditions que les ressortissants de cette dernière Partie." Les paragraphes 2 à 5 concernent les prestations à caractère non contributif, dont le montant est indépendant de la durée de résidence accomplie. La Convention permet, dans ce cadre, aux Parties contractantes de prescrire les durées de résidence, lesquelles varient selon les éventualités (p. ex. maximum six mois immédiatement avant la demande de prestations en ce qui concerne les éventualités maternité et chômage). Le paragraphe 6 dispose que le principe de l'égalité de traitement ne s'applique pas à la participation des personnes protégées à l'administration et aux juridictions de sécurité sociale. Le paragraphe 7 concerne l'admissibilité de modalités particulières relatives à l'assurance volontaire ou facultative continuée, ou aux prestations de régimes transitoires.

187. Il convient de rappeler que la Convention européenne de sécurité sociale, qui institue une coordination multilatérale, présente la caractéristique d'être à la fois une *convention-cadre* et une *convention-modèle*. Au regard du premier point, l'instrument n'est applicable directement que pour certaines de ses dispositions, alors que pour d'autres, il doit être concrétisé par le moyen d'accords bi- ou multilatéraux conclus entre les

552 Conseil de l'Europe, Rapports explicatifs sur la Convention européenne de sécurité sociale et sur l'Accord complémentaire pour l'application de la Convention européenne de sécurité sociale, Conseil de l'Europe, Strasbourg 1973; Conseil de l'Europe, Trente années d'activité dans le domaine social, cité à la note 538, pp. 52-56; Guy PERRIN, Un nouvel instrument multilatéral pour la protection des travailleurs, migrants, La Convention européenne de sécurité sociale, Revue belge de sécurité sociale 1973, No 1, pp. 1 ss; Guy PERRIN, La Convention européenne dans le contexte des instruments internationaux de coordination des législations de sécurité sociale, cité à la note 23, pp. 316 ss; Charles VILLARS, La Convention européenne de sécurité sociale et la Suisse, Etudes suisses de droit européen, volume 17, Centre d'études juridiques européennes, Genève, Georg, Genève 1975. Pierre-Yves GREBER, Droit suisse de la sécurité sociale, Avec un aperçu de théorie générale et de droit international, cité à la note 13, pp. 104-108.

553 Cf. ci-dessus le No 183.

Parties contractantes. Le second point découle du premier: la Convention prévoit des modèles, non contraignants, pour les secteurs qui doivent faire l'objet d'accords. Ce mode de procéder présente l'avantage de permettre une coordination de systèmes très différents, puisqu'il laisse place à des aménagements techniques dessinés sur mesure. L'inconvénient réside dans une complexité accrue, puisqu'elle cumule celle inhérente à la coordination tant multilatérale que bilatérale. L'instrument du Conseil de l'Europe a été conçu à la fois de manière plus souple que les règlements communautaires, mais de façon à être compatible avec ceux-ci: il tient également compte de la Convention OIT No 118 concernant l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale. Cette sorte d'harmonisation des textes de coordination a été facilitée par la collaboration technique du Bureau international du Travail (BIT), lors des travaux préparatoires[554].

188. Le principe de l'égalité de traitement, tel qu'il est énoncé à l'article 8 § 1 de la Convention représente un élément fondamental de l'instrument. Celui-ci, dans la suite des Accords intérimaires, a comme premier objectif l'égalité de traitement entre les ressortissants de toutes les Parties contractantes, au regard des neuf éventualités classiques de la sécurité sociale[555]. En d'autres termes, il s'agit d'une *égalité instituée par une convention multilatérale* de coordination, de conception *globale* (et non branche par branche), soumise à une condition de *réciprocité*[556]. Sous réserve de certaines limitations relatives aux prestations non contributives dont le montant est indépendant de la durée de résidence accomplie (art. 8, § § 2 à 5), le principe d'égalité est d'application immédiate, c'est-à-dire de par la convention elle-même[557]. Il exige enfin la résidence sur le territoire d'un Etat ayant ratifié la Convention. Charles Villars conclut que "les ressortissants d'un Etat contractant, les réfugiés et les apatrides, ainsi que les membres de leur famille ou leurs survivants, qui résident sur le territoire de l'un quelconque des Etats contractants doivent jouir d'une égalité de traitement complète à l'égard de la législation de sécurité sociale de toute partie contractante, qui leur est applicable, que ce soit au titre d'assurés, de coassurés ou de survivants. Si la Convention interdit

554 Conseil de l'Europe, Rapports explicatifs sur la Convention européenne de sécurité sociale et sur l'Accord complémentaire, cité à la note 552, p. 6; Charles VILLARS, La Convention européenne de sécurité sociale et la Suisse, cité à la note 552, pp. 3-4.

555 Cf. ci-dessus le No 134.

556 Cf. ci-dessus le No 111.

557 Cf. ci-dessus le No 187.

d'imposer à ces personnes des conditions, notamment des stages ou des clauses de résidence, plus sévères que celles exigées des nationaux, l'égalité de traitement ne doit cependant pas privilégier les ressortissants des autres Etats contractants par rapport aux nationaux. Cette interprétation a été clairement confirmée, au cours des travaux du Comité d'experts (...)"[558;559].

189. La Suisse a participé au processus d'élaboration de la Convention européenne de sécurité sociale (1972), mais elle ne l'a pas ratifiée. Le Conseil fédéral a relevé les éléments suivants: "Les Etats contractants sont tenus d'assumer les engagements de la Convention pour l'ensemble des branches de la sécurité sociale. Aucun secteur des assurances sociales ne peut être exclu du champ d'application matériel du traité. En matière d'assurance-maladie, la Suisse ne peut pas satisfaire à l'exigence de servir des prestations hors du territoire national. En ce qui concerne l'assurance-chômage, la Suisse ne peut adhérer ni au principe de la totalisation des périodes d'assurance ni à celui des prestations hors de son territoire national. Dans l'état actuel de la législation suisse relative aux assurances sociales, la Suisse n'est pas en mesure de ratifier ces deux[560] instruments."[561]. Cette position a été régulièrement confirmée. Elle *montre clairement l'attitude générale de la Suisse à l'égard de la coordination:* absence d'obligations consenties dans un cadre multilatéral[562], absence de volonté d'adapter, même progressivement, la législation interne pour se conformer au droit international. Charles Villars a critiqué, diplomatiquement et avec pertinence, cette position: en adhérant au Conseil de l'Europe, la Suisse assume une obligation générale et morale d'appliquer les résolutions et recommandations de l'Europe de Strasbourg, de ratifier les conventions de l'Organisation ou de s'efforcer de le faire dans un délai raisonnable[563]; "La Suisse est moralement obligée,

558 Charles VILLARS, La Convention européenne de sécurité sociale et la Suisse, cité à la note 552, pp. 36-37.

559 L'auteur cité dans la note précédente examine ensuite les restrictions qui peuvent être apportées au principe de l'égalité. Cf. ci-dessus le No 188.

560 La Convention européenne de sécurité sociale et l'Accord complémentaire.

561 Rapport sur la Suisse et les conventions du Conseil de l'Europe, du 16 novembre 1977, FF 1977 III 899, p. 935.

562 Avec les exceptions, limitées, relatives aux relations Suisse-Allemagne-Autriche-Lichtenstein (où un accord quadripartite vient coiffer les conventions bilatérales) et aux bateliers rhénans.

563 Charles VILLARS, La Convention européenne de sécurité sociale et la Suisse, cité à la note 552, p. 229.

dans ses rapports avec les pays membres du Conseil de l'Europe, de renoncer aux anciennes notions d'équivalence des prestations et de réciprocité étroite."[564] Cet auteur relève que la Suisse doit, autant que possible, s'engager dans le processus de ratification, en entreprenant préalablement ce qui est nécessaire pour lever les obstacles existants. Il souligne l'approche souple qui peut être utilisée dans de telles perspectives: maintien dans un premier temps des conventions bilatérales conclues par la Suisse[565], la Convention s'appliquant pleinement aux relations avec les Etats qui ne sont pas parties à de tels accords; substitution progressive de la Convention européenne aux conventions bilatérales ou au moins à certaines de leurs dispositions. Villars pense même que la ratification devrait aboutir à certaines simplifications administratives[566]. Que penser des observations de ce grand spécialiste du droit européen et de la compatibilité de ce dernier avec notre droit interne, au moment de la ratification de l'Accord sur l'Espace économique européen (EEE) et du dépôt d'une demande d'adhésion à la Communauté européenne? Ce point sera évoqué dans la dernière subdivision consacrée à l'égalité de traitement[567].

6.6. Le droit interne de la sécurité sociale et l'article 4, alinéa 1, Cst.

6.6.1. Remarques liminaires

190. Poursuivons notre analyse de l'égalité de traitement entre nationaux et non-nationaux en revenant au *droit suisse,* après les développements qui ont été successivement consacrés à l'égalité au regard du Traité CEE, de l'article 3 du Règlement (CEE) No 1408/71, avec prise en considération de l'Accord sur l'Espace économique européen, de l'article 12, § 4, de la Charte sociale européenne, de l'article 73 du Code européen de sécurité sociale et de l'article 8 de la Convention européenne de sécurité sociale[568].

---

564 Idem, p. 229, *in fine.*

565 Cf. ci-dessous la subdivision 6.7.

566 Charles VILLARS, La Convention européenne de sécurité sociale et la Suisse, cité à la note 552, pp. 230-231.

567 Cf. ci-dessous la subdivision 6.9.

568 Les trois derniers instruments émanent du Conseil de l'Europe.

191. D'une *manière générale,* le droit suisse de la sécurité sociale *ne distingue pas les ressortissants suisses et les non-nationaux.* Nous avons vu, dans une première approche[569], qu'une telle orientation aurait été incompatible avec l'article 4, alinéa 1, Cst. Il est vrai, avec peu d'incidences pratiques, vu l'article 113 alinéa 3 Cst.: de nos jours, l'essentiel de la sécurité sociale est régi par du droit fédéral[570]. La situation aurait été cependant fort inconfortable. *Les règles spécifiques aux non-Suisses* — les règles discriminatoires — représentent donc des *exceptions.* Leur existence et leur importance varient selon les régimes de sécurité sociale; en l'absence d'un code fédéral en la matière, la législation présente en effet une grande diversité[571]. Il en va de même des *discriminations indirectes,* c'est-à-dire des règles qui ne font pas de distinction, formellement, selon la nationalité, mais qui sont généralement plus difficiles à observer par les non-nationaux (dans la mesure où ceux-ci arrivent dans

569 Cf. ci-dessus les Nos 131-132.

570 Blaise KNAPP, L'article 113 alinéa 3 Cst., l'interprétation des lois fédérales et le Tribunal fédéral, In: Les règles d'interprétation, Collection Enseignements du 3e cycle de droit, volume 9, Editions Universitaires de Fribourg, Fribourg 1989, pp. 197 ss.

571 Philippe BOIS, Spécificités de la politique sociale en Suisse, in: Droit et politique sociale, Travaux réunis par P. de LAUBIER et J.-P. FRAGNIÈRE, Delta, Vevey 1980, pp. 29 ss; Fédération des Sociétés de secours mutuels de la Suisse romande, Rapport de la Commission pour une meilleure coordination des assurances sociales, Lausanne, mars 1981; Max FRAUENFELDER, Zur Koordination der Sozialversicherung, in: Festschrift Bundesrat H.P. Tschudi, Bubenberg Verlag, Berne 1973; Arnold GYSIN, Mannigfaltigkeit und Koordination in der schweizerischen Sozialversicherung, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung 1958, pp. 1 ss; Walther HUG, Die Merkmale der Sozialversicherung nach schweizerischem Recht, in: Ausgewählte Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Festschrift zum 80. Geburtstag des Verfassers, Berne 1978, Band I, pp. 129 ss; Alfred MAURER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, cité à la note 16, Band I, pp. 126 ss., 380 ss; Edwin SCHWEINGRUBER, Sozialgesetzgebung der Schweiz, Ein Grundriss, 2e éd., Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich 1977; Hans Peter TSCHUDI, Die Entwicklung der schweizerischen Sozialversicherung seit dem Zweiten Weltkrieg, Revue suisse d'économie politique et de statistiques 1976, No 3, pp. 311 ss; Pierre-Yves GREBER, Droit suisse de la sécurité sociale, Avec un aperçu de théorie générale et de droit international, cité à la note 13, pp. 121 ss.

le pays en cours de carrière et sont susceptibles soit de migrer, soit de retourner dans leur pays d'origine[572]. Il n'est guère concevable, dans le cadre du présent rapport, d'analyser systématiquement les restrictions à l'égalité, directes et indirectes, qui frappent les ressortissants non suisses au sein de notre système de sécurité sociale. Les analyses de Jean Meyer, de Charles Villars et de Bernard Viret[573] fournissent d'ailleurs à ce sujet quantité d'éléments fort utiles auxquels il convient de se référer. Nous nous *limiterons ainsi à traiter ici quelques-unes de ces restrictions,* dans le cadre du régime de l'assurance-maladie; des cas pratiques résumés de jurisprudence prolongeront ces lignes.[574]

6.6.2. Egalité et régime d'assurance-maladie[575]

192. Commençons par l'article 5, alinéa 1, LAMA[576]; il dispose que: "Tout citoyen suisse a le droit de s'affilier à une caisse dont il remplit les conditions statutaires d'admission." Cette disposition semble représenter un cas patent de discrimination directe, particulièrement grave dans la mesure où *l'affiliation* au régime étant barrée, le non-national ne pourrait prétendre à aucune prestation dans un domaine particulièrement important. Fort heureusement, cette règle n'est pas appliquée. Bernard Viret mentionne que: "L'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) est toutefois d'avis que cette disposition (N.B.: l'article 5, alinéa 1 LAMA) est également applicable aux étrangers par analogie; aussi considère-t-il qu'une caisse-maladie ne peut pas refuser l'admission d'un étranger qui satisfait aux conditions statutaires d'admission (RJAM 1970, p. 71). Cet avis se fonde sur une pratique constante des caisses, et il ne semble pas

572 Jean MEYER, Le statut des travailleurs immigrés dans la sécurité sociale suisse, Nouvelle littérature juridique, Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1990; Charles VILLARS, La Convention européenne de sécurité sociale et la Suisse, cité à la note 552; Bernard VIRET, L'assujettissement et le droit aux prestations des étrangers dans quelques assurances sociales suisses, in: Les étrangers en Suisse, Recueil des travaux publié par la Faculté de droit à l'occasion de l'assemblée de la Société des juristes à Lausanne, du 1er au 3 octobre 1982, Université de Lausanne, Lausanne 1982, pp. 97-111.

573 Cf. la note précédente.

574 Cf. ci-dessous la subdivision 6.8.

575 Jean MEYER, le statut des travailleurs immigrés dans la sécurité sociale suisse, cité à la note 572, pp. 113 ss; Charles VILLARS, La Convention européenne de sécurité sociale et la Suisse, cité à la note 552, pp. 50 ss, 66, 102 ss; Bernard VIRET, L'assujettissement et le droit aux prestations des étrangers dans quelques assurances sociales suisses, cité à la note 572, pp. 100 ss.

576 Loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMA), du 13 juin 1911, RS 832.10.

que des difficultés soient apparues en raison d'une éventuelle pratique contraire (...)"[577]. L'article 5, alinéa 1, LAMA ainsi interprété ne permet pas le refus d'admission d'un non-Suisse. Une clause statutaire d'une caisse-maladie, qui irait en sens contraire, ne serait conforme ni à l'article 5, alinéa 1, LAMA, ni à l'article 4, alinéa 1, Cst., selon la lecture qui en est actuellement faite[578]; elle serait en conséquence refusée par l'Office fédéral des assurances sociales (article 4 LAMA, 3 de l'Ordonnance V sur l'assurance-maladie). Le problème est, en fait, théorique: pour une bonne gestion et répartition des risques, les caisses-maladie ont avantage à compter un grand nombre de membres; leurs efforts consistent ainsi plutôt à attirer de nouveaux affiliés qu'à chercher de tels critères de refus.

193. Trois autres particularités de l'affiliation à ce régime, nonobstant les risques d'erreurs qu'elles peuvent entraîner, ne sauraient être considérées comme des discriminations même indirectes. Il s'agit tout d'abord du champ d'application personnel encore *facultatif* sur le plan fédéral; à l'étranger, l'obligation constitue la règle, en tout cas pour les salariés. Ensuite, l'affiliation ne peut pas s'effectuer auprès d'une institution compétente pour tout le régime — au moins pour la protection légale — mais le candidat *doit s'adresser à l'une des quelque trois cents caisses-maladie,* aux champs d'activités variables (caisses ouvertes nationales, régionales; caisses d'associations professionnelles, d'entreprises, etc.). Enfin, l'affiliation est *individuelle:* chaque membre de la famille assurable (domicilié ou travaillant en Suisse) doit s'assurer; la protection acquise par le soutien de famille ne s'étend pas au conjoint sans activité lucrative et aux enfants (même mineurs et à charge). Jean Meyer note à ce propos que: "Chaque membre de la famille doit s'assurer séparément pour bénéficier d'une protection contre la maladie. Ce principe a pour conséquence que la caisse-maladie n'a pas de prestations à verser à la famille d'un travailleur étranger, lorsqu'elle est domiciliée hors de Suisse. Par ailleurs, elle n'a pas la possibilité d'adhérer à une caisse si elle n'a ni domicile, ni activité lucrative en Suisse (E. Avenati/A. Ghélew/A. Meuli: Domicile et nationalité dans les différentes branches des assurances sociales suisses, in SZS 1981, p. 241)"[579]. En d'autres termes, le droit

577 Bernard VIRET, L'assujettissement et le droit aux prestations des étrangers dans quelques assurances sociales suisses, cité à la note 572, p. 102.

578 Cf. ci-dessus les Nos 115 ss, 121 ss.

579 Jean MEYER, Le statut des travailleurs immigrés dans la sécurité sociale suisse, cité à la note 572, pp. 114 et 119 (note 5).

suisse est avant tout fondé sur le critère du domicile, alors que la règle générale, en droit international de la sécurité sociale, est le rattachement au lieu de travail.

194. Que penser, au regard de l'article 4, alinéa 1, Cst. des *législations cantonales qui prévoient l'assujettissement obligatoire à l'assurance-maladie des travailleurs non suisses* (au bénéfice d'un permis B, de frontaliers ou de saisonniers)? Le critère retenu est justement celui de la nationalité et il y a, dans une telle hypothèse, inégalité de traitement avec les travailleurs helvétiques. En revanche, la règle cantonale n'a pas de caractère discriminatoire; elle est au contraire établie en faveur des personnes concernées: habituées à être protégées de manière obligatoire contre le risque de la maladie, elles le resteront en Suisse. D'autre part, l'assurance-maladie obligatoire exclut en principe les réserves d'assurance (article 5, alinéa 3, LAMA); les intéressés, en cas de faute particulièrement grave, seront susceptibles d'être exclus de leur caisse-maladie, mais ils seront alors affiliés à une autre caisse (p. ex. cantonale). Enfin, une telle réglementation protège de la négligence: il y a protection effective dès l'entrée dans la caisse-maladie choisie ou, en cas de défaut et après avertissement, dès l'affiliation d'office. Une telle inégalité, établie en faveur des travailleurs étrangers et qui les met dans une situation plus proche de celle qui valait dans leur pays d'origine apparaît ainsi tout à fait compatible avec l'article 4, alinéa 1, Cst.

195. Le dernier élément à mentionner au regard de ce régime concerne une limitation à l'octroi des prestations, souvent appelée principe de la territorialité. Il s'agit des hypothèses dans lesquelles un *traitement est administré* (choix) *ou doit être administré* (urgence, nécessité) *hors de Suisse*. La loi fédérale sur l'assurance-maladie ne traite pas cette question; celle-ci est résolue tant par la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances (TFA) que par les règles des caisses-maladie. Compte tenu de l'absence de disposition légale, le TFA a jugé que les caisses-maladie n'ont pas à verser de prestations pour des traitements effectués hors de Suisse, sauf bien sûr si leurs dispositions statutaires contiennent des règles contraires (ATF 98 V 155). Bernard Viret rappelle le raisonnement du TFA en cette matière: "(...) si les assurés soignés à l'étranger pouvaient prétendre de manière tout à fait générale aux prestations minimales prescrites par le droit fédéral, le législateur eût prévu, de manière tout à fait générale aussi, les subsides fédéraux correspondants, ce qui n'est toutefois pas le cas. D'autre part, le fait que le traitement médical doit être administré par un médecin porteur du diplôme fédéral et que, en cas

d'hospitalisation, la loi confère à l'assuré le choix parmi les établissements hospitaliers suisses, montre clairement la volonté du législateur de limiter à la Suisse le cadre territorial relatif à l'obligation de verser des prestations (RJAM 1975, No 214, p. 57). A quoi l'on peut ajouter que, sur le plan de l'équité, des dispositions statutaires restrictives se justifient, si l'on considère que la caisse-maladie n'a pratiquement plus aucun contrôle sur l'assuré soigné à l'étranger (RJAM 1972, No 131, p. 117)."[580] La motivation repose ainsi sur le système de financement prévu par la loi, la problématique purement interne envisagée par celle-ci (fournisseur de soins en Suisse) et le contrôle suisse. Il est difficilement contestable que le législateur, tant en 1911 qu'en 1964[581], n'avait aucune intention d'imposer aux caisses-maladie l'exportation des prestations, même en cas d'urgence. L'on peut se demander si la situation de fait n'a pas fondamentalement changé depuis, en raison des franchissements fréquents de frontière, ne serait-ce qu'à l'occasion d'une journée de loisirs. Il n'est cependant guère aisé de constater une véritable lacune de la loi, compte tenu de ces éléments et du fait que la LAMA ne représente que des normes minima, au-delà desquelles les caisses bénéficient d'une très grande autonomie. Pourrait-on constater, selon l'approche de la Cour de justice des Communautés européennes, une discrimination indirecte dans cette règle de la territorialité?[582] Un non-national — même établi en Suisse — est susceptible, probablement, de quitter plus fréquemment le territoire suisse pour aller dans son pays d'origine (p. ex. pour rendre visite à certains membres de la famille) qu'un ressortissant helvétique. Si cette hypothèse se vérifie, le risque de tomber malade hors de Suisse en est d'autant augmenté et, par là, celui de devoir supporter soi-même la facture d'un médecin, d'un hôpital, etc. En d'autres termes, l'absence de norme légale sur l'exportation est susceptible de gêner tous les assurés, mais probablement davantage les non-Suisses. Fort heureusement, la pratique des caisses-maladie rend cette question avant tout académique: en effet, les caisses prévoient généralement, dans leurs règlements, la prise en charge des cas de maladie à l'étranger en cas d'urgence et proposent des assurances complémentaires. La problématique peut cependant ressurgir quant aux modalités de

580 Bernard VIRET, L'assujettissement et le droit aux prestations des étrangers dans quelques assurances sociales suisses, cité à la note 572, p. 104.

581 La loi fédérale sur l'assurance-maladie a été adoptée le 13 juin 1911. Elle a fait l'objet d'une révision partielle, substantielle, le 13 mars 1964.

582 Cf. ci-dessus les Nos 146, 165 ss.

remboursement de ces cas: sont-elles adaptées aux coûts effectifs à l'étranger ou sont-elles calquées sur la situation en Suisse[583]?

196. La jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances applique le principe de l'égalité, dans l'assurance-maladie, comme un élément de la mutualité (article 3, alinéa 3, LAMA) (ATF 105 V 281)[584]. Le TFA a ainsi jugé que l'égalité exige de traiter *les travailleurs frontaliers* comme les autres assurés, aussi longtemps qu'ils demeurent dans la zone frontière voisine et que la caisse-maladie peut exercer un contrôle médical et administratif sur eux; peu importe alors l'absence de domicile en Suisse. Si la caisse n'a pas considéré, au moment de l'affiliation, que ledit domicile représentait un obstacle à l'acquisition de la qualité d'assuré, elle ne peut pas le faire lors de l'octroi des prestations. Dans une telle situation, *le principe d'égalité demande qu'il y ait exportation des prestations:* la caisse devra alors prendre en charge les traitements médico-pharmaceutiques octroyés à l'étranger. Cette jurisprudence est aussi applicable aux *travailleurs saisonniers* (ATF 105 V 280; RAMA 1987 266, RJAM 1977 134)[585]. Si les arrêts susmentionnés, appliquant le principe de l'égalité dans deux situations professionnelles spécifiques — celles de frontalier et de saisonnier — ne sont pas fondés sur un critère de nationalité, il va sans dire qu'ils toucheront essentiellement des ressortissants non suisses. Le TFA corrige, ainsi partiellement, la règle de la territorialité[586], qui

583 Dans cette dernière hypothèse, la caisse-maladie supporte les frais à l'étranger, mais au maximum jusqu'à concurrence de ce que le traitement aurait coûté en situation "normale". Or, la facturation peut varier grandement selon que l'assuré bénéficie ou non d'une protection tarifaire (cf. en particulier le séjour hospitalier!) Cf. la note 588.

584 Cf. ci-dessus le No 35.

585 Bernard VIRET, L'assujettissement et le droit aux prestations des étrangers dans quelques assurances sociales suisses, cité à la note 572, p. 104; Jean MEYER, Le statut des travailleurs immigrés dans la sécurité sociale suisse, cité à la note 572, p. 115.

586 Cf. ci-dessus le No 195, *in initio*.

frappe probablement davantage les non-nationaux que les Suisses[587;588]. Les autorités helvétiques se sont rendu compte que la règle de la territorialité posait de sérieux problèmes d'absence de protection et qu'elle n'était plus adaptée aux conditions de travail et de vie d'aujourd'hui. Elles l'ont récemment abandonnée lors de la conclusion de la Deuxième Convention complémentaire de sécurité sociale entre la Suisse et l'Allemagne, du 2 mars 1989: la territorialité a fait place, dans ce cadre, à l'assimilation des territoires[589]. Si l'Accord sur l'Espace économique européen (EEE) est ratifié par la Suisse, celle-ci sera obligée à certaines conditions, d'exporter ses prestations et de procéder à des avances au bénéfice des institutions de sécurité sociale des autres Etats parties à l'EEE.

6.6.3. Autres régimes

197. La place et le temps manquent pour procéder à une analyse semblable au regard *des autres régimes de sécurité sociale.* Il suffira de dire ici que les problèmes de discriminations, directes ou indirectes, se posent avant tout dans *le régime de base de pensions AVS/AI* — l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité — et dans le régime de l'assurance-chômage. Dans le premier, les discriminations directes portent sur le non-accès à l'assurance facultative, considérée cependant comme compatible avec l'article 4, alinéa 1 Cst., en raison de l'universalité de la

587 Cf. ci-dessus le No 195.

588 Jean MEYER ajoute que: "Cependant, dans la pratique, il y a un certain nombre de problèmes pour les frontaliers assurés par des caisses suisses. La situation juridique actuelle de celles-ci leur permet de se décharger de leurs responsabilités contractuelles en cas de sinistres graves et de longue durée. Il y a de nombreux cas de frontaliers qui n'ont plus droit aux prestations d'une assurance collective suisse parce que, malades et trop souvent absents, ils ont pu être licenciés de leur entreprise, ou bien, leur carte de travail n'ayant pas été renouvelée, ils n'ont plus le droit de travailler en Suisse. N'étant pas aptes en France à occuper un emploi, ils ne peuvent donc pas se faire inscrire comme demandeurs d'emploi et donc bénéficier du régime obligatoire de la sécurité sociale à titre gratuit. (...) Les caisses suisses pratiquent le prix de "la journée en hôpital ou clinique tout compris", alors qu'en France le prix de la chambre varie entre FF 200. et FF 500. par jour suivant le service concerné, sans compter le coût éventuel d'une opération, les honoraires des chirurgiens, anesthésistes, réanimateurs et les frais de salles de chirurgie. Les caisses suisses, qui n'ont aucune idée des coûts pratiqués en France, ne prennent pas le découvert qui est à la charge du patient." Jean MEYER, Le statut des travailleurs immigrés dans la sécurité sociale suisse, cité à la note 572, p. 115. Cf. la note 583.

589 Cf. articles 10 a à 10 g de la Convention Suisse-Allemagne, telle que modifiée, et le Message concernant la Deuxième Convention complémentaire de sécurité sociale avec la République fédérale d'Allemagne, cité à la note 154.

protection obligatoire[590]; l'exigence d'une longue durée de cotisation et d'un domicile en Suisse pour l'ouverture du droit aux rentes ordinaires AVS/AI et aux mesures de réadaptation AI — la durée exigée apparaît incompatible avec l'égalité de traitement reconnue sur la base de l'article 4, alinéa 1, Cst., en ce qui concerne les éventualités à caractère de risque, soit le décès et l'invalidité, lesquels peuvent survenir de manière imprévisible et à tout âge (sans conséquences concrètes vu l'art 113, alinéa 3, Cst.). La condition d'assurance prescrite de manière particulière dans l'assurance-invalidité — qui intervient pratiquement toujours postérieurement au déclenchement de la maladie ou à la survenance de l'accident —, et qui est exigée pour chaque type de prestation[591], pourrait constituer un cas de discrimination indirecte. Elle risque, en effet, de ne pas être remplie en cas de départ de la Suisse, hypothèse qui est plus probable pour un non-Suisse, (retour dans le pays d'origine)[592]. *De lege lata*, l'art. 113, alinéa 3, Cst., ne permettrait pas au Tribunal fédéral des assurances de s'en écarter. Il y a non-respect de l'égalité dans le cas de la durée très longue — quinze ans de séjour en Suisse, sans interruption, immédiatement avant la date de la demande de prestation — exigée pour l'ouverture du droit aux prestations complémentaires à l'AVS/AI. Deux problèmes sont ici tout à fait sérieux: l'exigence de la même durée pour la retraite et pour les branches risques — décès et invalidité (cf. ci-dessus); le rôle de comblement dévolu à ces prestations pour une fonction essentielle, la garantie des besoins vitaux, non encore remplie par le régime AVS/AI (cf. articles 34 quater, alinéa 2, Cst. et 11 dispositions transitoires Cst.), qui sera sans effet pour beaucoup d'étrangers. A signaler aussi que le droit interne réserve le service des rentes extraordinaires aux seuls ressortissants suisses; or, il s'agit également d'une prestation de comblement destinée à la couverture des besoins vitaux.

---

590 Cf. ci-dessus le No 133.

591 Hanspeter KURATLE, Assurance-invalidité, La réadaptation, Fiche juridique suisse No 1292, Genève 1982; Alfred MAURER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, cité à la note 16, Band II, pp. 190, 196-197; Michel VALTERIO, Droit et pratique de l'assurance-invalidité, Les prestations, Réalités sociales, Lausanne 1985; Gabriele VETSCH-LIPPERT, Die Bemessung der Invalidität nach dem Bundesgesetz über die Invalidenversicherung, thèse de Zurich, Schulthess, Zurich 1968; Pierre-Yves GREBER, La survenance de l'invalidité et la condition d'assurance, Cahiers genevois de sécurité sociale, No 2-1987, pp. 21-33 et No 3/4-1988, pp. 27-60.

592 Cette conception de la condition d'assurance permet, dans certains cas, à l'assurance-invalidité suisse de se décharger de dossiers dans lesquels l'accident ou la maladie menant à l'invalidité sont survenus en Suisse et ont été constatés dans ce pays.

198. La situation en matière d'*assurance-chômage* est résumée par Jean Meyer: "Les travailleurs étrangers sont en principe égaux aux Suisses. Ils sont soumis aux mêmes obligations de cotiser et bénéficient des mêmes droits aux prestations. Toutefois, au niveau de l'aménagement de la réglementation, l'exportation des prestations et la prise en compte des périodes d'assurance ou de cotisations à l'étranger (totalisation) ont été exclues par le législateur fédéral. Selon lui, dans la perspective d'une assurance-chômage, on ne saurait admettre aucun de ces deux points à cause des dangers d'abus qu'ils seraient censés provoquer. En effet, l'exportation des prestations signifierait le versement des prestations à des assurés résidant à l'étranger et pour lesquels tout contrôle de l'aptitude au placement et des autres conditions dont dépend le droit à l'indemnisation serait exclu. Il ne serait même pas possible, dans tous les cas ou presque, de contrôler s'ils sont vraiment au chômage. Il en irait de même en ce qui concerne la totalisation, puisqu'il serait impossible de contrôler les périodes d'assurance ou de cotisations à l'étranger dont ils se prévaudraient."[593] Ces limitations sont des restrictions portées aux principes du maintien des droits acquis (non-exportation) et du maintien des droits en cours d'acquisition (exclusion de la totalisation) et le refus de la coopération administrative[594]. Mais, au regard du principe de l'égalité de traitement entre nationaux et non-nationaux, elles peuvent certainement être considérées comme des discriminations indirectes, car elles frapperont davantage les étrangers que les Suisses. A nouveau, l'art 113, alinéa 3, Cst. enlève tout effet pratique à cette remarque.

6.7. L'apport des conventions liant la Suisse[595]

199. Nous venons de voir brièvement quelques inégalités de traitement entre Suisses et non-Suisses contenues dans le *droit interne*. Les autorités helvétiques ont opté de manière nettement prépondérante pour la conclu-

593 Jean MEYER, Le statut des travailleurs immigrés dans la sécurité sociale suisse, cité à la note 572, p. 102.

594 Cf. note 23.

595 Alexandre BERENSTEIN, La Suisse et le développement international de la sécurité sociale, cité à la note 13; Jean MEYER, Le statut des travailleurs immigrés dans la sécurité sociale suisse, cité à la note 572; Charles VILLARS, La Convention européenne de sécurité sociale et la Suisse, cité à la note 552; Bernard VIRET, L'assujettissement et le droit aux prestations des étrangers dans quelques assurances sociales suisses, cité à la note 572; Pierre-Yves GREBER, Les conventions bilatérales de sécurité sociale conclues par la Suisse, Cahiers genevois de sécurité sociale No 1-1986, pp. 5-24.

sion de *conventions bilatérales;* elles ont considéré que cette voie permettait plus facilement de trouver des solutions concrètes de coordination, qu'elles pouvaient être adaptées plus rapidement que les instruments multilatéraux, qu'il est plus difficile d'avoir une vue d'ensemble de ces derniers lesquels tiennent moins compte des particularités nationales[596]. La primauté de ces conventions internationales sur le droit suisse est admise tant par la jurisprudence constante du TFA (p. ex. ATFA dans la cause A.L., du 9 avril 1984, RCC 1984 p. 581) que par la doctrine[597]. La Suisse est liée par des conventions bilatérales — ainsi que par leurs révisions, sous forme de conventions complémentaires ou d'avenants — avec une vingtaine d'Etats situés essentiellement en Europe occidentale[598].

200. *Le premier objectif* de ces conventions bilatérales consiste à réaliser *l'égalité de traitement* entre les ressortissants des deux Etats contractants[599]. Ce principe est énoncé dans les premières dispositions de l'accord. Citons, à titre d'exemple, l'article 3 de la Convention de sécurité sociale entre la Suisse et la France:

"1 Sous les réserves et modalités prévues par la présente Convention et son Protocole final, les ressortissants de l'un des Etats contractants sont soumis aux obligations de la législation de l'autre Etat et admis au

596 Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur la 46e session de la Conférence internationale du travail, du 1er mars 1963, FF 1963 I 516 (pp. 521 ss); Arnold SAXER, Die Soziale Sicherheit in der Schweiz, 4e édition, Paul Haupt, Berne / SKV, Zurich 1977, p. 249.

597 Felix BENDEL, Die Rechtsstellung des ausländischen Grenzgängers in der schweizerischen Alters- und Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung 1980, pp. 1 ss; Alexandre BERENSTEIN, La Suisse et le développement international de la sécurité sociale, cité à la note 13, pp. 180-181; Alfred MAURER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, cité à la note 16, Band I, p. 146. Doctrine à laquelle les auteurs du présent rapport se rallient.

598 A ce jour, la Suisse n'a notamment conclu aucune convention avec des pays de l'Afrique ou de l'Amérique latine. La raison invoquée réside dans le nombre très restreint de personnes qui en bénéficieraient. Elle n'est pas liée par les conventions de coordination en matière de sécurité sociale élaborées dans le cadre de l'Organisation internationale du Travail. La situation n'est pas satisfaisante: la solidarité avec les plus démunis devrait engager à un peu plus de dynamisme, dont il ne faut pas non plus négliger l'aspect symbolique.

599 Christoforo MOTTA, Die Schweiz und die internationale Zusammenarbeit auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung 1977, pp. 239 et 246; Arnold SAXER, Die Soziale Sicherheit in der Schweiz, cité à la note 596, pp. 259 ss.

bénéfice de cette législation dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet Etat.

2. Sous les mêmes réserves et modalités, ne sont pas opposables aux ressortissants de l'un des Etats les dispositions contenues dans les législations de l'autre Etat qui restreignent les droits des étrangers, imposent des délais de résidence ou opposent à ceux-ci des déchéances en raison de leur lieu de résidence.
3. Les dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte aux dispositions de la législation de chacun des Etats contractants concernant la participation des assurés et de leurs employeurs à la gestion des organismes et au fonctionnement des juridictions de sécurité sociale."

201. L'objectif annoncé est donc l'égalité de traitement, mais le principe ne vaut que dans le cadre, relativement limité, de la convention, que dans son champ d'application personnel, restreint, et sous réserve des dérogations autorisées par la convention. *C'est une "conception contractuelle" de l'égalité, moins avancée que la conception de principe retenue par le droit européen.* Quelques observations peuvent être formulées à ce sujet:

a) La Suisse *choisit ses partenaires:* elle n'a aucune obligation générale d'instituer l'égalité telle qu'elle incombe aux Etats de la Communauté à l'égard des autres Membres, avec une extension lors de chaque entrée d'un nouveau pays dans la Communauté européenne.
b) *Elle s'est pratiquement tenue à l'écart de toute la coordination multilatérale* des systèmes de sécurité sociale, telle qu'elle s'est considérablement développée dans la seconde moitié de ce siècle, sur le plan mondial comme européen. Si la Suisse a ratifié la Convention OIT No 19 concernant l'égalité de traitement des travailleurs étrangers et nationaux en matière de réparation des accidents du travail (1925) et si elle est partie à l'Accord concernant la sécurité sociale des bateliers rhénans du 30 novembre 1979[600], *elle n'a pas ratifié* les instruments suivants: la Convention OIT No 48 concernant l'établissement d'un régime international de conservation des droits à l'assurance-invalidité, vieillesse et décès (1935), la Convention OIT No 118 concernant l'égalité de traitement des nationaux et des non-nationaux en matière de sécurité sociale (1962), la Convention OIT No 157 concernant l'établissement d'un système international de conservation des droits en matière de sécurité sociale (1982); dans le cadre du Conseil de

600 C'est le 3e Accord concernant cette catégorie professionnelle, qui succède aux Accords de 1950 et de 1961. Voir FF 1988 I 419.

l'Europe, la Suisse *n'a pas ratifié:* l'Accord intérimaire européen concernant les régimes de sécurité sociale relatifs à la vieillesse, à l'invalidité et aux survivants (1953), l'Accord intérimaire européen concernant la sécurité sociale à l'exclusion des régimes relatifs à la vieillesse, à l'invalidité et aux survivants (1953)[601], la Charte sociale européenne (1961) (et notamment son article 12)[602], la Convention européenne de sécurité sociale (1972)[603]. L'accès aux Règlements (CEE) No 1408/71 et 574/72[604] sera ouvert aux non-membres de la Communauté européenne, pour la première fois, par l'Accord sur l'Espace économique européen (EEE)[605;606].

c) La Suisse *choisit les régimes* qu'elle veut bien inclure dans les conventions bilatérales. Il en va ainsi de l'assurance-maladie (de manière limitée au libre passage international), de l'assurance-accidents, de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité, du régime fédéral des allocations familiales[607].

d) *Le champ d'application personnel* est limité aux ressortissants des deux Etats contractants, aux membres de leur famille et à leurs survivants, aux réfugiés et apatrides résidant sur le territoire de l'un des deux Etats mentionnés.

e) *Le principe de l'égalité* est *pleinement garanti* au regard des prestations de l'assurance-accidents, des rentes ordinaires de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité, des allocations familiales fédérales. L'égalité est *presque complètement réalisée* pour les mesures de réadaptation de l'assurance-invalidité (en principe après un an de cotisa-

601 Cf. ci-dessus le No 183.

602 Cf. ci-dessus les Nos 181 ss.

603 Cf. ci-dessus les Nos 186 ss.

604 Cf. ci-dessus les Nos 157 ss.

605 Cf. ci-dessus le No 179.

606 Pour les instruments susmentionnés, voir: Jean MEYER, Le statut des travailleurs immigrés dans la sécurité sociale suisse, cité à la note 572, pp. 5-24; Pierre-Yves GREBER, Droit suisse de la sécurité sociale, Avec un aperçu de théorie générale et de droit international, cité à la note 13, pp. 94-118.

607 La durée de résidence très longue — 15 ans de résidence — exigée pour l'ouverture du droit aux prestations complémentaires à l'AVS/AI — n'est pas levée par les conventions bilatérales. Les règles susceptibles de constituer, dans le domaine de l'assurance-chômage, des discriminations indirectes (cf. ci-dessus le No 198) ne sont pas modifiées non plus.

tions ou de résidence, une durée non exigée des nationaux)[608]. Elle est *partiellement réalisée* pour les rentes extraordinaires AVS/AI.

202. Au vu de ces éléments, l'on voit que *les conventions bilatérales de sécurité sociale* rendent inapplicables — dans leur domaine d'application — *une part des règles spéciales* (discriminatoires) prévues pour les ressortissants non suisses. *Elles rendent ainsi la législation applicable davantage conforme au principe d'égalité de traitement posé par l'article 4, alinéa 1, Cst. et plus compatible avec le droit européen.* Les questions, également très importantes en matière de coordination, du maintien des droits acquis et du maintien des droits en cours d'acquisition, ne sont pas traitées ici, puisque sortant du sujet étudié[609].

6.8. Application à quelques cas pratiques

203. Nous avons vu *quelques cas pratiques de droit européen,* à propos de l'application du Règlement (CEE) No 1408/71, instrument qui, rappelons-le, fait partie de l'acquis communautaire repris par l'Accord sur l'Espace économique européen[610][611]. Il s'agit ici de présenter brièvement *quelques cas d'égalité* de traitement *jugés par le Tribunal fédéral des assurances.*

204. Dans un arrêt en la cause E.D., du 13 mars 1987 (RAMA 1987, p. 266, No K 741), le Tribunal fédéral des assurances se prononce sur la question de la *territorialité des prestations de l'assurance-maladie au regard du principe de l'égalité*[612]. Le TFA juge ainsi que: *"Eine Ausnahme vom Territorialitätsprinzip kann allerdings in jenen Fällen geboten sein, in denen das Prinzip der Gegenseitigkeit gemäss Art. 3 Abs. 3 KUVG bzw. das Gebot der Gleichbehandlung der Versicherten ein Abweichen rechtfertigt"* (considérant 2). Il rappelle ensuite sa jurisprudence

608 Avec une résolution partielle des problèmes posés par la condition d'assurance spécifique à l'assurance-invalidité. Cf. ci-dessus le No 197 et, p. ex. l'article 11 de la Convention de sécurité sociale entre la Suisse et la France.

609 L'eurocompatibilité entraînera, en cas de ratification de l'Accord EEE, des modifications non négligeables au regard de ces autres principes.

610 Cf. ci-dessus les Nos 165-168.

611 Cf. ci-dessus les Nos 179-180.

612 Cf. ci-dessus les Nos 195-196.

relative aux travailleurs frontaliers et aux saisonniers, selon laquelle des prestations hors de Suisse doivent, à certaines conditions, être versées par les caisses-maladie suisses (ATF 105 V 280, 103 V 71, 103 V 74, RAMA 1968 p. 36, No 28, RAMA 1968, p. 40, No 68). Le cas jugé en l'espèce concernait un travailleur saisonnier, domicilié dans la zone frontalière proche, qui avait encore son emploi en Suisse au moment de l'atteinte à la santé. Ses collègues l'avaient ramené chez lui; il a consulté un médecin à son lieu de domicile, où il a ensuite été hospitalisé. Le TFA a précisé que ce cas devait être traité comme celui du frontalier. L'intéressé n'avait pas choisi un traitement et une hospitalisation hors de Suisse; il y avait été transporté par ses collègues, compte tenu du trouble psychique qui le frappait. La caisse pouvait procéder aux contrôles médicaux et administratifs considérés comme nécessaires. Dans un autre arrêt, le TFA a jugé que: "Il n'est pas contraire au droit fédéral que la caisse, qui pourrait refuser les traitements à l'étranger, ne les accepte que dans des régions définies explicitement ou implicitement selon un critère raisonnable ou bien encore dans des régions expressément déterminées" (ATF 98 V 157).

205. Dans un troisième arrêt, le Tribunal fédéral des assurances a confirmé que *la règle de la territorialité valait également pour les indemnités journalières de l'assurance-maladie.* Les caisses ne sont pas obligées par la loi de verser de telles prestations en cas de séjour hors de Suisse, même si l'assuré est tombé malade à l'étranger. Le TFA relève que la situation est différente dans les cas où le droit aux indemnités est établi indiscutablement, que la possibilité d'abus n'existe pas et qu'ainsi l'absence de Suisse ne joue aucun rôle pratique pour la caisse (ATF 111 V 34). Dans cette jurisprudence, la lutte contre les abus, ou au moins la prévention, occupe une place prépondérante. Le principe de l'égalité de traitement, particulièrement dans sa composante d'égalité entre nationaux et non-nationaux[613], pourrait être mieux respecté s'il y avait en règle générale service des indemnités journalières à l'étranger, l'octroi effectif étant cependant subordonné à la mise en place d'un contrôle si nécessaire (p. ex. contrôle effectué par une institution de sécurité sociale du lieu de

613 Cf. ci-dessus le No 195.

séjour pour le compte de la caisse suisse[614]. Mais nous avons déjà relevé l'absence de disposition légale en la matière, la difficulté soit de constater une lacune, soit de procéder à une interprétation dans le sens relevé ci-dessus, en raison de l'autonomie des caisses-maladie.

206. Dans un arrêt du 23 décembre 1986, le Tribunal fédéral des assurances — sur la base de l'article 1, alinéa 1, lit. c, LAVS et des articles relatifs à *l'égalité de traitement* contenus dans les Conventions de sécurité sociale Suisse-Belgique, Suisse-Allemagne et Suisse-France — a jugé que: "En vertu de la règle de l'égalité de traitement figurant dans les conventions avec la Belgique, la République fédérale d'Allemagne et la France, le ressortissant de l'un des Etats contractants qui travaille dans un Etat tiers au service d'un employeur domicilié en Suisse et qui est rémunéré par ce dernier, est obligatoirement assuré à l'AVS/AI suisse et son employeur est tenu d'acquitter des cotisations paritaires." (ATF 112 V 337). Le Tribunal fédéral des assurances a procédé à une analyse fine d'une problématique complexe. Il a relevé que l'interprétation des conventions internationales de sécurité sociale devait s'effectuer selon la doctrine et la jurisprudence: d'après le sens normal résultant de leur texte, les trois conventions s'appliquent à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité; elles sont fondées sur l'égalité de traitement, laquelle ne réserve aucune exception au regard de l'article 1, alinéa 1, lit. c, LAVS. L'égalité avec les ressortissants suisses doit donc s'appliquer. Dans un deuxième temps, le TFA s'est demandé si l'objet, le sens et le but des conventions internationales considérées conduisaient à un autre résultat que celui provenant de l'analyse des clauses d'égalité elles-mêmes. Ensuite le TFA a examiné si l'on pouvait tirer des travaux préparatoires une volonté concordante des Etats d'exclure l'application de la règle interne susmentionnée (recherche effectuée dans les protocoles de négociations). Résultat négatif pour les trois conventions; *"Das hat zur Folge, dass die deutschen, französischen und belgischen Staatsangehörigen, die in einem*

614 L'égalité réelle entre nationaux et non-nationaux serait mieux réalisée, les seconds risquant davantage de se trouver dans la situation décrite (retours réguliers dans le pays d'origine). Il y aurait conjugaison de deux principes de la coordination: l'égalité de traitement et la coopération administrative (cf. note 23). Il est vrai que leur mise en oeuvre serait grandement facilitée par l'existence d'un instrument international. Mais la Suisse a pratiquement soustrait jusqu'à présent le régime de l'assurance-maladie de la coordination... L'Accord sur l'EEE va quelque peu modifier le paysage!

Drittstaat[615] für einen Arbeitgeber in der Schweiz tätig sind und von diesem entlöhnt werden, in Anwendung von Art. 1 Abs. 1 lit. c AHVG und Art. 1 IVG obligatorisch der schweizerischen Gesetzgebung über die AHV und IV unterstellt sind" (considérant 7 c). L'employeur en cause, une entreprise bâloise, a ainsi dû acquitter des cotisations paritaires AVS/AI sur les salaires versés à ses salariés français, belges et allemands occupés dans des Etats tiers.

207. Dans un arrêt du 24 octobre 1991, dans la cause P. (non publié), le Tribunal fédéral des assurances a dû examiner la validité de l'article 52 bis RAVS, dans sa teneur en vigueur dès le 1er janvier 1990. Il s'agit d'une disposition intervenant dans le calcul des rentes ordinaires, plus précisément dans l'établissement de l'échelle de rente applicable à un cas concret (art. 29, 29 bis et 30 LAVS). L'art. 52 bis RAVS permet de combler, à certaines conditions, de une à trois années manquantes de cotisations, et par là augmenter le montant de la rente. L'une des conditions est la suivante: "l'intéressé était assuré en application des articles premier ou 2 LAVS ou pouvait le devenir". Or, *la faculté d'être assuré* au sens de l'article 2 LAVS *n'est ouverte qu'aux ressortissants suisses;* aucune des conventions bilatérales conclues par la Suisse[616] n'accorde l'égalité aux ressortissants de l'Etat contractant. Le recourant, d'origine hongroise puis naturalisé suisse, a allégué que l'art 52 bis RAVS violait le principe de l'égalité de traitement, les Suisses naturalisés étant défavorisés par rapport aux Suisses de l'étranger. Pendant les années marquantes, l'intéressé était Hongrois et domicilié dans son pays; l'article 2 LAVS lui était ainsi inapplicable. Le TFA rappelle que la teneur de l'art. 52 bis RAVS, en vigueur depuis le 1er janvier 1990, est le résultat de plusieurs interventions parlementaires, qui tendaient au comblement des lacunes de cotisations s'étant produites avant tout lors des premières années du régime de l'assurance-vieillesse et survivants au détriment de Suisses de l'étranger. *La révision a été clairement établie en faveur des ressortissants suisses.* Le TFA examine ensuite si le Conseil fédéral, en adoptant l'article 52 bis RAVS, a opéré une distinction qui ne repose pas sur un motif raisonnable. Il juge ensuite que: *"Denn für die Beurteilung der Frage, ob das Gleichbehandlungsgebot verletzt ist, sind die tatsächlichen Verhältnisse in*

615 C'est-à-dire un Etat non lié par convention avec la Suisse. S'il y a convention avec la Suisse, c'est en effet la règle du rattachement au lieu de travail, prévue par l'accord qui s'applique.

616 Cf. ci-dessus les Nos 199 ss.

dem Zeitraum massgebend, in welchem die Beitragslücken entstanden sind. Unter Berücksichtigung dieser Zeitspanne ist die unterschiedliche Behandlung von Auslandschweizern und von Ausländern, die zur Schweiz überhaupt keinen, geschweige denn einen engen sozialversicherungsrechtlichen Anknüpfungspunkt hatten, sachlich gerechtfertigt." Le Conseil fédéral n'a pas excédé son pouvoir d'appréciation (cf. art. 38 al. 3 LAVS) et l'article 52 bis RAVS, dans sa teneur valable dès le 1er janvier 1990, est *conforme à la Constitution* (article 4, alinéa 1) et à la loi.

208. Enfin, le Tribunal fédéral a jugé, à propos de la législation genevoise qui accordait des allocations familiales pour les enfants des travailleurs européens domiciliés à l'étranger, mais excluant de cette catégorie de travailleurs les seuls demandeurs d'asile, que: "Dès qu'il exerce une activité lucrative dépendante, le demandeur d'asile a le même statut que les autres travailleurs étrangers vis-à-vis des assurances sociales (...). Sa situation n'est pas différente sur le plan des allocations familiales et une différenciation pour les enfants domiciliés à l'étranger ne pourrait se justifier que si elle s'appliquait à tous les travailleurs étrangers qui se trouvent dans les mêmes conditions familiales[617]", (arrêt du Tribunal fédéral, IIe Cour de droit public, du 12 octobre 1990, non publié c. 2 c) (cf. aussi l'ATF 114 Ia 1, Akin). En ce qui concerne la fin de la citation, il apparaît douteux, au regard de l'art. 4 al. 1 Cst., qu'une réglementation spéciale (discriminatoire en fait) visant les travailleurs étrangers dont les enfants sont domiciliés hors de Suisse soit vraiment conforme au principe de l'égalité de traitement. Il y a présence d'un travail dépendant, de charges familiales, d'un financement par l'employeur. La distinction est fondée sur le domicile hors de Suisse des enfants, pour les seuls travailleurs non suisses. Nous éprouvons quelque peine à la considérer comme raisonnable et soutenable[618] où que l'on se trouve dans l'hypothèse formulée par Hans Huber: *"Wenn das betreffende Lebensverhältnis durch die schweizerische Staatsangehörigkeit entscheidend mitgeprägt ist, darf der Ausländer ausgeschlossen oder ungünstiger oder einfach anders behandelt werden."*[619] L'allocation familiale est liée à l'exercice d'une activité salariée et à la charge d'enfant; le critère de la nationalité n'a rien de décisif à cet égard.

---

617 C'est-à-dire dont les enfants sont domiciliés hors de Suisse.

618 Cf. ci-dessus le No 124 *in fine*.

619 Hans HUBER, Die Grundrechte der Ausländer in der Schweiz und ihre Rechtsquellen, cité à la note 296, p. 137. Cf. ci-dessus le No 128.

6.9. Evaluation et perspectives

209. Le sujet étudié montre *une tension* entre, d'une part, le droit à l'égalité et le droit à la sécurité sociale reconnus comme des *droits de l'homme* et, d'autre part, *les discriminations que peut contenir la législation,* pour des motifs politiques et financiers. Ces ordres de considération ne sont pas du même rang, les droits fondamentaux devraient l'emporter. Compte tenu de l'évolution des valeurs et de l'importance pratique et quotidienne prise par la sécurité sociale, il devient en fait toujours plus difficile de justifier un traitement inégal en cette matière. Ou, si l'on préfère, la nationalité n'apparaît plus comme un critère pertinent, raisonnable, de distinction.

210. Cette appréciation ne vaut que dans le domaine étudié, celui de la sécurité sociale; elle ne prétend pas avoir de portée générale. Ce sentiment, net à la fin de l'étude entreprise, *concorde avec les réalisations et les tendances européennes* — tant dans le cadre de la Communauté, où la lutte contre les discriminations directes et indirectes fondées sur la nationalité est la plus affirmée, que du Conseil de l'Europe — *comme internationales,* avec l'oeuvre inspiratrice menée de longue date par l'Organisation internationale du travail.

211. *L'article 4, alinéa 1, Cst.,* tel qu'interprété de nos jours, reconnaît aux ressortissants non suisse *la titularité du droit à l'égalité.* Mais cela ne signifie pas, selon la jurisprudence et la doctrine, *l'égalité de traitement* pleine et entière avec les ressortissants helvétiques; la nationalité suisse peut représenter, d'une manière générale, un critère de distinction qui permet de traiter l'étranger moins favorablement ou différemment. La situation apparaît, à cet égard, différente dans le domaine de la sécurité sociale, comme cela vient d'être évoqué. Cependant, des distinctions fondées sur la nationalité peuvent être considérées, dans certains cas, comme compatibles avec la lecture générale qui est faite de l'article 4, alinéa 1, Cst. Nous avons mentionné à cet égard l'extension facultative d'un champ d'application personnel très étendu[620], un régime de protection lié à l'accomplissement du service militaire[621], le service des prestations hors de Suisse dans la mesure où le financement est assuré par les

620 Cf. ci-dessus le No 133.

621 Cf. ci-dessus le No 132.

collectivités publiques, l'octroi de prestations liées à un état de besoin[622], l'obligation de s'affilier à l'assurance-maladie prévue spécifiquement par certains droits cantonaux pour les travailleurs non suisses[623].

212. L'égalité de traitement entre nationaux et non-nationaux *ne revêt pas la même importance en droit européen, singulièrement en droit communautaire, et en droit suisse.* Dans le premier cadre, l'égalité se voit reconnaître un rang de principe fondamental (cf. l'article 7 du Traité CEE) et les discriminations, directes ou indirectes, sont systématiquement combattues. Elle est associée de plus à la liberté de circulation des personnes. Une inégalité selon la nationalité représente simultanément une entrave à ladite liberté; la jurisprudence de la Cour de Luxembourg en tient constamment compte, d'où une interprétation dynamique. Dans le second cadre, l'égalité paraît davantage être le résultat d'une évolution, mais également avec un rang constitutionnel. Les discriminations figurent le plus souvent dans des lois fédérales, lesquelles lient le Tribunal fédéral (article 113, alinéa 3, Cst.); la compétence de les lever appartient au législateur. Il n'y a pas de dynamique induite par la promotion de la libre circulation des personnes.

213. En droit européen — Communauté comme Conseil de l'Europe — l'égalité de traitement entre nationaux et non-nationaux *représente l'un des principes essentiels d'une coordination multilatérale.* Celle-ci est mise en oeuvre, dans la Communauté, par l'instrument législatif le plus développé, soit *le règlement, obligatoire* dans tous ses éléments, *directement applicable* et bénéficiant de la *primauté* du droit communautaire, avec l'intervention du *juge européen.* En droit suisse, l'égalité de traitement, de niveau constitutionnel (mais avec une incertitude sur les dérogations possibles et la barrière représentée par l'article 113, alinéa 3 Cst.), représente *un principe central d'une coordination bilatérale,* conçue encore de manière *contractuelle* (choix des Etats partenaires, des régimes concernés, intensité variable), avec également une primauté reconnue à l'accord international. La juridiction qui tranche est nationale et oeuvre essentiellement de manière unilatérale. La Suisse n'a, jusqu'à présent, pas voulu s'engager dans la coordination multilatérale (à de rares exceptions près), ni dans le cadre du Conseil de l'Europe ni dans celui de l'Organisation internationale du Travail. *La ratification de l'Accord sur l'Espace*

---

622 Cf. ci-dessus le No 135.

623 Cf. ci-dessus le No 194.

économique européen représentera, si elle se produit, un changement fondamental d'orientation. L'Accord sur l'EEE reprend en effet, au titre de l'acquis communautaire, la coordination multilatérale reposant sur le Règlement (CEE) No 1408/71. En d'autres termes, la Suisse, qui n'a jamais voulu ratifier les conventions de coordination du Conseil de l'Europe et de l'OIT, va se connecter sur un système européen particulièrement développé et qui va encore être amélioré. L'égalité de traitement entre Suisses et ressortissants de l'EEE en sera d'autant développée, l'article 4, alinéa 1, Cst., se lisant à la lumière de l'article 7 du Traité de Rome.

7. Conclusion

L'article 4 Cst. — dont la portée dépasse de loin celle qui résulte d'une interprétation littérale — confère aux assurés des droits dont l'étendue dispense souvent le Tribunal fédéral des assurances de procéder à un examen du point de vue d'instruments tels que la Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), le Code européen de sécurité sociale, les Conventions OIT, etc. Particulièrement intéressante est la discussion relative à la Constitution sociale de la Suisse et aux limites imposées à l'Etat social par la Constitution elle-même. Dans ce cadre, il ne sera pas toujours aisé de décider quelles atteintes à certaines libertés fondamentales — qui ne sauraient être vidées de toute substance — peuvent être imposées à l'occasion de la mise en place d'un régime d'assurances sociales. Egalité sociale et égalité de traitement sont-elles compatibles, et dans quelle mesure? Une certaine prudence est de rigueur, lorsqu'on manie le principe d'égalité dans le domaine qui nous intéresse ici, si l'en entend réaliser la solidarité — qui ne doit pas conduire à une confiscation pure et simple... A cet égard, on peut constater parfois un certain défaut de cohérence du législateur, au niveau de la conception des normes.

Bien que le Tribunal fédéral des assurances n'ait pas le pouvoir de vérifier la constitutionnalité d'une loi fédérale, il n'est pas complètement démuni lorsqu'il se trouve en présence d'une norme dépourvue de sens et d'utilité. Les règles d'interprétation communément appliquées l'autorisent alors à s'écarter du texte de la loi. La jurisprudence fournit de nombreux exemples d'examen par le juge de la constitutionnalité des normes d'exécution fédérales et cantonales.

Le double contrôle de la constitutionnalité de certaines normes peut poser problème, dans la mesure où deux autorités différentes peuvent être appelées à se prononcer sur la même question, avec des pouvoirs d'examen différents. Nous voyons là une anomalie qu'il serait facile de corriger. Dans le même ordre d'idée, il serait souhaitable que la même autorité soit compétente pour contrôler l'application d'une loi, sans égard à la nature de la voie de droit à disposition. Ainsi, le Tribunal fédéral des assurances devrait être habilité à vérifier l'application faite de la LAMA dans un canton, même si la décision litigieuse ne constitue pas une décision fondée sur le droit fédéral.

L'application faite, dans le domaine des assurances sociales, du principe de la protection de la bonne foi est intéressante. Un examen attentif de la jurisprudence de Lausanne et de celle de Lucerne permet de mettre en lumière certaines différences entre les deux tribunaux. Cela s'explique

par le fait que certains principes ont une portée fort différente, suivant qu'on les applique dans des matières de la compétence du Tribunal fédéral ou au contraire ressortissant au Tribunal fédéral des assurances. Pendant longtemps, on a pu penser que cela justifiait la sixième condition mise par les juges de Lucerne à la protection de la bonne foi d'un assuré. La même remarque s'impose en matière de révocation des actes administratifs (reconsidération, "*Wiedererwägung*", en matière d'assurances sociales).

L'interdiction de l'abus de droit ne semble pas avoir particulièrement préoccupé le Tribunal fédéral des assurances, qui n'ignore pourtant pas cette notion.

Si la doctrine et le Tribunal fédéral se sont depuis longtemps penchés sur les problèmes d'interprétation et d'application de l'article 4 Cst., ce n'est que relativement récemment que le Tribunal fédéral des assurances l'a fait de manière systématique, mais pas toujours rigoureuse, dans ses arrêts. A cet égard, un tournant décisif nous paraît avoir été amorcé avec l'arrêt dans lequel il s'est longuement expliqué sur l'application du principe de la proportionnalité dans les assurances sociales.[624]

Pour conclure, nous ne voudrions pas manquer de formuler une remarque qui se voudrait une mise en garde: l'application trop rigoureuse de certains principes, sous prétexte de garantir l'égalité, peut entraîner des effets que nous qualifierons de pervers. Ainsi, admettre trop facilement l'existence d'une inégalité de traitement pourra conduire à un durcissement de la pratique de l'administration: par exemple, la caisse-maladie qui, au nom de ce principe, se voit contrainte de mettre de très nombreux assurés au bénéfice d'une pratique généreuse, parce que le juge refuse de tenir compte de certains critères permettant une sélection plus sévère des cas dans lesquels le versement de prestations volontaires peut intervenir, sera tentée de résoudre le problème en renonçant purement et simplement à accorder plus que ce qui est strictement dû, à teneur de ses dispositions internes. Cela aura été finalement au bénéfice d'un assuré, le plaideur qui aura obtenu gain de cause, mais au détriment de tous les autres assurés qui auraient pu recevoir une prestation à l'octroi de laquelle il aura été renoncé. Aussi ne faudrait-il pas admettre trop facilement qu'une pratique viole le précepte d'égalité de traitement.

---

624 ATFA 1968 p. 160.