

Avis de droit

par Christine Kaddous
Professeur à l'Université de Genève
Chaire Jean Monnet *ad personam*
Directeur du Centre d'études juridiques européennes

Sommaire

	page
Objet de l'avis de droit	1
Eléments de discussion	2
I. Cadre de la confrontation de la réglementation cantonale avec les dispositions de l'ALCP	2
A. Objet des de la réglementation cantonale	2
B. Contenu et caractéristiques de l'ALCP	3
1. Libéralisation progressive de la libre circulation, application des clauses de sauvegarde et rôle de la clause de <i>stand still</i>	4
2. Bénéficiaires de la libre circulation et droits garantis par l'ALCP	6
a. Bénéficiaires (membres de la famille, statut de frontalier)	6
b. Droits garantis	9
3. Principes applicables en matière de l'ALCP	9
II. Examen de la compatibilité de la réglementation cantonale avec les dispositions de l'ALCP	11
A. Clause de <i>stand still</i>	11
B. Droit à l'égalité de traitement en lien avec l'admission aux cours d'enseignement général et la notion d'avantage social	13
1. Existence d'une discrimination directe	15
2. Existence d'une discrimination indirecte	16
a. Examen de l'égalité de traitement par rapport aux élèves domiciliés dans le canton de Genève	16
b. Examen de l'égalité de traitement par rapport aux élèves domiciliés dans un autre canton de Suisse mais bénéficiant du mécanisme mis en place par la convention intercantonale	20
Conclusions	22

Objet de l'avis de droit

- Le Département de l'instruction publique souhaite savoir si la nouvelle réglementation, adoptée par le Conseil d'Etat, le 7 février 2018 et entrée en vigueur le 14 février 2018, en particulier si la teneur de l'article 23 du Règlement de l'enseignement primaire est conforme à l'Accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne de 1999 (ALCP).
- Dans l'hypothèse où la réglementation ne devait pas être conforme à l'ALCP, il conviendrait de déterminer si une limitation de l'accès au sein de la scolarité obligatoire de l'école publique genevoise des enfants domiciliés en France voisine par le biais d'une formule telle que dans la « limite des places disponibles » serait envisageable.

Eléments de discussion

Les questions posées par Département de l'instruction publique nécessitent de prendre position sur une série de points dont l'exposé est nécessaire à la compréhension des problèmes soulevés. Il y aura ainsi lieu de présenter le cadre de la confrontation de la réglementation cantonale et de l'ALCP en exposant l'objet de l'article 23 du REP et les caractéristiques de l'ALCP(I), avant de prendre position sur sa compatibilité avec l'ALCP (II).

I. Cadre de la confrontation de la réglementation cantonale avec les dispositions de l'ALCP

Il convient d'exposer successivement l'objet de la réglementation cantonale (A), le contenu et les caractéristiques principales de l'ALCP (B).

A. Objet de la réglementation cantonale

L'objet de la réglementation cantonale, visée aux articles 23, 23 A et 75 du règlement de l'enseignement primaire (REP) doit être brièvement présenté afin de permettre l'examen de compatibilité avec les dispositions pertinentes de l'ALCP¹.

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

1. Article 23 du REP

Conformément à cette disposition, qui concerne les élèves domiciliés hors canton,

« ¹ Sont admis dans l'enseignement primaire public genevois :

- a) les élèves domiciliés en France voisine et déjà scolarisés dans l'enseignement public genevois, pour autant que l'un de leurs parents au moins soit assujetti à Genève à l'impôt sur le revenu de l'activité rémunérée qu'il exerce de manière permanente dans le canton;
- b) les frères et sœurs ainsi que les demi-frères et les demi-sœurs des enfants scolarisés au sein d'établissements scolaires publics genevois.

² Les enfants domiciliés hors canton peuvent être scolarisés très exceptionnellement à Genève, selon les termes fixés par la convention intercantonale réglant la fréquentation d'une école située dans un autre canton que celui de domicile.

³ La demande d'admission au sens de l'alinéa 1 doit être déposée auprès de la direction générale de l'enseignement obligatoire dans le délai fixé chaque année par le département et publié sur le site Internet de ce dernier.

2. Article 23 A du REP

Conformément à cette disposition, qui concerne les élèves admis à l'enseignement primaire pour les années scolaires 2017-2018 et 2018-2019,

« ¹ Peuvent être admis dans l'enseignement primaire public genevois dans la limite des places disponibles et pour autant qu'ils aient déposé leur demande d'admission dans le délai fixé par le département :

- a) les élèves genevois domiciliés hors canton;
- b) les élèves habitant en France voisine dont l'un des parents au moins est assujetti à Genève à l'impôt sur le revenu de l'activité rémunérée qu'il exerce de manière permanente dans le canton.

² Les enfants non genevois domiciliés hors canton peuvent être scolarisés très exceptionnellement à Genève, selon les termes fixés par la convention intercantonale réglant la fréquentation d'une école située dans un autre canton que celui de domicile.

³ La demande d'admission au sens de l'alinéa 1 doit être déposée auprès de la direction générale de l'enseignement obligatoire dans le délai fixé chaque année par le département et publié sur le site Internet de ce dernier.

3. Art. 75 du REP

Conformément à cette disposition, qui a accompagné les modifications susmentionnées,

« Les enfants domiciliés hors canton et scolarisés dans l'enseignement primaire public genevois pendant l'année scolaire 2018-2019 peuvent poursuivre leur scolarisation au sein

de celui-ci, pour autant qu'ils remplissent, sans interruption, les conditions prévues à l'article 23A ».

B. Contenu et caractéristiques de l'ALCP

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

Signé le 21 juin 1999 dans le cadre des « Bilatérales I » et entré en vigueur le 1^{er} juin 2002, l'ALCP consacre le principe de la libre circulation pour les ressortissants des parties contractantes. Son application a été étendue aux Etats qui ont adhéré à l'Union européenne en 2004², 2007³ et 2013 (Croatie). Le protocole relatif à l'extension de l'accord à la Croatie est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2017⁴.

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

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

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

Afin d'établir le contexte juridique dans lequel les règles cantonales sous examen doivent être analysées, il convient de mettre ci-après en exergue différentes caractéristiques de

² Voir le protocole d'extension, signé le 26 octobre 2006, RO 2006 995. L'ALCP a été étendu à la République tchèque, la République d'Estonie, la République de Chypre, la République de Lettonie, la République de Lituanie, la République de Hongrie, la République de Malte, la République de Pologne, la République de Slovaquie et à la République slovaque.

³ Protocole, du 27 mai 2008, à l'accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, concernant la participation, en tant que parties contractantes, de la République de Bulgarie et de la Roumanie, à la suite de leur adhésion à l'Union européenne (Protocole II), RS 0.142.112.681.1. Voir la décision du Conseil fédéral du 16 mai 2018 s'agissant du maintien de la clause de sauvegarde en vigueur le 1^{er} juin 2017 pour une année dès l'entrée en vigueur de la décision, soit dès le 1^{er} juin 2018.

⁴ Le protocole à l'Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, concernant la participation, en tant que partie contractante, de la République de Croatie, à la suite de son adhésion à l'Union européenne, signé le 4 mars 2016, est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2017, RO 2016 5252.

l'ALCP : la mise en œuvre progressive de la libre circulation, l'application des clauses de sauvegarde et le rôle de la clause de *stand still* (1.), les bénéficiaires de la libre circulation et les droits garantis par l'ALCP (2.) ainsi que les principes applicables en matière d'interprétation de l'ALCP (3.).

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

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

Conformément à l'article 10 de l'ALCP, la Suisse s'est réservé le droit d'imposer des mesures quantitatives (contingentement) pendant une période maximale de cinq ans⁵. De même, chaque partie contractante pouvait appliquer des normes qualitatives pendant une période maximale de deux ans aux ressortissants des autres parties contractantes (règle de la priorité des travailleurs indigènes et contrôle des conditions de salaire et de travail, y compris en ce qui concerne les prestations de services). Les personnes sans activité lucrative qui exercent leur droit à la libre circulation n'ont pas été concernées par ces périodes transitoires et ont pu bénéficier d'une libre circulation totale depuis l'entrée en vigueur de l'accord.

La libre circulation des personnes à l'égard des ressortissants des quinze « anciens » Etats membres de l'Union européenne ainsi que des ressortissants de Chypre et Malte (UE-17), est totale depuis le 1^{er} juin 2007.

Pour les citoyens **bulgares et roumains**, ce même régime est applicable depuis le 1er juin 2016 à l'essai. La clause de sauvegarde prévue par l'ALCP permet à la Suisse de réintroduire unilatéralement des contingents pour une durée limitée lorsque certaines conditions quantitatives sont réunies. Le Conseil fédéral a activé la clause de sauvegarde à compter du 1er juin 2017. Le 18 avril 2018 le Conseil fédéral a décidé de prolonger pour un an jusqu'au 31 mai 2019 la **clause de sauvegarde** vis-à-vis des travailleurs en provenance de l'UE-2. Comme le seuil fixé dans l'ALCP n'a pas été atteint au 31 mai 2018, la clause de sauvegarde n'a pas été introduite pour les permis de séjour de courte durée (permis L). A partir du 1er juin 2019, les travailleurs de l'**UE-2** bénéficieront d'une libre circulation pleine et entière.

Les **ressortissants croates** bénéficient des dispositions de l'ALCP depuis le 1er janvier 2017. Dans une première période de mise en œuvre, des mesures transitoires contenant

⁵ Les mesures transitoires de l'article 10 de l'ALCP sont précisées dans l'Ordonnance du Conseil fédéral, du 22 mai 2002, sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, l'Union européenne et ses Etats membres, ainsi qu'entre les Etats membres de l'Association européenne de libre-échange (OLCP), RS 142.203. Les mesures transitoires font également l'objet de directives internes édictées par l'Office fédéral des migrations (ODM), lesquelles sont disponibles à l'adresse internet suivante : <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20021010/index.html>. La version actuelle a été mise à jour au 15 septembre 2018.

des restrictions liées au marché du travail ainsi que des quotas s'appliquent vis-à-vis des ressortissants croates (article 10 de l'ALCP).

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

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

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

a. Bénéficiaires de la libre circulation

L'ALCP s'applique aux ressortissants des parties contractantes, qu'il s'agisse de personnes physiques ou de personnes morales, sous réserve de quelques exceptions⁶.

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

Si l'ALCP s'applique *a priori* à tous les ressortissants des parties contractantes, les droits qu'il garantit sont réservés à des catégories spécifiques de personnes⁷ : les travailleurs salariés, les travailleurs indépendants, les prestataires et les destinataires de services, les personnes sans activité économique, les membres de la famille de ces personnes et les personnes bénéficiant d'un droit de demeurer après la fin de leur activité économique ainsi que, à certaines conditions, les demandeurs d'emploi.

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

a. 1. Notion de membres de la famille

Le concept de regroupement familial découle du droit au respect de la vie privée et familiale inscrit à l'article 8 CEDH. Il est aussi intégré dans l'ALCP car le droit au

⁶ Voir l'article 3, paragraphe 1, de l'OLCP, en relation avec l'article 43 de l'ordonnance, du 24 octobre 2007, relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA) (membres des représentations diplomatiques, missions permanentes ou des postes consulaires ; les fonctionnaires des organisations internationales etc.).

⁷ Le Tribunal fédéral a affirmé qu'il ne suffisait pas d'être ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne pour pouvoir disposer d'un droit de séjour en Suisse. Il faut encore prouver se prévaloir d'un motif de séjour dans cet Etat, voir arrêt du Tribunal fédéral, du 14 janvier 2011, réf. 2C_633/2011, consid. 5.

regroupement familial favorise la libre circulation des personnes, en permettant à ceux qui se déplacent dans un Etat, autre que leur Etat d'origine, de mieux s'intégrer sur le territoire de l'Etat d'accueil en compagnie des membres de leur famille.

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

Conformément à l'article 3, paragraphe 2, de l'annexe I, la notion de « membre de la famille » englobe les personnes suivantes : le conjoint et leurs descendants de moins de vingt-et-un ans ou à charge ; les ascendants et ceux du conjoint à charge ; et, dans le cas de l'étudiant, son conjoint et leurs enfants à charge⁸.

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

Ainsi, l'ALCP permet au ressortissant d'une partie contractante, bénéficiant du droit de séjour, de vivre avec les membres de sa famille, lesquels peuvent s'installer avec lui dans l'Etat d'accueil. Ce droit général, de nature dérivée, comprend un *droit d'entrée et de sortie* (art. 1, § 1, annexe I) et un *droit de séjour* (art. 7, pt c, ALCP). Le conjoint et les enfants de moins de vingt-et-un ans ou à charge d'une personne bénéficiant du droit de séjour, quelle que soit leur nationalité, ont aussi le *droit d'accéder à une activité économique* (art. 7, pt e, ALCP et art. 3, § 5, annexe I).

L'article 3, paragraphe 6, de l'annexe I accorde également un *droit à l'enseignement* pour les enfants d'un ressortissant d'une partie contractante (admission aux cours d'enseignement général, d'apprentissage et de formation professionnelle dans les mêmes conditions que les ressortissants de l'Etat d'accueil à condition qu'ils résident sur le territoire de l'Etat d'accueil). Sur la base de la disposition similaire applicable dans l'Union européenne (art. 10 du règlement n° 492/2011, qui a remplacé l'ancien art. 12 du règlement n° 1612/68), la Cour de justice a considéré que les enfants des anciens travailleurs migrants pouvaient poursuivre leurs études dans l'Etat membre d'accueil, alors que leurs parents n'y résidaient plus, ce qui équivaut à leur reconnaître un droit de séjour indépendant de celui attribué à leurs parents, lequel ne se fonde plus sur la réunion des conditions posées pour le regroupement familial⁹.

a. 2. Statut de frontalier

⁸ Cette notion est basée sur le droit en vigueur dans l'Union européenne au moment de la signature de l'ALCP (art. 10 et 11 du règlement n° 1612/68 pour les travailleurs, et les dispositions correspondantes des directives 90/364 (personnes sans activité économique) 90/365 (retraités) et 93/96 (étudiants). L'accord distingue entre les « descendants » et les « enfants » du migrant. Ainsi, en ce qui concerne l'étudiant, seuls sont concernés par le regroupement familial ses enfants, alors que pour les travailleurs salariés, les indépendants ou les prestataires de services, ce sont leurs descendants (enfants et petits-enfants) qui sont visés. De même, le droit de séjour est accordé à tous les descendants du travailleur migrant tandis que seuls ses enfants ont le droit d'accéder à l'enseignement ou à une activité économique.

⁹ CJUE, arrêt *Ibrahim* du 23 février 2010, aff. C-310/08, Rec. 2010, p. I-1065, pts 38 à 41. Pour une étude de l'ALCP, voir pour une étude détaillée de l'ALCP, Christine Kaddous/Diane Grisel, *Libre circulation des personnes et des services*, DDE 26, Helbing & Lichtenhahn, 2012, 1036 p., pp. 843-943.

L'ALCP prévoit également le **statut de « travailleur frontalier »**, lequel est accordé à celui qui réside sur le territoire d'une partie contractante et exerce une activité salariée sur le territoire d'une autre partie contractante, en retournant à son domicile en principe chaque jour, ou au moins une fois par semaine (art. 7, § 1, annexe I). L'obligation du retour quotidien dans le pays d'origine a été remplacée par une obligation de retour hebdomadaire¹⁰. La qualité de frontalier n'est plus liée au domicile dans les pays limitrophes de la Suisse, comme cela était le cas à l'origine, et peut donc être admise par exemple à l'égard d'un ressortissant britannique domicilié au Royaume-Uni¹¹. En outre, depuis le 1^{er} juin 2007, il n'existe plus de zones frontalières déterminées pour les travailleurs frontaliers des Etats de l'UE-15 et de Malte et Chypre; leur domicile et leur lieu de travail ne doivent donc plus nécessairement être situés en zone frontalière. Cette restriction a également été levée, le 1^{er} mai 2011, pour les citoyens des Etats de l'UE-8, ainsi que pour les ressortissants bulgares et roumains (au 1^{er} juin 2016).

Les **zones frontalières** ont ainsi été **supprimées à l'égard des ressortissants UE-27 et des de l'AELE**. Les autorisations frontalières leur sont délivrées pour autant qu'ils séjournent sur le territoire de l'UE ou de l'AELE et travaillent en Suisse (prise d'emploi ou établissement d'une activité indépendante). Les frontaliers sont tenus de rentrer au moins une fois par semaine à leur lieu de résidence étranger. Durant la semaine, ils peuvent séjourner sur tout le territoire suisse. Les zones frontalières restent toutefois applicables aux frontaliers ressortissants de la **Croatie** (y compris pour les indépendants)¹².

Il convient par ailleurs de souligner que le régime de la libre circulation est également accordé aux **ressortissants norvégiens et islandais** par l'accord du 21 juin 2001 amendant la convention de 1960 instituant l'AELE¹³. La libre circulation pour les ressortissants du Liechtenstein fait l'objet d'un protocole spécial, annexé à la convention instituant l'AELE¹⁴. Les ressortissants du **Liechtenstein** bénéficient d'une libre circulation totale en Suisse depuis le 1^{er} janvier 2005¹⁵.

Les développements qui concerneront la compatibilité de la réglementation d'accès à l'enseignement primaire avec l'ALCP, vaudront aussi en principe pour la compatibilité de cette même réglementation avec la **Convention AELE** pour ce qui est des dispositions en matière de libre circulation des personnes. Toutefois, la Convention AELE ne fait pas l'objet d'un examen spécifique dans la présente étude.

b. Droits garantis par l'ALCP

¹⁰ Voir l'ancien art. 6 de l'ordonnance, du 6 octobre 1986, limitant le nombre des étrangers (OLE). Cette ordonnance a été abrogée par l'ordonnance, du 24 octobre 2007, relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA), RS 142.201.

¹¹ ATF 135 II 128, consid. 3.

¹² Article 4, alinéa 3 bis, de l'Ordonnance sur l'introduction de la libre circulation des personnes, OLCP, RS 142.203.

¹³ L'accord amendant la Convention instituant l'Association européenne de libre-échange, signé à Vaduz le 12 juin 2001, est entré en vigueur le même jour que l'ALCP, soit le 1^{er} juin 2002 (FF 2001 4792 ; RO 2003 2685. Pour une version consolidée de la Convention instituant l'AELE, telle que modifiée par l'accord, voir le RS 0.632.31.

¹⁴ Protocole signé à Vaduz le 21 juin 2001, rattaché à l'annexe K – appendice 3 de la Convention instituant l'AELE, RS 0.632.31.

¹⁵ Deuxième échange de notes, du 21 décembre 2004, entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la Principauté de Liechtenstein sur la mise en œuvre du protocole concernant la libre circulation des personnes signé dans le cadre de l'accord amendant la Convention AELE, RS 0.142.115.144.2.

L'accord sur la libre circulation des personnes régit :

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

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

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

Nous ne traiterons dans la section II ci-après que des **droits qui entrent en considération en vue de l'examen de la réglementation cantonale en cause**. Avant de procéder à cette analyse, il convient encore de préciser les principes applicables en matière d'interprétation des règles contenues dans l'ALCP.

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

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

La jurisprudence de la Cour de justice antérieure à la date de la signature de l'accord doit être prise en compte lorsque l'application de l'accord implique des notions de droit de l'Union européenne. Or la **majorité des dispositions de l'ALCP sont inspirées, voire reprises, de normes applicables au sein de l'Union européenne**. Ainsi, par exemple l'article 5, paragraphe 1, de l'annexe I par exemple prévoit que les droits octroyés par l'ALCP ne peuvent être limités que par « *des mesures justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique* ». Ces notions font l'objet de

dispositions dans le traité FUE et dans les directives applicables au sein de l'Union européenne, que le paragraphe 2 de l'article 5 de l'annexe I mentionne d'ailleurs expressément. Ainsi, conformément à l'article 16, paragraphe 2, **le Tribunal fédéral a pris en compte la jurisprudence de la Cour de justice** rendue sur le fondement de ces directives pour interpréter la notion d'ordre public¹⁶.

Selon le Tribunal fédéral, la **limite de l'obligation de la reprise** de la jurisprudence découle du « cadre relativement étroit », dans lequel s'inscrit l'ALCP. La série des sept accords formant les Bilatérales I sont des **accords sectoriels** qui ne portent que sur des champs d'application partiels des quatre libertés composant le marché intérieur de l'Union européenne, « *il ne s'agit donc pas d'une participation pleine et entière au marché intérieur de la Communauté européenne* »¹⁷. Aussi les arrêts de la Cour de justice « *fondés sur des notions ou des considérations dépassant ce cadre relativement étroit ne sauraient donc, sans autre examen, être transposés dans l'ordre juridique suisse. Il en va ainsi, par exemple, de la notion de citoyenneté européenne, qui est absente de l'ALCP et qui ne saurait donc trouver à s'appliquer à la Suisse* »¹⁸.

S'agissant de la **jurisprudence développée par la Cour de justice de l'Union européenne après la date de signature**, l'ALCP prévoit un mécanisme d'information au sein du comité mixte. Cette jurisprudence est communiquée à la Suisse et, à la demande d'une partie contractante, le comité mixte en détermine les implications concrètes sur le bon fonctionnement de l'ALCP. En pratique, les **juridictions suisses**, et plus particulièrement le **Tribunal fédéral**, ont admis le principe selon lequel il y a lieu de **s'inspirer de cette jurisprudence lorsqu'elle constitue un développement d'une jurisprudence antérieure de la Cour de justice** (cas de confirmation de jurisprudence)¹⁹. Le Tribunal fédéral s'est en outre fondé sur une interprétation de l'ALCP qui privilégie le parallélisme entre la situation juridique au sein du marché intérieur de l'Union européenne et celle résultant de l'application de l'ALCP (évolution parallèle du droit de l'UE et du droit contenu dans l'ALCP) et pris en compte des arrêts rendus par la Cour de justice postérieurement au 21 juin 1999²⁰. Il a considéré que seuls des « motifs sérieux » pourraient justifier de se départir de ce parallélisme et que de tels motifs ne sauraient être admis facilement²¹.

II. Examen de la compatibilité de la réglementation cantonale avec l'ALCP

¹⁶ Voir notamment ATF 129 II 215 et 130 II 176.

¹⁷ ATF 133 V 329, consid. 8.4 ; ATF 130 II 113, consid. 6.2.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Voir notamment la reprise, par le Tribunal fédéral, de l'arrêt *Akrich* de 2001 dans l'ATF 130 II 1, un arrêt de 2003, confirmé notamment dans l'ATF 134 II 10 du 30 novembre 2007.

²⁰ ATF 136 II 5. Le Tribunal fédéral a décidé de reprendre l'arrêt *Metock* de 2008 de la Cour de justice et de renoncer ainsi à la condition, issue de l'arrêt *Akrich* de 2001 (tant l'arrêt *Metock* que l'arrêt *Akrich* sont postérieurs au 21 juin 1999), relative au séjour légal préalable dans un autre Etat membre de l'Union européenne pour que les membres de la famille de ressortissants de l'Union puissent se prévaloir du regroupement familial. Voir CJCE, arrêt *Metock* du 25 juillet 2008, aff. C-127/08, Rec. 2008, p. I-6421 et CJCE, arrêt *Akrich* du 23 septembre 2001, aff. C-109/01, Rec. 2001, p. I-9607.

²¹ ATF 136 II 5, consid. 3.4 et 3.6.

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

Seront ainsi successivement analysés la clause de *stand still* (A) et le droit à l'égalité de traitement en lien avec l'admission aux cours d'enseignement général et la notion d'avantage social (B).

A. Clause de *stand still*

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

La clause de *stand still* (ou clause du *statu quo*) accompagne dans l'ALCP les dispositions de mise en œuvre progressive de la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne. Il ne s'agit pas d'une particularité de l'ALCP. On trouve de telles clauses dans les accords internationaux conclus par l'Union européenne avec des Etats tiers (par exemple dans l'accord d'association conclu avec la Turquie)²² ou encore dans les versions originelles des traités constitutifs des Communautés européennes, en particulier dans le traité CEE. Ces clauses, qu'elles figurent dans des accords internationaux ou dans les traités constitutifs, visent à favoriser la réalisation des libertés de circulation qu'elles accompagnent²³.

L'article 13 de l'ALCP **interdit donc l'adoption de nouvelles mesures restrictives à l'égard des bénéficiaires de l'accord**. Il comporte une obligation souscrite par les parties contractantes qui consiste en une abstention d'adopter de nouvelles mesures restrictives dans les domaines d'application de l'accord. Cette disposition, si elle est reconnue d'effet direct²⁴, permettrait d'écarter l'application de règles de droit interne qui lui seraient contraires, à savoir des règles qui consisteraient à soumettre les ressortissants de l'autre partie contractante à de nouvelles mesures restrictives qui modifieraient la situation juridique dans la relation entre la Suisse et l'Union européenne.

L'article 23 du REP, applicable depuis le 14 février 2018, prévoit notamment l'admission dans l'enseignement public genevois des élèves domiciliés hors canton lorsqu'ils sont « ... domiciliés en France voisine et déjà scolarisés dans l'enseignement public genevois, pour autant que l'un de leurs parents au moins soit assujéti à Genève à l'impôt sur le revenu de l'activité rémunérée qu'il exerce de manière permanente dans le canton ».

²² Accord d'association CEE-Turquie de 1963, JO L 217 du 29 décembre 1964. Voir l'article 41, paragraphe 1, du protocole additionnel de 1970, qui interdit l'introduction de nouvelles restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services entre les parties contractantes à compter de la date d'entrée en vigueur du protocole additionnel.

²³ Voir notamment l'article 49 du traité CEE en matière de libre circulation des travailleurs et l'article 53 du traité CEE en matière de liberté d'établissement.

²⁴ La Cour de justice de l'Union européenne a reconnu un tel effet direct à l'article 41, paragraphe 1, du protocole additionnel de 1970 à l'accord d'association CEE-Turquie, voir CJCE, arrêt *Savas* du 11 mai 2000, aff. C-37/98, Rec. 2000, p. I-2927 et la jurisprudence rendue ultérieurement. Sur ces questions, voir Christine Kaddous, *Le rôle de la Cour de justice dans l'interprétation de l'accord d'association CEE-Turquie*, in : « La Turquie et l'Union européenne », Baptiste Bonnet (dir.), Collection Droit de l'Union européenne, Bruylant (Bruxelles), 2012, p. 79-103.

Il ressort de cette clause, que pour les élèves domiciliés en France voisine, il y a deux autres conditions cumulatives qui doivent être remplies : celle relative au fait que les élèves doivent déjà être scolarisés dans l'enseignement public genevois et celle relative à l'assujettissement fiscal d'au moins un des parents.

Sous l'angle du respect de la clause de *stand still*, il convient déjà de constater que la **condition liée au fait d'être déjà scolarisé dans l'enseignement public genevois ne figurait pas dans l'article 23 du REP applicable au 1^{er} juin 2002**, date d'entrée en vigueur de l'ALCP. La disposition, applicable à l'époque, avait la teneur suivante :

« Art. 23 Elèves domiciliés hors du canton

¹ *Les enfants dont le répondant jouit du statut de frontalier, assujetti à Genève sur le revenu de l'activité rémunérée qu'il exerce de manière permanente dans le canton, ainsi que les enfants genevois et confédérés peuvent être admis dans l'enseignement public genevois dans la limite des places disponibles.*

Convention Vaud-Genève

² *Une convention signée entre les cantons de Vaud et de Genève dite « Convention Vaud-Genève » précise les conditions à remplir pour être admis dans l'enseignement public genevois.*

³ *Par analogie, lorsque les parents n'habitent pas Genève et ne paient pas d'impôts dans ce canton, ils sont astreints à payer une taxe scolaire annuelle dont le montant est celui imposé aux parents d'élèves par la convention Vaud-Genève.*

La condition de « **déjà scolarisés dans l'enseignement public genevois** » est donc nouvelle par rapport à la réglementation applicable en 2002. Elle **constituerait une nouvelle mesure restrictive** prise par la Suisse à l'égard des bénéficiaires de l'ALCP et serait **contraire à la clause de *stand still* inscrite à l'article 13**. Il est vrai que la lettre b) de la réglementation actuellement en vigueur, qui stipule que sont également admis dans l'enseignement primaire public genevois « *les frères et sœurs ainsi que les demi-frères et les demi-sœurs des enfants scolarisés au sein d'établissements scolaires publics genevois* » vient quelque peu élargir le cercle des élèves potentiellement admissibles, en vertu de l'article 23 du REP, alinéa 1, en permettant que tous les enfants d'une « même » famille puissent bénéficier du même traitement et du même enseignement public. Toutefois, il reste que la règle cantonale actuelle est plus restrictive que celle qui était applicable au moment de l'entrée en vigueur de l'ALCP.

De même, la possibilité envisagée dans **l'ancien alinéa 3 de l'article 23** (version 2002) consistant à permettre aux parents qui n'habitent pas Genève et qui ne paient pas d'impôts dans ce canton, de **payer une taxe scolaire annuelle** dont le montant est celui imposé aux parents d'élèves par la Convention Vaud-Genève, qui a désormais disparu, constituerait dès lors, au même titre que la condition précédente, une nouvelle mesure restrictive prise par la Suisse, lorsqu'elle est appliquée aux ressortissants des Etats membres de l'Union européenne. La **disparition de la clause de 2002 serait contraire à la clause de *stand still*** inscrite à l'article 13 de l'ALCP, sauf si elle peut être justifiée.

A ce stade, il suffit de constater que la réglementation cantonale, en vigueur le 14 février 2018, crée des restrictions par rapport à la législation applicable avant l'entrée en vigueur de l'ALCP. Elle constitue **de nouvelles mesures restrictives contraires à l'article 13 de l'ALCP, à moins de pouvoir être justifiées** par des motifs d'ordre public, sécurité publique ou santé publique ou par une raison impérieuse d'intérêt général.

L'examen des justifications envisageables sera effectué ci-après sous lettre B.

B. Droit à l'égalité de traitement en lien avec l'admission aux cours d'enseignement général et la notion d'avantage social

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

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

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

Il est admis dans une jurisprudence bien établie que la règle de l'égalité de traitement prohibe non seulement les restrictions qui se fondent directement sur la nationalité (**discriminations directes**) mais également celles qui par application d'autres critères de distinction que la nationalité aboutissent en fait au même résultat (**discriminations indirectes**). De tels critères peuvent se rapporter, au vu de la jurisprudence, au domicile, au lieu d'imposition, à la filiation à un régime de sécurité ou d'assurance sociale, etc.

S'agissant de l'ALCP, la **Cour de justice** de l'Union européenne, dans son interprétation de l'accord, a considéré que le principe d'égalité de traitement que ce dernier garantit prohibait non seulement les discriminations directes mais également les discriminations indirectes²⁵.

Le **Tribunal fédéral** a, conformément à l'article 16, paragraphe 2, de l'ALCP, tenu compte de la jurisprudence de la Cour de justice antérieure à la date de signature de l'accord pour retenir que « *les règles d'égalité de traitement prohibent non seulement les discriminations ostensibles fondées sur la nationalité (discriminations directes), mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat (discriminations indirectes)* »²⁶.

²⁵ CJUE, arrêt *Graf et Engel* du 6 octobre 2011, aff. C-506/10, Rec. 2011, p. I-9345, pt 26.

²⁶ ATF 131 V 390, consid. 5.1 ; voir, en matière de fiscalité, ATF 136 II 241, consid. 13.1.

En l'espèce, s'agissant de l'admission à l'enseignement primaire, entrent en considération non seulement l'article 3, paragraphe 6, de l'annexe I de l'ALCP, mais également l'article 9, paragraphe 2, de l'annexe I, de l'ALCP.

Conformément à l'article 3, paragraphe 6, de l'annexe I de l'ALCP, « *Les enfants d'un ressortissant d'une partie contractante qui exerce ou non, ou qui a exercé une activité économique sur le territoire de l'autre partie contractante sont admis aux cours d'enseignement général, d'apprentissage et de formation professionnelle dans les mêmes conditions que les ressortissants de l'Etat d'accueil, si ces enfants résident sur son territoire* ».

En vertu de l'article 9, paragraphe 2, de l'annexe I, de l'ALCP, « *le travailleur salarié et les membres de sa famille visés à l'article 3 de la présente annexe y bénéficient des mêmes avantages fiscaux et sociaux que les travailleurs salariés nationaux et les membres de leur famille* ».

Les notions d'avantages fiscaux et sociaux, reprises de l'article 7, paragraphe 2, du règlement n° 492/2011 (ancien art. 7 du règlement n° 1612/68), ont fait l'objet d'une jurisprudence abondante de la Cour de justice de l'Union européenne, à laquelle le Tribunal fédéral s'est largement référé²⁷.

Sont considérés comme des **avantages sociaux** « *tous les avantages qui, liés ou non à un contrat d'emploi, sont généralement reconnus aux travailleurs nationaux en raison, principalement, de leur qualité objective de travailleurs ou du simple fait de leur résidence ordinaire sur le territoire national, et dont l'extension aux travailleurs ressortissants d'autres Etats membres apparaît dès lors comme de nature à faciliter leur mobilité à l'intérieur de la Communauté* »²⁸. La jurisprudence est riche en la matière et illustre la diversité de ce qui est entendu par « avantages sociaux ». Entrent notamment dans cette notion : une prestation sociale garantissant de façon générale un minimum de moyens d'existence²⁹ ; l'octroi d'une allocation spéciale de vieillesse garantissant un revenu minimal aux personnes âgées³⁰ ou encore les cartes de réduction sur les prix de transport délivrés par un organisme national de chemin de fer aux familles nombreuses³¹.

La notion d'avantage social est très large et **l'admission dans l'enseignement primaire public genevois pourrait parfaitement être considérée comme un avantage social** au sens de la jurisprudence.

²⁷ Voir, par exemple, arrêt du Tribunal fédéral, du 7 novembre 2003, réf. 2P.142/2003, consid. 3.4 dans lequel il a refusé la qualification d'avantage social à l'octroi d'une patente de pêche ; ATF 132 V 184, consid. 6 dans lequel le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si des mesures de formation scolaire spéciale au sens de l'art. 19 LAI constituaient des avantages sociaux.

²⁸ CJCE, arrêt *Martinez Sala* du 12 mai 1998, aff. C-85/96, Rec. 1998, p. I-2691, pt 25.

²⁹ Il s'agit d'une prestation garantissant un minimum de moyens d'existence (minimex) belge dans les trois arrêts suivants : CJCE, arrêt *Scriver et Cole* du 27 mars 1985, aff. 122/84, Rec. 1985, p. 1027 ; CJCE, arrêt *Hoeckx* du 27 mars 1985, aff. 249/83, Rec. 1985, p. 973 ; CJCE, arrêt *Grzelczyk* du 20 septembre 2001, aff. C-184/99, Rec. 2001, p. I-6193, pt 27. Voir également, concernant les personnes non économiquement actives, CJCE, arrêt *Trojani* du 7 septembre 2004, aff. C-456/02, Rec. 2004, p. I-7573, pt 42.

³⁰ CJCE, arrêt *Frascogna* du 6 juin 1985, aff. 157/84, 1985, Rec. 1985, p. 1739; voir également un autre arrêt *Frascogna* du 9 juillet 1987, aff. 256/86, Rec. 1987, p. 3431. Voir également pour un revenu garanti aux personnes âgées par la législation d'un Etat membre, CJCE, arrêt *Castelli* du 12 juillet 1984, aff. 261/83, 1984, Rec. 1984, p. 3199.

³¹ CJCE, arrêt *Cristini* du 30 septembre 1975, aff. 32/75, Rec. 1975, p. 1085, pt 19.

En fait, la notion d'avantage social est susceptible de couvrir toutes les prestations sociales qui ne relèvent pas de la sécurité sociale au sens de l'ancien règlement n° 1408/71³² ou aujourd'hui du règlement n° 883/2004.

Sur la base de ces éléments, il convient **d'examiner si l'article 23 du REP contribue à créer des discriminations directes ou indirectes** au sens de l'ALCP.

1. Existence d'une discrimination directe

L'article 23 du REP se réfère au domicile des élèves, en l'occurrence en France voisine. Il n'opère pas de distinction sur la base de la nationalité, puisque cette disposition vise indifféremment des élèves de nationalité suisse, des élèves ressortissants des Etats membres de l'Union européenne ou des élèves ressortissants d'Etats non membres de l'Union européenne, comme par exemple de la Norvège, Islande et Liechtenstein, pour autant qu'ils soient domiciliés en France voisine. **La réglementation sous examen vise donc tous les élèves sans distinction sur la base de la nationalité**, le critère de rattachement étant le domicile.

Cela étant, il convient d'examiner si la réglementation en cause ne créerait pas des discriminations indirectes, interdites par l'ALCP.

Avant de procéder à cet examen, il convient d'analyser les **termes « enfants domiciliés en France voisine »**.

L'ancien article 23 du REP, en vigueur au 1^{er} juin 2002, indiquait comme condition « les enfants dont le répondant jouit du statut de frontalier ». A l'époque, ce statut était accordé à celui qui réside sur le territoire d'une partie contractante et exerce une activité salariée sur le territoire d'une autre partie contractante. **La qualité de frontalier n'est plus liée au domicile dans les pays limitrophes de la Suisse**. Cette notion a évolué.

L'actuel article 23 du REP ne fait plus référence au statut de frontalier, mais se réfère au domicile des élèves « en France voisine ». La proximité géographique a donc été maintenue. Or, vu la disparition des zones frontalières au sens de l'ALCP (pour l'UE-27³³ et des ressortissants de l'AELE), il convient de se demander si la restriction géographique du domicile à la France voisine ne constituerait pas une discrimination par rapport aux personnes qui ne résideraient pas en France voisine mais sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne ou de l'AELE, et dont la condition de l'assujettissement fiscal de l'un des parents exigée par le REP serait remplie.

A cet égard, il apparaît que **la formule de l'actuel article 23, alinéa 1, devrait être adaptée** en vue d'envisager ces autres situations. Elle pourrait par exemple se lire de la manière suivante : *« un élève ne résidant pas dans le canton de Genève (ni dans un autre canton suisse) peut être admis à condition qu'il soit enfant d'un travailleur salarié ou non salarié ressortissant suisse, ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne ou de l'AELE, employé ou exerçant son activité à Genève, et que l'un au moins des*

³² Règlement n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la communauté, JO L 149 du 5.7.1971, p. 2.

³³ Les zones frontalières sont encore applicables pour les ressortissants croates.

parents soit assujetti ». La question de l'assujettissement fiscal sera examinée ci-après.

Après l'analyse à laquelle nous venons de procéder au sujet de la condition du domicile, et suite au constat de l'absence de discrimination directe sur la base de la nationalité, il convient d'examiner si la réglementation en cause ne créerait pas des discriminations indirectes, interdites par l'ALCP.

2. Existence d'une discrimination indirecte

L'article 23, alinéa 1, lettre a) se réfère à **trois conditions cumulatives** : le domicile en France voisine, le fait que les élèves doivent déjà être scolarisés dans l'enseignement public genevois, et enfin que l'un des parents au moins soit assujetti à Genève à l'impôt sur le revenu de l'activité rémunérée qu'il exerce de manière permanente dans le canton.

Le principe d'égalité de traitement sera examiné par rapport aux élèves domiciliés dans le canton (a) et, subsidiairement par rapport aux enfants domiciliés hors canton mais bénéficiant du mécanisme mis en place par la convention intercantonale réglant la fréquentation d'une école située dans un autre canton que celui du domicile (b).

a. Examen de l'égalité de traitement par rapport aux élèves domiciliés dans le canton

Les deux conditions relatives, d'une part, au fait d'être déjà scolarisé dans l'enseignement public genevois, et, d'autre part, au fait que l'un des parents au moins soit assujetti à Genève à l'impôt sur le revenu de l'activité rémunérée qu'il exerce de manière permanente dans le canton ne figurent pas pour les élèves domiciliés dans le canton de Genève. Elles doivent donc être examinées ci-après de manière détaillée.

La législation genevoise en cause subordonne l'accès à l'enseignement public genevois soit à une condition de résidence dans le canton de Genève, soit, pour les élèves résidant en France voisine, aux conditions susmentionnées à l'article 23, alinéa 1, du REP.

Il convient de constater que même si la règle de résidence en France voisine et les deux autres conditions contenues dans l'article 23 du REP s'appliquent indifféremment aux ressortissants suisses et aux ressortissants d'autres Etats membres de l'Union européenne ou d'Etats tiers, elles sont **susceptibles de jouer davantage au détriment des ressortissants des Etats membres de l'Union**, dans la mesure où les non-résidents sont le plus souvent des non-nationaux. C'est ce qu'a été amenée à constater la Cour de justice de l'Union européenne dans plusieurs affaires au cours de ces dernières années³⁴. Elles constituent ainsi des discriminations indirectes sur la base de la nationalité interdites par l'ALCP, lesquelles ne pourraient être admises qu'à la condition d'être objectivement justifiées.

Pour être justifiées, les mesures adoptées doivent être propres à garantir la réalisation d'un objectif légitime et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif.

³⁴ CJUE, arrêts du 14 juin 2012, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-542/09, EU :C :2012 :346, pt 38 et du 20 juin 2013, *Giersch e.a.*, aff. C-20/12, EU :C :2013 :411, pt 44. Voir aussi CJUE, arrêt du 14 décembre 2016, *Bragança Linares Verruga e.a.*, aff. C-238/15, EU :C :2016 :949, pt 43.

La question se pose alors de savoir quels objectifs pourraient être invoqués.

a.1. Motifs d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique

L'article 5 de l'annexe I stipule que les droits garantis par l'ALCP peuvent être limités par des mesures justifiées par des **raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique** et renvoie aux directives 64/221, 72/194 et 75/35³⁵. La directive 64/221, auquel l'ALCP renvoie, concerne les dispositions relatives à l'entrée sur le territoire, à la délivrance ou au renouvellement du titre de séjour, ou à l'éloignement du territoire, qui sont adoptées par les Etats membres pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique³⁶. Transposées à la relation Suisse-Union européenne, ces dispositions signifient que les parties contractantes ne peuvent prendre de telles mesures à l'égard des ressortissants de l'autre partie que si les conditions fixées dans la directive sont remplies. A notre avis, ces motifs n'entrent pas en considération dans le contexte de l'article 23 du REP. En effet, les trois raisons visées sont d'interprétation stricte. Elles ne sauraient être ainsi interprétées comme susceptibles de viser les raisons qui animent les autorités genevoises au sujet de la réglementation contestée.

En revanche, peuvent entrer en considération les **raisons impérieuses d'intérêt général**, développées dans la jurisprudence de la Cour de justice, et transposables dans le cadre de l'ALCP.

a.2. Raisons impérieuses d'intérêt général

Conformément à l'article 16, paragraphe 2, de l'ALCP, le **Tribunal fédéral** a repris la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne dans ce domaine, laquelle admet, en plus des motifs d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique expressément prévus dans le traité FUE, des raisons impérieuses d'intérêt général comme justification de discriminations indirectes³⁷. Il s'est référé à des « *considérations objectives* »³⁸ ou des « *raisons objectives* »³⁹, lesquelles doivent, en outre, respecter le **principe de proportionnalité**. Il convient de noter que l'article 22, paragraphe 4, *in fine* de l'annexe I de l'ALCP, admet expressément les « **raisons impérieuses liées à un**

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

³⁶ Art. 2 § 1 directive 64/221.

³⁷ CJCE, arrêt *van Binsbergen* du 3 décembre 1974, aff. 33/74, Rec. 1974, p. 1299, pts 12 et 14; CJCE, arrêt *Hartmann* du 18 juillet 2007, aff. C-212/05, Rec. 2007, p. I-6303, pt 30.

³⁸ ATF 130 I 26, consid. 3.2.3.

³⁹ ATF 133 V 265, consid. 5.2.

intérêt général » comme justifications à des réglementations en matière de prestation de services.

La **reconnaissance de telles raisons** fondées sur des objectifs d'intérêt général ne suffit pas à justifier une réglementation constituant une discrimination indirecte. Les règles nationales en cause susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'accès ou l'exercice de certains droits doivent **remplir quatre conditions** en vertu d'une jurisprudence bien établie⁴⁰: elles doivent s'appliquer de manière non discriminatoire, elles doivent se justifier par des raisons impérieuses d'intérêt général, elles doivent être propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et elles ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre.

Selon une jurisprudence constante, il appartient aux **autorités nationales** compétentes de démontrer que leur réglementation répond à de tels critères⁴¹. De surcroît, une telle démonstration ne peut être faite que concrètement, par rapport aux circonstances du cas d'espèce⁴².

En l'occurrence, il s'agit donc pour les **autorités genevoises** de démontrer que la réglementation contenue dans l'article 23, alinéa 1, du REP répond aux conditions fixées dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, reprise par le Tribunal fédéral dans le cadre de l'ALCP.

L'examen de la **jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne** fait apparaître **plusieurs motifs** que les Etats membres ont **invoqués** en vue de justifier l'existence de règles nationales qui fixent par exemple comme condition pour des étudiants ne résidant pas sur le territoire de l'Etat membre concerné d'être les enfants de travailleurs ayant été employés ou ayant exercé leur activité professionnelle dans cet Etat membre pendant une durée ininterrompue d'au moins cinq ans au moment de la demande de l'aide financière pour études supérieures par l'étudiant⁴³. Il convient de les mentionner et de les analyser dans le contexte de l'article 23 du REP.

Dans l'arrêt *Bragança Linares Verruga* du 14 décembre 2016 susmentionné, le gouvernement luxembourgeois avait invoqué **deux objectifs** poursuivis par sa législation nationale. Le premier est un **objectif social**, qui vise à augmenter de manière significative au Luxembourg la part des résidents titulaires d'un diplôme de l'enseignement supérieur. La Cour de justice a admis qu'il s'agit d'un intérêt général reconnu au niveau de l'Union⁴⁴. Elle a également affirmé qu'il paraît légitime que l'Etat cherche à s'assurer que le travailleur frontalier présente effectivement un lien d'intégration avec la société luxembourgeoise en exigeant un rattachement suffisant pour lutter contre le risque de voir apparaître en l'occurrence un « tourisme des bourses d'études »⁴⁵. En revanche, la Cour

⁴⁰ CJCE, arrêt *Gebhard* du 30 novembre 1995, aff. C-55/94, Rec. 1995, p. I-4165, pt 37 ; CJCE, arrêt *Säger* du 25 juillet 1991, aff. C-76/90, Rec. 1991, p. I-4221, pt 15 ; CJUE, arrêt *Commission c. Portugal* du 21 juillet 2011, aff. C-518/09, EU : C :2011 :501, pt 64 ; CJUE, arrêt *Politano* du 8 septembre 2016, aff. C-225/15, EU : C :2016 :645, pt 40.

⁴¹ CJCE, arrêt *Commission c. Pays-Bas* du 20 septembre 2007, aff. C-297/05, Rec. 2007, p. I-7467, pt 76 ; CJCE, arrêt *Commission c. Portugal* du 10 avril 2008, aff. C-265/06, Rec. 2008, p. I-2245, pt 39 ; CJCE, arrêt *Commission c. Belgique* du 6 septembre 2012, aff. C-150/11, EU : C :2012 :539, pt 54.

⁴² CJCE, arrêt *ATRAL* du 8 mai 2003, aff. C-14/02, Rec. 2003, p. I-4431, pt 67 ; CJCE, arrêt *Commission c. Belgique* du 6 septembre 2012, aff. C-150/11, EU : C :2012 :539, pt 54.

⁴³ CJUE, arrêt du 14 décembre 2016, *Bragança Linares Verruga e.a.*, aff. C-238/15, EU : C :2016 :949, voir point 12 sur le détail de la législation en cause.

⁴⁴ CJUE, arrêt du 14 décembre 2016, *Bragança Linares Verruga e.a.*, aff. C-238/15, EU : C :2016 :949, pt 46.

⁴⁵ CJUE, arrêt du 14 décembre 2016, *Bragança Linares Verruga e.a.*, aff. C-238/15, EU : C :2016 :949, pt 58.

a considéré que la condition d'avoir un parent ayant travaillé au Luxembourg de manière ininterrompue pendant une durée minimale de 5 ans au moment de la demande d'aide financière comporte une restriction qui va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif légitime visant à augmenter le nombre de diplômés de l'enseignement supérieur au sein de la population résidente du Luxembourg⁴⁶.

Dans un arrêt antérieur du 20 juin 2013, mettant toujours en cause le Luxembourg, celui-ci avait également invoqué un **objectif d'ordre budgétaire** en vue de justifier le traitement différencié des travailleurs frontaliers en ce qui concerne l'octroi de l'aide financière de l'Etat pour études supérieures. Au sujet du motif budgétaire, le gouvernement luxembourgeois affirmait qu'en raison de contraintes budgétaires, il ne lui était pas possible de se montrer plus généreux à l'égard des étudiants non-résidents au Luxembourg, sans compromettre le financement du système d'aide tout entier. La Cour de justice a rappelé que « *si des considérations d'ordre budgétaire peuvent être à la base des choix de politique sociale d'un Etat membre et influencer la nature ou l'étendue des mesures de protection sociale qu'il souhaite adopter, elles ne constituent toutefois pas en elles-mêmes un objectif poursuivi par cette politique, et partant, ne sauraient justifier une discrimination au détriment des travailleurs migrants* »⁴⁷. Elle a ajouté que « *admettre que des considérations d'ordre budgétaire puissent justifier une différence de traitement entre travailleurs migrants et travailleurs nationaux impliquerait que l'application et la portée d'une règle aussi fondamentale du droit de l'Union que le principe de non-discrimination en raison de la nationalité puissent varier, dans le temps et l'espace, selon l'Etat des finances des Etats membres* »⁴⁸.

Sur la base de cette jurisprudence, il apparaît que le **traitement différencié** des enfants de travailleurs « frontaliers » suisses, ressortissants des Etats membres de l'Union européenne ou de l'AELE, sur la base de la résidence et de l'assujettissement fiscal **pourrait éventuellement être envisagé** sur la base d'un **objectif d'ordre social** permettant de justifier l'exigence d'un lien social avec le canton de Genève, en particulier par le fait que l'un des parents contribue au financement des politiques sociales du canton de Genève avec les contributions fiscales et sociales qu'il ou elle paie, en vertu de l'activité à caractère permanente exercée dans le canton⁴⁹.

Il paraît légitime que le Canton de Genève cherche à s'assurer que le parent dont l'enfant suivra l'enseignement public primaire présente effectivement un lien d'intégration avec la société genevoise en exigeant un rattachement suffisant pour lutter contre le risque de voir apparaître un tourisme scolaire dans les écoles du canton. A cet égard, la condition d'une durée de travail minimal, actuelle ou passée, à Genève du parent de l'élève, exigée pour que les enfants puissent être admis dans l'enseignement public genevois, est de nature à établir un rattachement avec la société genevoise⁵⁰. Il convient de relever que les dispositions de l'ALCP prennent en compte dans l'article 3, paragraphe 6 et l'article 9, paragraphe 2, de l'annexe de l'ALCP, l'exercice d'une activité économique passée sur le

⁴⁶ CJUE, arrêt du 14 décembre 2016, *Bragança Linares Verruga e.a.*, aff. C-238/15, EU :C :2016 :949, pt 69.

⁴⁷ CJUE, arrêt du 20 juin 2013, *Giersch e.a.*, aff. C-20/12, EU :C :2013 :411, pt 51.

⁴⁸ CJUE, arrêt du 20 juin 2013, *Giersch e.a.*, aff. C-20/12, EU :C :2013 :411, pt 52.

⁴⁹ Voir par analogie, CJUE, arrêt du 14 décembre 2016, *Bragança Linares Verruga e.a.*, aff. C-238/15, EU :C :2016 :949, pt 50.

⁵⁰ Voir par analogie, CJUE, arrêt du 14 décembre 2016, *Bragança Linares Verruga e.a.*, aff. C-238/15, EU :C :2016 :949, pts 57 et 58.

territoire de l'autre partie contractante à l'accord. Cet élément devra aussi être intégré dans les réflexions en vue d'une nouvelle formule de l'article 23 du REP.

Dans l'arrêt *Bragança Linares Verruga*, la Cour de justice a considéré que l'exigence d'une période ininterrompue de travail de cinq ans imposée par la réglementation luxembourgeoise comportait une restriction qui **allait au-delà de ce qui est nécessaire** pour atteindre l'objectif légitime dans l'affaire en cause, qui était celui d'augmenter le nombre de diplômés de l'enseignement supérieur au sein de la population résidente au Luxembourg⁵¹. L'idée d'un tel rattachement a toutefois été admise. C'est en l'occurrence la durée minimale et ininterrompue de cinq ans qui a été considérée comme disproportionnée. Ces éléments pourront être pris en considération dans l'adaptation de la réglementation cantonale.

Pourrait aussi être envisagée la formule actuelle de l'article 23 du REP, « ...pour autant que l'un des parents au moins soit assujéti à Genève à l'impôt sur le revenu de l'activité rémunérée qu'il exerce de manière permanente dans le canton », mais **quid** si le parent ne dispose plus d'un contrat à durée indéterminée, ou si plus aucun parent ne remplit cette condition et que l'élève a été scolarisé pendant un certain nombre d'années et que les parents souhaitent maintenir leur enfant dans l'enseignement public genevois ? De **telles situations devraient aussi être envisagées**, en prenant en considération une participation financière des parents pour couvrir les frais. La convention intercantonale de 2005 pourrait ici servir de source d'inspiration.

En revanche, un **objectif de nature purement budgétaire serait difficilement admissible pour justifier la réglementation cantonale compte tenu de la jurisprudence** évoquée ci-dessus, même s'il convient de constater qu'aujourd'hui, en 2018, un tel objectif devient à nos yeux de plus en plus justifiable compte tenu du contexte économique dans les divers Etats membres de l'Union européenne. Cependant, la jurisprudence n'a pas évolué en ce sens, seuls de nouveaux cas soumis à la Cour de justice seraient potentiellement susceptibles de conduire la Cour à faire évoluer sa jurisprudence.

En guise de conclusion, **l'article 23 du REP présente des discriminations indirectes interdites par l'ALCP, sauf si elles sont justifiées** par une raison impérieuse d'intérêt général et si la réglementation s'applique de manière non discriminatoire, qu'elle est propre à garantir la réalisation de l'objectif d'ordre social visé et qu'elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre.

b. Examen de l'égalité de traitement par rapport aux élèves domiciliés dans un autre canton de Suisse mais bénéficiant du mécanisme mis en place par la convention intercantonale

L'article 23, alinéa 2, du REP prévoit que « *les enfants domiciliés hors canton peuvent être scolarisés très exceptionnellement à Genève, selon les termes fixés par la convention*

⁵¹ Voir par analogie, CJUE, arrêt du 14 décembre 2016, *Bragança Linares Verruga e.a.*, aff. C-238/15, EU :C :2016 :949, pts 69 et 70.

intercantonale réglant la fréquentation d'une école située dans un autre canton que celui du domicile ».

Le texte aujourd'hui en vigueur est la Convention du 20 mai 2005, qui lie les cantons de Berne, Fribourg, Genève, Jura, Neuchâtel, Valais et Vaud⁵². Le principe de base applicable est que les élèves des classes enfantines et des établissements de la scolarité obligatoire notamment, **fréquentent en principe les écoles ou établissements de leur canton de domicile (principe de territorialité)**⁵³. Toutefois, la Convention définit des exceptions de portée générale que les cantons de la Suisse romande ont décidé d'admettre, « *sous réserve des législations cantonales, du nombre de places disponibles et d'effectifs qui deviendraient insuffisants dans le canton de domicile* »⁵⁴.

Sur le **plan financier**, sauf pour le cas où un changement de domicile intervient au cours d'une année scolaire⁵⁵, pour tous les autres élèves admis à fréquenter un établissement sis dans un autre canton que leur canton de domicile, une **participation financière annuelle** est versée par le canton de domicile au canton d'accueil. Le montant de la participation financière est fixé par la Conférence intercantonale de l'instruction publique et figure en annexe de la convention⁵⁶. Aucun écolage n'est facturé par le canton d'accueil aux parents des élèves admis. En revanche, le canton de domicile des parents facture à ces derniers l'écolage qu'ils auraient, le cas échéant, dû payer si l'élève avait fréquenté l'établissement correspondant du canton de domicile. D'autres règles plus détaillées figurent dans la convention.

Il ressort de la convention intercantonale que les élèves domiciliés hors du canton de Genève contribuent, par une participation financière annuelle versée par leur canton de domicile au canton d'accueil. Il s'agit ici d'une participation aux frais liés à l'enseignement mis en place dans le canton d'accueil. Cette **participation correspond**, sans discuter à ce stade du montant de ladite participation, à la contribution fiscale que l'un des parents effectue pour les élèves domiciliés « en France voisine » en étant assujéti fiscalement dans le canton de Genève pour une activité rémunérée qu'il exerce de manière permanente.

En revanche, il est intéressant de noter que dans la convention intercantonale, il est tenu compte « **du nombre de places disponibles** ». Ce dernier élément, qui était présent dans la législation antérieure de l'article 23 du REP, a disparu de la version de cette même disposition, en vigueur depuis le 14 février 2018.

Cet élément paraît intéressant et il convient **d'examiner s'il pourrait être « réintroduit »** dans une adaptation future de l'article 23 du REP. En reprenant cette formule, on assurerait une **égalité de traitement** entre les enfants domiciliés dans un Etat membre de l'Union européenne ou de l'AELE, dont l'un des parents est assujéti à l'impôt sur le revenu dans le canton de Genève et les enfants domiciliés dans un autre canton de Suisse, pour autant que la participation financière entre cantons soit en commune mesure

⁵² Convention intercantonale du 20 mai 2005 réglant la fréquentation d'une école située dans un canton autre que celui de domicile, ROF 2005_097.

⁵³ Article 1 de la Convention intercantonale du 20 mai 2005.

⁵⁴ Article 1, alinéa 2, de la Convention intercantonale du 20 mai 2005.

⁵⁵ Article 9, alinéa 1, de la Convention intercantonale du 20 mai 2005.

⁵⁶ Article 9, alinéa 2, de la Convention intercantonale du 20 mai 2005.

avec la participation supposée du parent payant un impôt sur le revenu dans le canton de Genève.

Au-delà de cet élément, il conviendrait encore d'examiner, **si une clause « sous réserve du nombre de places disponibles » serait admissible sur la base de l'ALCP.**

Cette formule constitue une **potentielle restriction quantitative à l'admission** des personnes dans l'enseignement public genevois. Cela conduit à une restriction possible de la libre circulation des travailleurs salariés ou indépendants, qui ont des enfants scolarisables en vertu de l'article 23 du REP. Il conviendrait alors **d'examiner cette restriction au regard des justifications admissibles** en vertu de l'ALCP. Entrent en considération les raisons impérieuses d'intérêt général définies par la jurisprudence de la Cour de justice et reprises par le Tribunal fédéral.

Comme expliqué plus haut, le **motif d'ordre budgétaire** n'a pas été expressément admis par la jurisprudence de la Cour de justice à ce jour. S'il devait l'être, ce serait en rapport avec une raison impérieuse d'intérêt général liée, comme cela a été admis par la jurisprudence notamment à l'équilibre du système de santé ou le maintien de l'ordre public. Toutefois, le **régime des justifications** est tel qu'il impose d'établir à la fois l'aptitude de la restriction à protéger l'intérêt général en cause poursuivi, son efficacité, et son caractère non disproportionné.

Les **autorités genevoises devraient donc examiner** s'il est objectivement possible de démontrer la mise en danger du système de l'enseignement public genevois par l'admission des élèves non domiciliés sur le territoire du canton de Genève.

Conclusions

1. L'article 23, alinéa 1, lettre a), du REP doit être considéré comme incompatible avec l'ALCP.
2. L'article 23, alinéa 1, lettre a), du REP viole la clause de *stand still* de l'article 13 de l'ALCP, parce qu'il crée de nouvelles mesures restrictives prises par la Suisse à l'égard des bénéficiaires de l'ALCP.
3. L'article 23, alinéa 1, lettre a), du REP n'opère pas de distinction sur la base de la nationalité et ne crée pas de discrimination directe interdite par l'ALCP.
4. La règle de la résidence en France voisine et les deux autres conditions contenues dans l'article 23, alinéa 1, lettre a), du REP sont susceptibles de jouer davantage au détriment des ressortissants des Etats membres de l'Union, dans la mesure où les non-résidents sont le plus souvent des non-nationaux. Elles créent donc des discriminations indirectes interdites par l'ALCP, à moins d'être justifiées.
5. Les conditions inscrites dans l'article 23, alinéa 1, lettre a), du REP ne peuvent pas être justifiées au titre des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, contenues dans l'ALCP.

6. Les conditions inscrites dans l'article 23, alinéa 1, lettre a), ne peuvent pas, dans leur formulation actuelle, être justifiées sur la base des raisons impérieuses d'intérêt général, développées par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, et reprises par le Tribunal fédéral. Elles devraient être adaptées en tenant compte d'un objectif d'ordre social que les autorités cantonales doivent développer en vue de justifier le lien d'intégration exigé avec la société genevoise et de lutter contre le risque d'un tourisme scolaire dans les écoles du canton.
7. Une clause libellée telle que « dans la mesure des places disponibles » constituerait une potentielle restriction quantitative à l'admission des personnes dans l'enseignement public genevois, laquelle serait interdite par l'ALCP, à moins d'être justifiée au regard des raisons impérieuses d'intérêt général développées par la Cour de justice et reprises par le Tribunal fédéral. Les autorités cantonales devraient démontrer un risque de mise en danger du système de l'enseignement public genevois par une acceptation trop large des élèves non domiciliés sur le territoire du canton de Genève.

Genève, le 13 octobre 2018

Prof. Christine Kaddous

