

# **L'admission des enfants de parents frontaliers dans l'enseignement primaire: la portée de l'in- terdiction de discrimination dans l'Accord sur la libre circulation des personnes**

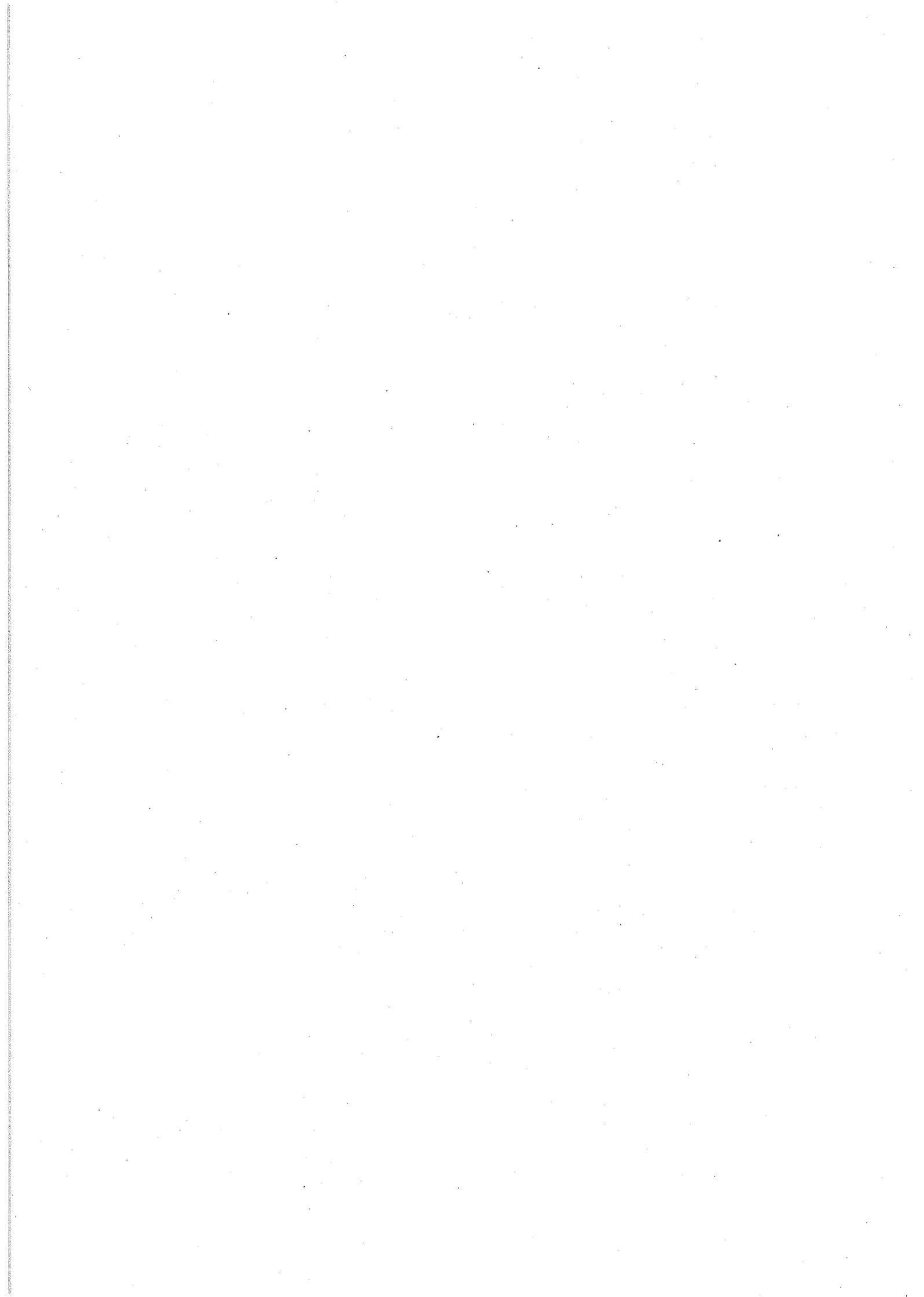
*Avis de droit établi à la demande du Canton de Genève*

*Avril 2019*

*Prof. Astrid Epiney, LL.M.*

*Déborah Sangsue, MLaw*

*Institut de droit européen, Université de Fribourg*



## Table des matières

Table des matières .....	IX
Bibliographie.....	X
Sources officielles.....	XVII
Abréviations .....	XIX
<b>§ 1 Introduction .....</b>	<b>1</b>
<b>§ 2 L'ALCP : aperçu et caractéristiques .....</b>	<b>3</b>
<b>§ 3 La portée juridique de l'ALCP en lien avec l'accès des enfants de parents frontaliers à l'enseignement obligatoire .....</b>	<b>7</b>
I. Les dispositions pertinentes de l'ALCP .....	7
II. La portée des interdictions de discrimination fondée sur la nationalité et la restriction de l'admission des enfants de parents frontaliers dans l'enseignement obligatoire .....	8
1. L'art. 3 par. 6 Annexe I ALCP .....	8
2. L'art. 9 par. 2 Annexe I ALCP .....	11
3. L'art. 2 ALCP .....	16
aa. Généralités .....	16
bb. En particulier : la justification.....	21
cc. L'art. 2 ALCP et l'admission d'enfants frontaliers à l'école publique obligatoire .....	24
<b>§ 4 Résumé et conclusion .....</b>	<b>29</b>
I. Résumé.....	29
II. Conclusion .....	30

## Bibliographie

- AMARELLE Cesla/NGUYEN Minh Son (éd.), Code annoté de droit des migrations, vol. III: Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), Berne 2014 (cité: AUTEUR, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté, vol. III).
- AUBRY GIRARDIN Florence, L'interprétation et l'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes du point de vue de la jurisprudence, in: Astrid Epiney/Beate Metz/Robert Mosters (éd.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU. Auslegung und Anwendung in der Praxis / L'Accord sur la libre circulation des personnes Suisse-UE. Interprétation et application dans la pratique, Zurich 2010, 29 ss.
- BENESCH Sebastian, Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft: ein Beitrag zum schweizerischen Europäisierungsprozess, Tübingen 2007.
- BIEBER Roland/EPINEY Astrid/HAAG Marcel/KOTZUR Markus, Die Europäische Union. Europarecht und Politik, 13<sup>ème</sup> éd., Baden-Baden 2019 (cité: AUTEUR, in: Bieber/Epiney/Haag/Kotzur, EU).
- BOILLET Véronique, L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'accord sur la libre circulation, Bâle 2010.
- BOILLET Véronique/MARTENET Vincent, La mise en œuvre de l'interdiction de discrimination au sens de l'ALCP. Principes, enjeux et illustrations à l'aide de l'imposition à la source, in: Astrid Epiney/Tobias Fasnacht (éd.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen 2010/2011, Zurich 2011, 321 ss.
- BOKEHOL Arno, Die soziale Sicherung der Grenzgänger, ZESAR 2014, 168 ss.
- BORCHI Alvaro, La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE. Commentaire article par article de l'accord du 21 juin 2009, Genève 2010.
- BUCHER Silvia, Das FZA und Anhang K des EFTA-Übereinkommens in der sozialrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts (2. Teil), in: Astrid Epiney/Nina Gamenthaler (éd.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen 2009/2010, Zurich 2010, 453 ss.
- CALLIESS Christian/RUFFERT Matthias (éd.), EUV / AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar, 5<sup>ème</sup> éd., Munich 2016 (cité: AUTEUR, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV).
- CARONI Martina/SCHIEBER Nicole/PREISIG Christa/ZOETEWELJ Margarite, Migrationsrecht, 4<sup>ème</sup> éd., Berne 2018.
- COTTIER Thomas, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht, RDS 2015 I, 325 ss.
- EICHENHOFER Eberhard, Sozialrecht der Europäischen Union, 7<sup>ème</sup> éd., Berlin 2018.
- EPINEY Astrid, Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit – Überblick und ausgewählte Aspekte, in: Alberto Achermann/Astrid Epiney/Walter Kälin/Minh Son

- Nguyen (éd.), *Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration* 2004/2005, Berne 2005, 45 ss.
- EPINEY Astrid, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, *ZBJV* 2005, 1 ss.
- EPINEY Astrid, Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Personenfreizügigkeitsabkommen, *RSJ* 2009, 25 ss.
- EPINEY Astrid, Rechtsgrundlagen der Migration in Europa, in: Hartmut Bauer/Pedro Cruz Villalon/Julia Iliopoulos-Strangas (éd.), *Die neuen Europäer – Migration und Integration in Europa*, *SIPE* 5, Baden-Baden et al. 2009, 115 ss.
- EPINEY Astrid, Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU: Erfahrungen, Herausforderungen und Perspektiven, in: Alberto Achermann/Cesla Amarelle/Martina Caroni/Astrid Epiney/Walter Kälin/Peter Uebersax (éd.), *Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration* 2011/2012, Berne 2012, 81 ss.
- EPINEY Astrid, Zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht: eine politische oder eine rechtliche Frage? Ein Beitrag zur aktuellen Diskussion um den Vorrang des Völkerrechts und die Bindungswirkung der Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, *Jusletter* du 16.12.2013.
- EPINEY Astrid, Zur rechtlichen Tragweite der Art. 121a, Art. 197 Ziff. 11 BV – ausgewählte Aspekte / La portée juridique des articles 121a et 197 ch. 11 Cst. – aspects choisis, *Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 17 / Cahiers fribourgeois de droit européen n° 17*, Fribourg 2014 (traduction: PRAZ Emilie).
- EPINEY Astrid, Auslegung und Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum nationalen Recht. Zum Urteil des Bundesgerichts 2C\_716/2014 vom 26. November 2015, *Jusletter* du 14.03.2016.
- EPINEY Astrid, Freizügigkeit Schweiz – EU: status quo, Perspektiven und offene Fragen, in: Alberto Achermann/Cesla Amarelle/Martina Caroni/Astrid Epiney/Jörg Künzli/Peter Uebersax (éd.), *Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration* 2015/2016, Berne 2016, 3 ss.
- EPINEY Astrid, Doppelbürgerschaft und Familiennachzug: zum Anwendungsbereich des FZA. Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichts 2C\_284/2016 vom 17. Januar 2017, *PJA* 2017, 752 ss.
- EPINEY Astrid/AFFOLTER Sian, Das Institutionelle Abkommen und die Unionsbürgerrichtlinie, 24 S., *Jusletter* du 11.03.2019.
- EPINEY Astrid/MEIER Annekathrin/EGBUNA-JOSS Andrea, Schengen/Dublin, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals (éd.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, Handbuch, Zurich 2007, 903 ss.
- EPINEY Astrid/METZ Beate/PIRKER Benedikt, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz. Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der „Bilateralen Abkommen“, Zurich 2012.
- EPINEY Astrid/MOSTERS Robert, Un exemple d'interprétation des accords conclus entre la Suisse et l'UE: l'accord sur la libre circulation des personnes, in: Astrid Epiney/Florence Rivière (éd.), *Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“*. Zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstandes durch Drittstaaten, insbesondere die Schweiz / *Interprétation et application des „traités d'intégration“*. De

- la reprise de l'acquis communautaire par des Etats tiers, notamment par la Suisse, Zurich 2006, 57 ss.
- EPINEY Astrid/MOSTERS Robert, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in: Astrid Epiney/Tobias Fasnacht (éd.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen 2011/2012, Zurich 2012, 51 ss.
- EPINEY Astrid/MOSTERS Robert, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in: Astrid Epiney/Stefan Diezig (éd.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen 2013/2014, Zurich 2014, 57 ss.
- EPINEY Astrid/NÜESCH Daniela, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann/Cesla Amarelle/Véronique Boillet/Martina Caroni/Astrid Epiney/Jörg Künzli/Peter Uebersax (éd.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2017/2018, Berne 2018, 273 ss.
- FILLIEZ Fabrice, Application des accords sectoriels par les juridictions suisses: quelques repères, in: Daniel Felder/Christine Kaddous (éd.), Accords Bilatéraux Suisse – UE (Commentaires), Bâle 2001, 183 ss.
- FRANZEN Martin/GALLNER, Inken/OETKER, Hartmut (éd.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, Munich 2018 (cité: AUTEUR, in: Franzen, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht).
- FUCHS Maximilian (éd.), Europäisches Sozialrecht, 7<sup>ème</sup> éd., Baden-Baden 2018 (cité: AUTEUR, in: Fuchs, Europäisches Sozialrecht).
- FUCHS Maximilian/CORNELISSEN Rob (éd.), A Commentary on EU Regulations 883/2004 and 987/2009, Munich 2015 (cité: AUTEUR, in: Fuchs/Cornelissen, Commentary).
- GARIN Aurore, Quelques considérations sur la libre circulation des travailleurs et la reconnaissance des avantages sociaux au sein de l'UE: une conciliation impossible, une protection en trompe-l'œil?, in: Olivier Hari (éd.), Protection de certains groupements de personnes ou de parties faibles versus libéralisme économique: quo vadis?, Zurich 2016, 193 ss.
- GARRONE Pierre, L'interdiction des discriminations entre situations internes et transfrontalières: un principe général du droit communautaire, RSDIE 2003, 211 ss.
- GORI Gisella, Towards an EU Right to Education, The Hague 2001.
- GROSSEN Dieter/DE COULON Claire, Bilaterales Abkommen über die Freizügigkeit zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals (éd.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Zurich et al. 2007, 135 ss.
- GUILD Elspetz/PEERS Steve/TOMKIN Jonathan, The EU Citizenship Directive. A Commentary, Oxford 2014.
- HANGARTNER Yvo, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit im Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft, PJA 2003, 257 ss.

- HANGARTNER Yvo, Unmittelbare Anwendbarkeit völker- und verfassungsrechtlicher Normen, RDS 2007 I, 137 ss.
- IMHOF Edgar, Das Freizügigkeitsabkommen EG – Schweiz und seine Auslegungsmethode, ZESAR 2007, 155 ss, 217 ss.
- KADDOUS Christine, La libre circulation des personnes, la directive 2004/38 et l'Accord bilatéral, RSDIE 2006, 213 ss.
- KADDOUS Christine, La place des Accords bilatéraux II dans l'ordre juridique de l'Union européenne, in: Christine Kaddous/Monique Jametti Greiner (éd.), Accords bilatéraux II Suisse – UE et autres Accords récents / Bilaterale Abkommen II Schweiz – EU und andere neue Abkommen, Genève, Bâle 2006, 63 ss.
- KADDOUS Christine/GRISEL Diane, Libre circulation des personnes et des services, Bâle 2012.
- KAHIL-WOLFF Bettina, L'arrêt de la CJCE du 11 septembre 2008 dans l'affaire C-228/07 «Petersen» et d'autres développements du droit social européen, RSAS 2009, 485 ss.
- KAHIL-WOLFF Bettina/GREBER Pierre-Yves, Sécurité sociale: aspects de droit national, international et européen, Genève/Bâle 2006.
- KAHIL-WOLFF Bettina, Droit social européen Union européenne et pays associés, Genève/Zurich/Bâle 2017.
- KÄLIN Walter, Die Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens für das Ausländerrecht, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (éd.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EG, Berne 2002, 11 ss.
- KLEBER Eleonor, La discrimination multiple – Etude de droit international, suisse et européen, Genève 2015.
- MACHERET Augustin/WILSON Barbara, Ile Cour de droit public du Tribunal fédéral -- Arrêt du 2 novembre 2001 (Admission du recours de droit public interjeté contre l'arrêt du Tribunal administratif du 15 mars 2001, RFJ 2001 p. 132 ss), RFJ 2001, 366 ss.
- MAIANI Francesco, La «saga Metock», ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la gestion des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne, RDS 2011 I, 27 ss.
- MAIANI Francesco, Non-discrimination, Etat-providence et droit primaire de l'Union européenne, in: Astrid Epiney/Teresia Gordzielik (éd.), Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen – Libre circulation des personnes et accès aux prestations étatiques, 1 ss.
- MARTENET Vincent/BOILLET Véronique, L'égalité dans les relations entre particuliers et l'Accord sur la libre circulation des personnes, in: Astrid Epiney et al. (éd.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen 2007/2008, Zurich 2008, 311 ss.
- MAUDET-BENDAHAN Marilyn, La mobilité géographique du travailleur salarié au sein de l'Union européenne, Paris 2012.

- MAZILLE Clémentine, L'institutionnalisation de la relation entre l'Union européenne et la Suisse. Recherche sur une construction européenne, Zurich 2018.
- MENGHI Martina/QUÉRÉ Jérôme, La libre circulation des européens – Etat des lieux d'un droit fantasmé, Paris/Berlin 2016.
- MERZ Laurent, Le droit de séjour selon l'ALCP et la jurisprudence du Tribunal fédéral, RDAF 2009 I, 248 ss.
- MÉTRAL Jean, L'accord sur la libre circulation des personnes: coordination des systèmes de sécurité sociale et jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, REAS 2004, 185 ss.
- MÉTRAL Jean/MOSER-SZELESS Margit, L'accord sur la libre circulation des personnes: coordination des systèmes de sécurité sociale et jurisprudence du Tribunal fédéral, REAS 2007, 162 ss.
- MÜLLER Jörg Paul/SCHEFER Markus, Grundrechte in der Schweiz, 4ème éd., Berne 2008.
- OESCH, Matthias, Der Einfluss des EU-Rechts auf die Schweiz – von Gerichtsdolmetschern, Gerichtsgutachten und Notaren, RSJ 2016, 53 ss.
- OESCH, Matthias, Grundrechte als Elemente der Wertegemeinschaft Schweiz – EU. Zur Auslegung der Bilateralen Verträge, ZBI 2014, 171 ss.
- PAPAUX Alexandre, Droit scolaire et Territorialité des langues: Bilan critique de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, RFJ 2002, 3 ss.
- PENNINGS Frans, European Social Security Law, 6<sup>ème</sup> éd., Cambridge 2015.
- PIRKER Benedikt, Zu den für die Auslegung der Bilateralen Abkommen massgeblichen Grundsätzen – Gedanken zu BGE 140 II 112 (Gerichtsdolmetscher), ZBI 2015, 295 ss.
- PRÉVITALI Adriano, Quelques réflexions de nature constitutionnelle relatives à l'influence de l'art. 17 al. 2 de la Constitution fribourgeoise sur la langue de la procédure cantonale, RFJ 2010, 202 ss.
- PUSTUL Monika, Freizügigkeit der Unionsbürger und das Recht auf Sozialleistungen in der EU und unter dem Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, Zurich 2014.
- RIONDEL Ghislaine, La prise en charge des soins de santé dans un contexte transfrontalier européen – Problématique générale en Europe et propositions pour la Région franco-valdo-genevoise, Genève/Zurich/Bâle 2016.
- RODIÈRE Pierre, Droit social de l'Union européenne, Paris 2008.
- SCHREIBER Frank/WUNDER Annett/DERN Susanne, VO (EG) Nr. 883/2004. Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, Munich 2012 (cité: AUTEUR, in: Schreiber et al., VO 883/2004).
- SCHWAAB Jean Christophe, Paiement du salaire en euros, adaptation au cours de l'euro: que dit le droit du travail?, Jusletter du 08.08.2011.
- SCHULTE Bernd, Community coordination within the context of pensions including pre-retirement benefits, Gesellschaft für Versicherungswissenschaft und – gestaltung

- e.V, Social Security for Frontier Workers in Europe – Conference 22-23 November 2001, Aachen (Germany), 41 ss.
- SEILER Hansjörg, Einfluss des europäischen Rechts und der europäischen Rechtsprechung auf die schweizerische Rechtspflege, ZBJV 2014, 265 ss.
- TEYSSIÉ Bernard, Droit européen du travail, Paris 2013.
- THÜRER Daniel/HILLEMANN Carolin, Allgemeine Prinzipien, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals (éd.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Handbuch, Zurich 2007, 39 ss.
- TOBLER Christa, Indirect Discrimination – A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law, Oxford 2005.
- VAN DER MEI Pieter, Free Movement of Persons within the European Community – Cross-Border Access to Public Benefits, Oxford 2003.
- WHITE Robin, Workers, Establishment, and Services in the European Union, Oxford 2004.
- WÜGER Daniel, Anwendbarkeit und Umsetzung der Bilateralen Verträge II, in: Astrid Epiney/Florence Rivière/Sarah Theuerkauf/Markus Wyssling (éd.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire Suisse de Droit européen 2004/2005, Berne/Zurich 2005, 287 ss.



## Sources officielles

COMMISSION EUROPÉENNE, Communiqué de presse – L'équité au cœur de la proposition de la commission visant à actualiser les règles de l'Union en matière de coordination de la sécurité sociale, Strasbourg, 13 décembre 2016.

COMMISSION EUROPÉENNE, Commission Staff Working Document – Impact assessment, Strasbourg 2016.

COMMISSION EUROPÉENNE, 50 ans de coordination de la sécurité sociale Passé – Présent – Futur Rapport de la conférence célébrant le 50e anniversaire de la coordination européenne de la sécurité sociale, Prague 2009.

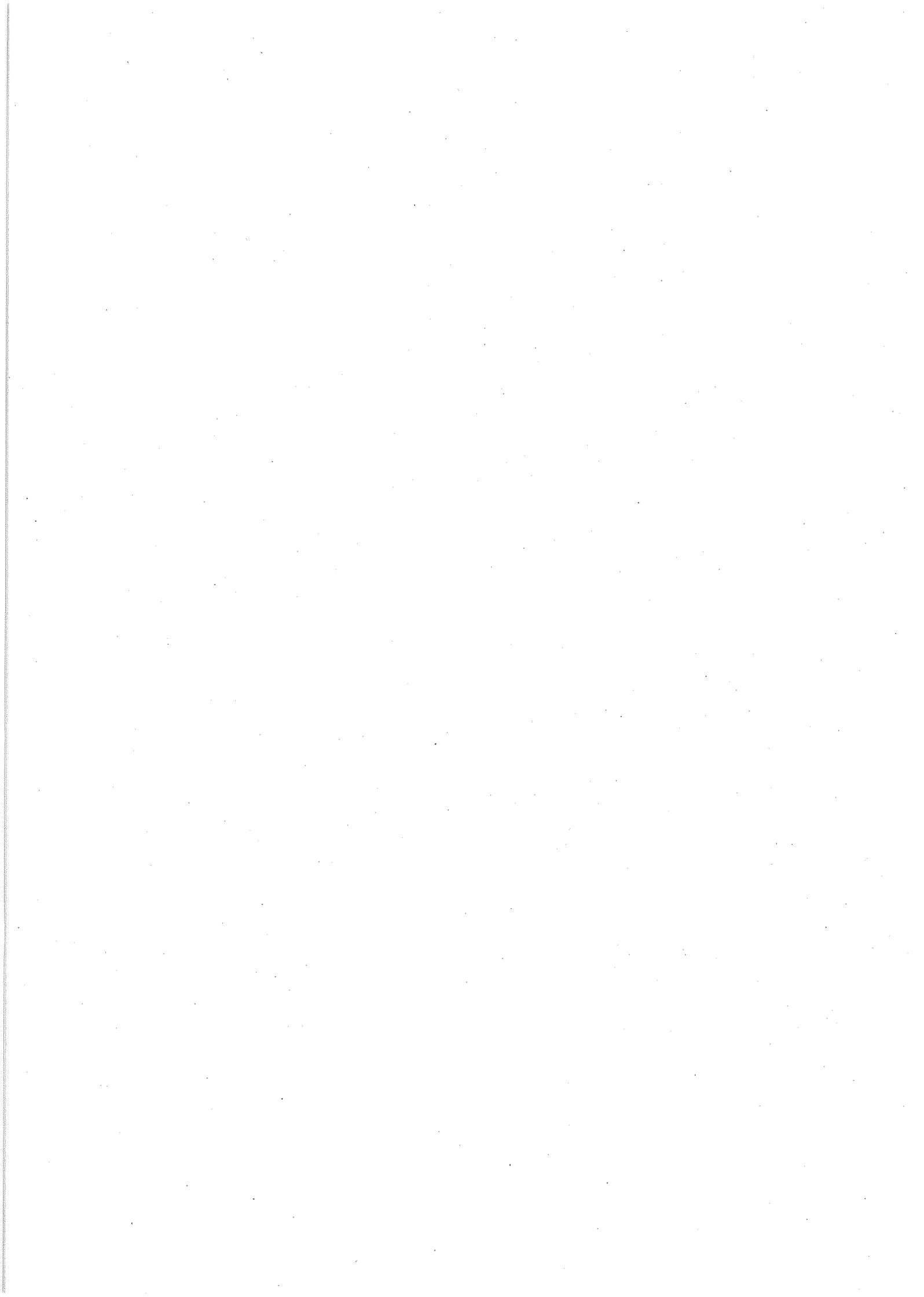
CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 26 juin 1985 concernant Message relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999 5440.

DEUTSCHER BUNDESTAG, Kürzung des Kindergeldes und EU-Recht, Berlin 2014.

DEUTSCHER BUNDESTAG, Kürzung von Kindergeld im Lichte des EU-Rechts, Berlin 2016.

OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES (OFAS), Guide pour l'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne dans le domaine des prestations familiales, édition avril 2012.

OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (OFJ), L'admissibilité de mesures d'intégration à l'égard des citoyens de l'Union européenne – Avis de droit du 6 juillet 2009, JAAC 2010 n° 3, 16 ss.



## Abréviations

aff.	affaire
ALCP	Accord sur la libre circulation des personnes
art.	article(s)
ASDE	Annuaire Suisse de droit européen
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BV	Bundesverfassung
c.	contre
CE	Communauté Européenne
cf.	confer
ch.	chiffre(s)
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
consid.	Considérant
Cst.	Constitution fédérale
ECLI	European Case Law Identifier
éd.	édition / éditeur / éditeurs
EFTA	European Free Trade Association
et al.	et alii
etc.	et caetera
EU	Europäische Union
FF	Feuille Fédérale
FZA	Freizügigkeitsabkommen
idem	de même
JAAC	Jurisprudence des autorités administrative de la Confédération
JO	Journal officiel (de l'Union européenne)
L	
lit.	litera
loc.cit.	loco citato (à l'endroit cité précédemment)
n°	numéro(s)
OFAS	Office fédéral des assurances sociales
OFJ	Office fédéral de la Justice
par.	paragraphe
p.ex.	par exemple
PJA	Pratique juridique actuelle

R	Règlement
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDS	Revue de droit suisse
REAS	Revue Responsabilité et assurances
Rec.	Recueil
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence
RS	Recueil systématique
RSAS	Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle
RSDIE	Revue Suisse de droit international et européen
RSJ	Revue Suisse de jurisprudence
s. / ss	et le / la suivant(e) / les suivant(e)s
SIPE	Societas Iuris Publici Europaei
TAF	Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal fédéral
UE	Union européenne
VO	Verordnung
vol.	volume
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht

## § 1 Introduction

1. L'art. 2 de l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP)<sup>1</sup> érige **l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité** en tant que fondement de l'Accord.<sup>2</sup> Cette interdiction est reprise et concrétisée par plusieurs dispositions spécifiques de l'Accord telles que l'art. 9 Annexe I ALCP s'agissant des conditions d'emploi et de travail et des avantages fiscaux et sociaux pour les travailleurs salariés et l'art. 15 Annexe I ALCP s'agissant de l'accès à une activité indépendante pour les indépendants. Les actes de droit dérivé auxquels renvoient les annexes de l'Accord contiennent également des dispositions consacrant l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité.

2. La formulation de ces différentes interdictions fondées sur la nationalité est inspirée du **droit de l'Union européenne**. En effet, tant l'art. 2 ALCP que les interdictions spécifiques prévues dans l'annexe I ALCP et *a fortiori* celles formulées dans les actes de droit dérivé reprennent les concepts juridiques du droit de l'Union européenne. Malgré une jurisprudence abondante de la CJUE en la matière, un certain nombre de questions n'ont pas encore fait l'objet d'arrêts de la Cour et restent ouvertes.

3. S'agissant de l'ALCP, le Tribunal fédéral et les juridictions cantonales ont rendu de nombreux arrêts relatifs aux différentes interdictions de discrimination fondée sur la nationalité.<sup>3</sup> La question de la **portée exacte du principe de non-discrimination** est toutefois encore régulièrement soulevée, souvent au regard d'une situation précise. Parmi les questions qui se posent très souvent figure celle de savoir si une distinction fondée sur la nationalité peut être justifiée de telle sorte qu'elle serait compatible avec l'Accord.

4. La présente contribution se propose d'analyser une problématique spécifique dans ce contexte, à savoir la question de savoir si une réglementation cantonale qui **restreint l'admission des enfants de parents frontaliers dans l'enseignement obligatoire** est ou peut être compatible avec l'ALCP. La nouvelle réglementation en matière d'admission des enfants de parents frontaliers dans l'enseignement primaire et en particulier l'art. 23 du Règlement de l'enseignement primaire du Canton de Genève (REP)<sup>4</sup> prévoit justement une telle limitation. Selon cette disposition sont admis dans l'enseignement primaire 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»,

---

<sup>1</sup> Accord entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP), RS 0.142.112.681; JO L 114/2002, 6 ss.

<sup>2</sup> Cf. p.ex. TF, 2A.325/2004 du 25 août 2005 consid. 3.3.

<sup>3</sup> Cf. à ce sujet les résumés de la jurisprudence du Tribunal fédéral qui paraissent régulièrement dans l'Annuaire du droit de la migration. Cf. en dernier EPINEY/NÜESCH, Annuaire du droit de la migration 2017/2018, 273 ss.

<sup>4</sup> Règlement de l'enseignement primaire (REP) du 7 juillet 1993, C 1 10.21.

ainsi que leurs frères et sœurs ou demi-frères et demi-sœurs. Par ailleurs, l'art. 23 al. 2 REP prévoit que les enfants domiciliés dans d'autres cantons suisses peuvent être scolarisés «très exceptionnellement à Genève, selon les termes fixés par la convention inter-cantonale réglant la fréquentation d'une école située dans un autre canton que celui de domicile». *A contrario*, les enfants de travailleurs frontaliers qui ne remplissent pas les conditions mentionnées, ne peuvent pas fréquenter l'école primaire à Genève.

5. Pour analyser ces mesures sous l'angle de leur (possible) compatibilité avec l'ALCP, un bref rappel de la réglementation applicable et de ses éléments essentiels, en particulier des spécificités de l'Accord qui servira de base à l'analyse, s'impose (§ 2). Nous examinerons ensuite en détail la compatibilité d'une réglementation cantonale telle qu'esquissée avec l'ALCP (§ 3). Finalement, nous résumerons les principaux résultats de l'analyse et formulerons une brève conclusion (§ 4).

La présente analyse est basée sur une expertise réalisée par les auteures à la demande du Service des affaires extérieures et fédérales (Département présidentiel) du Canton de Genève. Le contenu de cette expertise a été établi de manière indépendante: il a été demandé aux auteures de répondre, de manière indépendante, aux questions qui leur ont été posées sans qu'un quelconque avis préconçu ait été formulé.

La question devant être examinée a été formulée de la manière suivante: «L'avis de droit traite de l'applicabilité et, le cas échéant, de la compatibilité avec l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP) entre la Suisse et l'Union européenne (et ses Etats membres) d'une réglementation cantonale qui restreint l'admission des enfants de parents frontaliers dans l'enseignement obligatoire. En particulier, il s'agit d'examiner la question de savoir si une disposition cantonale telle que l'art. 23 du Règlement de l'enseignement primaire du Canton de Genève, est compatible avec l'ALCP».

Cet avis de droit se base et reprend certains éléments d'un précédent avis de droit rédigé par les auteures en 2017-2018 à la demande du Département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé (DEAS) du Canton de Genève portant sur la compatibilité avec l'ALCP d'une disposition cantonale qui prévoirait que le versement du complément différentiel soit ramené aux montants d'allocations familiales indiqués à l'article 5 de la Loi fédérale sur les allocations familiales pour les personnes résidant à l'étranger dans la mesure où pour les personnes domiciliées dans le canton le montant des allocations familiales serait globalement supérieur.

Nous remercions vivement le Département présidentiel du Canton de Genève, en particulier Mme *Anna-Karina Kolb*, Directrice, pour la confiance témoignée aux auteures et la collaboration très agréable et constructive.

## § 2 L'ALCP : aperçu et caractéristiques<sup>5</sup>

6. Un traitement différent et moins favorable de personnes domiciliées dans un pays membre de l'Union européenne par rapport à des personnes domiciliées sur le territoire cantonal peut se heurter au **principe de non-discrimination**, principe fondamental ancré dans l'**Accord** sur la libre circulation des personnes. Pour cette raison, nous commencerons par rappeler brièvement le contenu et les principales caractéristiques de l'ALCP.

7. L'ALCP a été signé le 21 juin 1999 et est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2002. Il consacre le principe de libre circulation pour les ressortissants des parties contractantes et confère – sous certaines conditions – aux citoyens de l'UE et aux membres de leur famille des **droits de séjour en Suisse**.<sup>6</sup> L'Accord règle également un certain nombre d'aspects relatifs à la **situation juridique** de ces personnes en Suisse et prévoit entre autres à l'art. 1 lit. d ALCP «d'accorder les mêmes conditions de vie, d'emploi et de travail que celles dont bénéficient les nationaux». Nous n'allons pas décrire ici de manière détaillée les caractéristiques de l'ALCP.<sup>7</sup> Il convient toutefois de rappeler certains éléments centraux de l'Accord:

- L'Accord a pour **objectif** de transposer, à la relation entre les États membres de l'UE et la Suisse, les principes fondamentaux de libre circulation des personnes existant déjà entre les États membres de l'UE (cela sur la base de la situation juridique au moment de la signature de l'Accord, les annexes II et III concernant la sécurité sociale et la reconnaissance des diplômes pouvant être modifiées par le Comité mixte selon l'art. 18 ALCP). Certains aspects ponctuels sont toutefois exclus; par exemple, les principes de la libre circulation des prestations de services ne sont repris que partiellement et le concept de citoyenneté européenne ne fait pas partie de l'acquis de l'ALCP.
- Ainsi, une grande partie de l'Accord fait référence, de manière littérale ou dans son esprit, aux **concepts juridiques du droit de l'UE** et à leurs garanties.
- D'un point de vue matériel, l'Accord garantit, sur la base de la **libre circulation des travailleurs et des indépendants ainsi que de la liberté d'établissement** des citoyens européens, une situation juridique semblable à celle régissant le droit de

<sup>5</sup> Quelques éléments du chapitre suivant ont été repris d'une publication déjà parue, cf. EPINEY, La portée juridique des articles 121a et 197 ch. 11 Cst., 61 ss.

<sup>6</sup> Les Suissesses et les Suisses ont les mêmes droits vis-à-vis des États membres de l'UE.

<sup>7</sup> A propos de l'ALCP, p.ex., AMARELLE/NGUYEN (éd.), Code annoté de droit des migrations. Volume III: Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), 2014; BENESCH, Freizügigkeitsabkommen, *passim*; KÄLIN, in: Die sektoriellen Abkommen Schweiz – EG, 11 ss; IMHOF, ZESAR 2007, 155 ss, 217 ss; EPINEY, Annuaire du droit de la migration 2004/2005, 45 ss; EPINEY/MOSTERS, in: Interprétation et application des «traités d'intégration», 57 ss; BORGHİ, Commentaire, *passim*; EPINEY/METZ/PIRKER, Parallelität der Rechtsentwicklung, 101 ss, 155 ss; BOILLET, L'interdiction de discrimination, *passim*; GROSSEN/DE COULON, in: Bilaterale Verträge I & II, 135 ss; CARONI/SCHIEBER/PREISIG/ZOETEWEL, Migrationsrecht, 325 ss; cf. également l'étude récente et exhaustive de MAZILLE, L'institutionnalisation de la relation entre l'Union européenne et la Suisse, *passim*.

l'UE; cela vaut également pour de nombreux aspects concernant les prestations de services de courte durée. De même, la **liberté de circulation des personnes sans activité lucrative** est garantie dans les grandes lignes de la même manière qu'au sein de l'UE,<sup>8</sup> à savoir à la condition d'avoir souscrit une assurance maladie et de posséder des moyens d'existence autonomes suffisants. Cela est également valable pour le regroupement familial et pour les conditions de vie, d'emploi et de travail. La libre circulation doit donc être garantie le plus largement possible.

- Selon l'art. 16 al. 2, 1<sup>ère</sup> phrase, ALCP, dans la mesure où l'application du présent Accord implique des «notions de droit communautaire», il sera tenu compte de la «jurisprudence pertinente de la Cour de justice des Communautés européennes antérieure à la date de sa signature».<sup>9</sup> La **jurisprudence de la CJUE** postérieure à la signature a également un impact considérable, au moins factuel, sur l'interprétation de l'ALCP.<sup>10</sup> Du point de vue juridique ainsi qu'au vu des principes d'interprétation de l'Accord, il semble pertinent de prendre aussi en considération, du moins en principe, la jurisprudence postérieure.<sup>11</sup>
- En ce qui concerne les principes applicables pour l'**interprétation de l'Accord** (qui se conforment aux règles de droit international en raison du caractère international de l'Accord), il est admis (sur la base de l'objectif de l'Accord et en tenant compte de l'art. 16 al. 2, 1<sup>ère</sup> phrase ALCP) que les dispositions de l'ALCP, qui reprennent des garanties du droit de l'UE (de manière littérale ou selon leur sens), sont interprétées conformément à leur signification en droit de l'UE. En effet, l'Accord vise – comme déjà mentionné – à garantir les mêmes droits et obligations que le droit

<sup>8</sup> Sur la base de la Directive 2004/38 relative au droit des citoyens et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (JO 2004 L 158, 77, à propos de cette directive, EPINEY, in: Die neuen Europäer, 115 (167 ss); GUILD/PEERS/TOMKIN, The EU Citizenship Directive, *passim*; toutefois, certaines divergences entre la situation juridique au sein de l'UE d'une part et sur la base de l'ALCP d'autre part doivent être répertoriées, étant donné que les innovations contenues dans la Directive 2004/38 ne sont pas applicables à la Suisse. A ce propos KADDOUS, RSDIE 2006, 213 ss; cf. en lien avec le projet d'un Accord institutionnel entre la Suisse et l'UE en détail EPINEY/AFFOLTER, Jusletter du 11.03.2019.

<sup>9</sup> Cf. par rapport à cette disposition ATF 136 II 241 consid. 11.2; AUBRY GIRARDIN, in: L'Accord sur la libre circulation des personnes Suisse-UE, 29 (43); BOILLET, L'interdiction de discrimination, 53; BORGHI, Commentaire, 314 ss, 325 ss; KADDOUS/GRISEL, Libre circulation des personnes, 860; KAHIL-WOLFF/GREBER, Sécurité sociale, 363; KLEBER, La discrimination multiple, 225; MÉTRAL/MOSER-SZELESS, REAS 2007, 162 (163); SEILER, ZBJV 2014, 265 (275).

<sup>10</sup> Voir en particulier la «prise en considération» de l'arrêt «Metock» (CJUE, aff. C-127/08, Metock, ECLI:EU:C:2008:449) dans l'ATF 136 II 5, dans lequel le Tribunal fédéral affirme que la jurisprudence postérieure à la signature de l'Accord doit être prise en considération, à moins que des motifs sérieux ne s'y opposent. A ce jour, le Tribunal fédéral ne s'est encore jamais écarté pour cette raison de la jurisprudence de la CJUE mais, au contraire, affirme explicitement vouloir la suivre, cf. les références dans les notes 9 et 11.

<sup>11</sup> Également ATF 136 II 5. A propos de cette problématique et dans le même sens EPINEY/METZ/PIRKER, Parallelität der Rechtsentwicklung, 169 ss; EPINEY, ZBJV 2005, 1 ss; MAIANI, RDS 2011 I, 27 ss; AUBRY GIRARDIN, in: L'Accord sur la libre circulation des personnes Suisse-UE, 29 (44); BOILLET, L'interdiction de discrimination, 60; KAHIL-WOLFF/GREBER, Sécurité sociale, 363; KLEBER, La discrimination multiple, 226; OFAS, Guide pour l'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes, 6.

de l'Union. En d'autres termes, l'ALCP tend à garantir, dans son champ d'application, une situation juridique parallèle à celle en vigueur au sein de l'UE. Dès lors, il sied d'appliquer, pour l'interprétation de l'Accord, un «principe d'interprétation parallèle» lorsque l'Accord fait référence à des concepts de droit de l'UE.<sup>12</sup> Une situation juridique différente ne peut être envisagée, dans le cadre de l'Accord, que lorsqu'il est évident que l'on est en présence d'un concept différent de celui du droit de l'UE, qu'il s'agit d'une autre situation juridique et / ou qu'il ressort clairement de l'Accord que celui-ci poursuit un but propre, différent de celui du droit de l'Union.<sup>13</sup>

La jurisprudence du Tribunal fédéral va clairement dans ce sens.<sup>14</sup> Quant à la jurisprudence de la CJUE, elle semble avoir été dans un premier temps un peu plus réservée sur ce point. La jurisprudence récente admet également l'interprétation parallèle.<sup>15</sup>

La question déterminante dans ce contexte et qui se pose régulièrement est celle de savoir si oui ou non une disposition ou une notion de l'Accord fait référence à des concepts de droit de l'UE, respectivement **reprend des dispositions ou des notions du droit de l'Union**.<sup>16</sup> Pour certains aspects, il semble évident que l'Accord se réfère aux concepts du droit de l'Union, comme par exemple pour la notion du travailleur,<sup>17</sup> les raisons justificatives d'après l'art. 5 Annexe I ALCP<sup>18</sup> ou encore lors de la «reprise» d'actes de droit dérivé dans les annexes, tel que le règlement n° 883/2004. Ainsi, il n'est guère surprenant que la jurisprudence du Tribunal fédéral recourt systématiquement aux concepts du droit de l'Union (sur la base de la jurisprudence de la CJUE) pour interpréter les dispositions pertinentes de l'Accord. Pour d'autres aspects, toutefois, le renvoi aux notions du droit de l'Union est moins évident et parfois contesté.<sup>19</sup> Quoiqu'il en soit, les principes d'interprétation de l'Accord esquissés ci-dessus plaident en faveur d'une approche selon laquelle en cas de doute, le renvoi aux notions du droit de l'UE est présumé.<sup>20</sup>

<sup>12</sup> Cf. ATF 130 II 113 consid. 5.2 ss; ATF 136 II 5 consid. 3.4. Cf. aussi les références dans les notes 9, 11 et 13.

<sup>13</sup> Cf. en détail par rapport à l'interprétation de l'Accord EPINEY/BLASER, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté, vol. III, art. 1 ALCP, n° 5 ss; EPINEY/METZ/PIRKER, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU, 169 ss; dans le même sens la doctrine quasi unanime, cf. p.ex. MAIANI, RDS 2011 I, 27 ss; OESCH, RSJ 2016, 53 ss; OESCH, ZBI 2014, 171 ss; COTTIER, RDS 2015 I, 325 ss; PIRKER, ZBI 2015, 295 ss.

<sup>14</sup> Cf. ATF 136 II 5; ATF 142 II 35, JdT 2016 I 35 (trad.). De plus, le TF indique que seuls des motifs sérieux permettent de se départir de l'interprétation donnée par la CJUE aux règles de l'UE pertinentes pour l'ALCP. Cf. à ce propos AUBRY GIRARDIN, in: L'Accord sur la libre circulation des personnes Suisse-UE, 29 (46); EPINEY/BLASER, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté, vol. III, art. 1 ALCP, n° 7 et 9; KADDOUS/GRISEL, Libre circulation des personnes, 862; KLEBER, La discrimination multiple, 226; SEILER, ZBJV 2014, 265 (275).

<sup>15</sup> CJUE, aff. C-506/10 (Graf/Engel), ECLI:EU:C:2011:643; CJUE, aff. C-241/14 (Bukovansky), ECLI:EU:C:2015:766; CJUE, aff. C-656/11 (Royaume-Uni/Conseil), ECLI:EU:C:2014:97; CJUE, aff. C-478/15 (Radgen), ECLI:EU:C:2016:705.

<sup>16</sup> Cf. en détail par rapport à cette problématique EPINEY, Annuaire du droit de la migration 2011/2012, 81 (83 ss); EPINEY/METZ/PIRKER, Parallelität der Rechtsentwicklung, 182 ss, 191 ss.

<sup>17</sup> Cf. p.ex. ATF 141 II 1 consid. 2.2.3 s.

<sup>18</sup> Cf. p.ex. TF, 2C\_787/2015 du 29 mars 2016 consid. 4.3.

<sup>19</sup> Cf. les références note 16.

<sup>20</sup> Cf. en détail, avec d'autres références, EPINEY, Annuaire du droit de la migration 2011/2012, 81 (84 ss, 89).

8. En Suisse,<sup>21</sup> l'ALCP a en tant que tel, depuis son entrée en vigueur, une **validité interne** sur la base du système moniste de la Constitution, sans qu'un quelconque acte de transformation n'ait été nécessaire.<sup>22</sup> En principe, il **prime sur le droit interne** de n'importe quel rang.<sup>23</sup> Dans une jurisprudence récente, le Tribunal fédéral a même admis la primauté de l'ALCP par rapport aux lois fédérales lorsque le législateur a voulu s'en écarter en adoptant des dispositions légales délibérément divergentes.<sup>24</sup>

9. Si les conditions d'**applicabilité directe** (règlement de la situation juridique d'un particulier, justiciabilité, respectivement clarté suffisante et obligation des autorités nationales) – sur la base de «l'interprétation internationale» de l'Accord – sont remplies,<sup>25</sup> les dispositions de l'ALCP sont directement applicables en Suisse, de telle manière qu'elles peuvent être invoquées par les particuliers. Étant donné que les dispositions de l'Accord concernant le statut de séjour des citoyens européens accordent des droits, dont la clarté suffisante est d'ailleurs largement démontrée et définie par la jurisprudence de la CJUE, il faut considérer que, en principe, toutes les dispositions de l'Accord, qui concernent les droits des particuliers (c'est-à-dire la plupart des dispositions matérielles de l'Accord) sont directement applicables<sup>26</sup> et peuvent par conséquent être directement invoquées à l'encontre des pouvoirs publics.<sup>27</sup>

---

<sup>21</sup> À propos de la position des «Bilatérales» dans le droit de l'UE, EPINEY/MEIER/EGBUNA-JOSS, in: *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, 903 (910 ss); voir également KADDOUS, in: *Accords bilatéraux II Suisse – UE*, 63 ss.

<sup>22</sup> Cf. sur la place des accords bilatéraux en droit suisse, avec d'autres références, THÜRER/HILLEMANN, in: *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, 39 (42 ss).

<sup>23</sup> ATF 136 II 241 consid. 16.1; KADDOUS/GRISEL, *Libre circulation des personnes*, 866; KAHIL-WOLFF/GREBER, *Sécurité sociale*, 360; MÉTRAL/MOSER-SZELESS, REAS 2007, 162 (162). Cf. à propos de la relation entre le droit international et le droit national, avec d'autres références, EPINEY, Jusletter du 16.12.2013; en ce qui concerne l'ALCP également EPINEY, in: *Annuaire du droit de la migration 2011/2012*, 81 (107 ss); EPINEY, *Annuaire du droit de la migration 2015/2016*, 3 (6 ss).

<sup>24</sup> ATF 142 II 35, JdT 2016 I 35 (trad.), consid. 3.2. Cf. par rapport à cet arrêt EPINEY, Jusletter du 14.03.2016.

<sup>25</sup> À ce propos et en relation avec les accords bilatéraux, WÜGER, ASDE 2004/2005, 287 ss; cf. également GROSSEN/DE COULON, in: *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, 135 (142); HANGARTNER, RDS 2007 I, 137 ss.

<sup>26</sup> Aussi THÜRER/HILLEMANN, in: *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, 39 (47); FILLIEZ, in: *Accords Bilatéraux Suisse – UE*, 183 (193 ss); CONSEIL FÉDÉRAL, Message, FF 1999 5739; BOILLET, *L'interdiction de discrimination*, 48; BOILLET/MARTENET, ASDE 2010/2011, 321 (332); EPINEY, *La portée juridique des articles 121a et 197 ch. 11 Cst.*, 63; KADDOUS/GRISEL, *Libre circulation des personnes*, 867; KAHIL-WOLFF/GREBER, *Sécurité sociale*, 360. Voir également KAHIL-WOLFF, RSAS 2009, 485 (486).

<sup>27</sup> Voir par ex. Arrêt du Tribunal cantonal du Jura du 10 mars 2017 (CC96/2016), consid. 4.2.1.

### § 3 La portée juridique de l'ALCP en lien avec l'accès des enfants de parents frontaliers à l'enseignement obligatoire

10. Afin d'examiner la question de savoir s'il est compatible avec l'ALCP de restreindre l'admission des enfants de parents frontaliers dans l'enseignement obligatoire, il convient dans un premier temps d'évoquer les dispositions pertinentes de l'ALCP et d'esquisser leurs relations (I.) avant d'examiner en détail les questions évoquées au regard desdites dispositions (II.).

#### I. Les dispositions pertinentes de l'ALCP

11. L'ALCP contient tout d'abord différentes dispositions qui interdisent toute **discrimination fondée sur la nationalité** et qui sont, ou du moins peuvent, être pertinentes en l'espèce:

- L'**art. 2 ALCP** stipule que les «ressortissants d'une partie contractante qui séjournent légalement sur le territoire d'une autre partie contractante ne sont pas (...) discriminés en raison de leur nationalité».
- D'après l'**art. 9 al. 2 Annexe I ALCP**, les travailleurs et les membres de leur famille bénéficient des mêmes avantages fiscaux et sociaux que les travailleurs nationaux et leur famille.
- Enfin, l'**art. 3 par. 6 Annexe I ALCP** prévoit que 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».

12. L'ALCP prévoit ainsi une «**cascade**» de **dispositions générales et spécifiques interdisant toutes discriminations fondées sur la nationalité** (au sens formel et matériel).<sup>28</sup> Dès lors, la question se pose de savoir dans quelle mesure les dispositions générales sont encore applicables si une situation ou une réglementation entre dans le champ d'application d'une disposition spécifique. Tant sur la base de la jurisprudence de la CJUE<sup>29</sup> que sur celle du Tribunal fédéral,<sup>30</sup> il sied déjà à ce stade de préciser que l'**art. 2**

<sup>28</sup> Cf. par rapport à ces notions ci-dessous n° 33.

<sup>29</sup> En lien avec l'art. 18 TFUE, cf. p.ex. CJUE, aff. C-311/97 (Dimosio), ECLI:EU:C:1999:216, par. 20 s.; CJUE, aff. C-222/04 (Cassa di Risparmio di Firenze), ECLI:EU:C:2006:8, par. 99; CJUE, aff. C-137/09 (Josemans), ECLI:EU:C:2010:774; CJUE, aff. C-240/10 (Schulz-Delzers), ECLI:EU:C:2011:591, par. 29.

<sup>30</sup> ATF 134 II 10 consid. 3.6; TF, 2A.325/2004 du 25 août 2005 consid. 3.3; TF, 2P.142/2003 du 7 novembre 2003 dans lequel le Tribunal fédéral a considéré que l'octroi d'une autorisation de chasse ne constituait pas un avantage social sans analyser la violation de l'art. 2 ALCP.

ALCP ne trouve application en principe qu'à titre **subsidaire**. Les dispositions spécifiques de discrimination en raison de la nationalité mettent en œuvre les principes plus généraux. Partant, si une disposition spécifique s'applique, on ne saurait recourir de plus aux dispositions plus générales.<sup>31</sup>

13. En tout état de cause, dans la mesure où les interdictions générales de discrimination fondée sur la nationalité sont l'expression d'un principe fondamental et constituent un «Leitmotiv»<sup>32</sup> tant du droit de l'UE que de l'ALCP, elles doivent être prises en compte lors de l'**interprétation des interdictions plus spécifiques**.<sup>33</sup> Tel est par exemple le cas de l'interdiction générale de discrimination prévue à l'art. 2 ALCP qui formule un des objectifs fondamentaux de l'ALCP.<sup>34</sup>

## II. La portée des interdictions de discrimination fondée sur la nationalité et la restriction de l'admission des enfants de parents frontaliers dans l'enseignement obligatoire

14. Vu la systématique esquissée<sup>35</sup> des différentes interdictions de discrimination fondée sur la nationalité et leurs relations, nous commencerons notre analyse avec les dispositions plus spécifiques dans notre contexte, à savoir l'art. 3 par. 6 Annexe I ALCP (1.) et l'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP (2.) pour ensuite traiter l'art. 2 ALCP (3.).

### 1. L'art. 3 par. 6 Annexe I ALCP

15. L'enfant d'un ressortissant d'une partie contractante a, en vertu de l'art. 3 par. 6 Annexe I ALCP, un **droit à l'accès aux cours d'enseignement général**, d'apprentissage et de formation continue «dans les mêmes conditions que les ressortissants de l'Etat d'accueil, si ces enfants résident sur le territoire de l'Etat d'accueil».

<sup>31</sup> Cf. dans la doctrine p.ex., avec d'autres références, BOILLET, L'interdiction de discrimination, 156 ss; MARTENET/BOILLET, ASDE 2007/2008, 311 (334); BENESCH, Freizügigkeitsabkommen, 168 s.; EPINEY/BLASER, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté, vol. III, art. 2 ALCP, n° 13 s.; OFJ, JAAC 2010, 16 (25).

<sup>32</sup> Cf. EPINEY, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, art. 18 TFUE, n° 1, avec d'autres références.

<sup>33</sup> CJUE, aff. C-85/96 (Martinez Sala), ECLI:EU:C:1998:217, par. 63; CJUE, aff. C-281/98 (Angonese), ECLI:EU:C:2000:296, par. 35.

<sup>34</sup> Cf. à ce propos TF, 2A.615/2002 du 21 avril 2004 consid. 4.2; BOILLET/MARTENET, ASDE 2010/2011, 321 ss; KADDOUS/GRISEL, Libre circulation des personnes, 875 s.; KLEBER, La discrimination multiple, 234.

<sup>35</sup> Cf. ci-dessus n° 11 ss.

16. Cette disposition est calquée sur l'art. 10 R 492/2011<sup>36</sup> (anciennement art. 12 R 1612/68<sup>37</sup>), selon lequel «les enfants d'un ressortissant d'un Etat membre qui est ou a été employé sur le territoire d'un autre Etat membre sont admis aux cours d'enseignement général, d'apprentissage et de formation professionnelle dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet Etat, si ces enfants résident sur son territoire». Conformément à l'art. 16 ALCP et aux principes régissant l'interprétation de l'ALCP, l'interprétation de ladite disposition doit se faire en tenant compte de la **jurisprudence de la CJUE**.<sup>38</sup>

17. Le **champ d'application matériel** de l'art. 3 par. 6 Annexe I ALCP a été clarifié par la jurisprudence de la CJUE. Il est particulièrement large et couvre toutes les formes d'éducation et de formation, qu'elles soient de nature professionnelle ou qu'elles relèvent de l'éducation générale, y compris les mesures visant à orienter, former ou rééduquer les personnes avec un handicap.<sup>39</sup> La CJUE a précisé dans l'arrêt *Casagrande* que cette disposition couvrait également les règles relatives à l'admission de l'enseignement.<sup>40</sup>

18. La Cour de justice de l'Union européenne<sup>41</sup>, ainsi que le Tribunal fédéral<sup>42</sup> considèrent que l'enfant dispose d'un droit propre, lui permettant notamment de bénéficier d'un droit de séjour dans le pays d'accueil afin d'y terminer sa formation. Le Tribunal fédéral a toutefois restreint sa jurisprudence en précisant que celle-ci ne valait que pour les enfants ayant débuté leur cursus scolaire et ce dans un but d'intégration.<sup>43</sup>

19. En vertu du libellé littéral de la disposition et conformément à une jurisprudence bien établie, cette disposition n'impose une obligation qu'à l'Etat où **l'enfant a vécu avec ses parents** ou avec l'un d'eux pendant qu'un de ses parents au moins y résidait en qualité de travailleur.<sup>44</sup>

<sup>36</sup> Règlement n° 492/2011 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union, JO 2011 L 141, 1 (ci-après: R 492/2011 ou règlement n° 492/2011).

<sup>37</sup> Texte abrogé par le R 492/2011, cf. art. 41 R 492/2011.

<sup>38</sup> TF, 2C\_997/2015 du 30 juin 2016 consid. 2.1; cf. également dans ce sens, ATF 132 V 184 consid. 7.1.

<sup>39</sup> CJUE, aff. C-76/72 (Michel), ECLI:EU:C:1973:46, par. 16; CJUE, aff. C-389/87 (Echternach), ECLI:EU:C:1989:130; voir également CJUE, aff. C-7/94 (Landesamt für Ausbildungsförderung Nordrhein-Westfalen), ECLI:EU:C:1995:118, par. 24; dans la doctrine p.ex. TEYSSIE, Droit européen du travail, 173.

<sup>40</sup> CJUE, aff. C-9/74 (Casagrande), ECLI:EU:C:1974:74, par. 4; voir également CJUE, aff. C-263/86 (Belgian State), ECLI:EU:C:1988:451, par. 24; CJUE, aff. C-308/89 (Di Leo), ECLI:EU:C:1990:400, par. 9; CJUE, aff. C-7/94 (Landesamt für Ausbildungsförderung Nordrhein-Westfalen), ECLI:EU:C:1995:118, par. 19.

<sup>41</sup> CJUE, aff. C-389/87 (Echternach), ECLI:EU:C:1989:130; CJUE, aff. C-312/1999 (Baumbast), ECLI:EU:C:2002:493.

<sup>42</sup> TF, 2A.475/2004 du 25 mai 2005 consid. 4 et 5.

<sup>43</sup> TF, 2A.475/2000 du 25 mai 2005 consid. 4; TF, 2C\_606/2013 du 04 avril 2014 consid. 6.3; ATF 139 II 393 consid. 4.2.2 ss. Voir également MERZ, RDAF 2009 I, 248 (293).

<sup>44</sup> Voir notamment CJUE, aff. C-197/86 (Brown), ECLI:EU:C:1988:323, par. 30; CJUE, aff. C-7/94 (Landesamt für Ausbildungsförderung Nordrhein-Westfalen), ECLI:EU:C:1995:118, par. 27; CJUE, aff. C-408/08 (Lancôme), ECLI:EU:C:2010:92, par. 35.

Ainsi, d'après la jurisprudence, un Etat est donc autorisé à imposer un droit d'inscription<sup>45</sup> «comme condition d'accès d'enseignement scolaire général dispensé sur son territoire, aux enfants des travailleurs migrants résidant dans un autre État membre alors qu'il n'impose pas cette charge aux ressortissants de cet autre État membre». <sup>46</sup> De plus, un enfant né après que ces parents aient cessé de travailler et résider dans cet Etat n'est pas couvert par ladite disposition.<sup>47</sup>

20. *A priori*, on peut donc partir du principe que cette disposition **ne s'applique pas aux enfants de travailleurs frontaliers**. Toutefois, une autre approche pourrait être envisagée en tenant compte du principe général que les travailleurs migrants et les travailleurs frontaliers doivent pouvoir bénéficier des mêmes droits.

Dans ce sens, l'avocate générale ELEANOR SHARPSTON a estimé dans ses conclusions de l'affaire *Martens*<sup>48</sup> que le fait de considérer que l'art. 12 R 1612/68 ne s'applique pas aux enfants de travailleurs frontaliers «semble difficile à réconcilier avec le principe selon lequel les travailleurs migrants et frontaliers doivent être traités de la même manière, ce qui découle du quatrième considérant du règlement n° 1612/68 ainsi que d'une jurisprudence constante sur la libre circulation des travailleurs». Elle a toutefois nuancé ses propos en considérant que «(...) même si le parent (travailleur frontalier) n'est pas tenu de résider dans l'État membre d'accueil pour donner lieu à l'application de l'article 12 du règlement n° 1612/68 (question que je laisse expressément ouverte), l'enfant doit – il me semble – avoir montré un certain rattachement à (ou une certaine intégration dans) l'État membre d'accueil par la résidence ou des études dans celui-ci. Je n'exprime ici pas d'opinion définitive sur la manière précise dont cette délimitation devrait être fixée (...)».

21. Dès lors, il serait certes éventuellement défendable d'appliquer l'art. 3 al. 6 Annexe I ALCP aussi aux enfants de travailleurs frontaliers. Toutefois, une telle approche serait en contradiction avec le libellé clair (aussi au regard des autres versions linguistiques, du moins de l'allemand, de l'anglais et de l'italien) de la disposition. Ainsi, il faudrait des arguments systématiques et / ou téléologiques prépondérants pour pouvoir la défendre. Or, tel n'est pas le cas. Au contraire, le but de cette disposition qui est de faciliter l'intégration de la famille d'un travailleur dans la société d'accueil,<sup>49</sup> plaide plutôt en défaveur d'une telle interprétation extensive et est contraire au libellé de ladite disposition. A noter par ailleurs qu'une telle approche ne saurait se fonder sur la jurisprudence (de la CJUE ou du TF), la CJUE l'ayant même explicitement rejetée.<sup>50</sup> En définitive, force est de constater que l'on ne saurait affirmer, en l'état, que cette disposition peut respecti-

<sup>45</sup> La Cour utilise le terme «Minerval».

<sup>46</sup> CJUE, C-263/86 (Humbel), ECLI:EU:C:1988:451, par. 25. Les parents d'Humbel étaient français, mais vivaient et travaillent au Luxembourg. Ils ont envoyé leur fils à l'école en Belgique et ont été contraint de payer une somme de BFR 35'000 afin de pouvoir l'inscrire. Ce droit d'inscription n'était pas dû par les élèves belges.

<sup>47</sup> CJUE, aff. C-197/86 (Brown), ECLI:EU:C:1988:323, par. 30.

<sup>48</sup> Conclusions de l'avocate générale ELEANOR SHARPSTON présentées le 24 septembre 2014 dans l'affaire CJUE, aff. C-359/13 (Martens), ECLI:EU:C:2014:2240, par. 96.

<sup>49</sup> ATF 139 II 393 consid. 3.1; CJUE, aff. C-197/86 (Brown) par. 30; 4.2.2 ss. Voir dans la doctrine p.ex. STEINMEYER, in: Franzen, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, Art. 10 R 492/2011, n° 5.

<sup>50</sup> CJUE, C-263/86 (Humbel), ECLI:EU:C:1988:451, par. 25. Cf. déjà ci-dessus n° 19.

vement doit être interprétée contrairement à son libellé. Dès lors, les **enfants de travailleurs frontaliers ne peuvent pas invoquer l'art. 3 al. 6 Annexe I ALCP** pour déduire un droit à être admis à l'école (obligatoire publique) du lieu de travail de leurs parents.

## 2. L'art. 9 par. 2 Annexe I ALCP

22. L'art. 9 par. 2 Annexe I ALCP prévoit que «le travailleur salarié et les membres de sa famille visés à l'art. 3 de la présente annexe y bénéficient des mêmes avantages fiscaux et sociaux que les travailleurs salariés nationaux et les membres de leur famille». Cette disposition se fonde sur l'art. 7 R 1612/68 (auquel s'est substitué l'art. 7 al. 2 R 492/2011). Ainsi, selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la **notion d'avantage social** qui nous intéresse dans le cas présent est une notion du droit de l'Union.<sup>51</sup> Il convient dès lors d'interpréter cette disposition en s'appuyant sur le droit de l'Union.

23. Selon la jurisprudence de la CJUE, la **notion d'avantage social** doit être interprétée de manière **très extensive**.<sup>52</sup> Ainsi, la Cour a considéré que cette notion recouvrait «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 migrants apparaît, dès lors, comme de nature à faciliter leur mobilité».<sup>53</sup> Au fil des années, la Cour a précisé cette jurisprudence et l'a appliquée à toute une série de prestations respectivement d'avantages<sup>54</sup> qui peuvent par ailleurs être de nature financière<sup>55</sup> ou immatérielle.

24. A titre d'**exemples**, la jurisprudence a considéré les prestations respectivement avantages suivants comme avantages sociaux au sens de l'art. 7 al. 2 R 492/2011 respectivement de l'art. 9 al. 2 R 492/2011:<sup>56</sup>

<sup>51</sup> Cf. p.ex. ATF 137 II 242, consid. 3.2.1.

<sup>52</sup> EPINEY/BLASER, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté, vol. III, art. 7 ALCP, n° 9; CJUE, aff. C-32/75 (Cristini), ECLI:EU:C:1975:120, par. 12.

<sup>53</sup> CJUE, aff. C-287/05 (Hendrix), ECLI:EU:C:2007:494, par. 48.

<sup>54</sup> Cf. CJUE, aff. C-207/78 (Even), ECLI:EU:C:1979:144, par. 22; CJUE, aff. C-249/83 (Hoeckx), ECLI:EU:C:1985:139, par. 20; CJUE, aff. C-39/86 (Lair), ECLI:EU:C:1988:322, par. 21; CJUE, aff. C-94/84 (Deak), ECLI:EU:C:1985:264, par. 21; CJUE, aff. C-185/96 (Commission/République hellénique), ECLI:EU:C:1998:516, par. 20; CJUE, aff. C-85/96 (Martínez Sala), ECLI:EU:C:1998:217, par. 25. Cf. dans la jurisprudence du TF p.ex. ATF 141 V 321 consid. 4.1; ATF 137 II 242, consid. 3.2.1; TF 2P.142/2003 du 07.11.2003, consid. 3.4. Cf. dans la doctrine STEINMEYER, in: Fuchs, *Europäisches Sozialrecht*, Art. 7 R 492/2011, n° 3 ss.

<sup>55</sup> Certains auteurs font encore la distinction entre les avantages «conçu de façon positive» qui donne droit au versement d'une prestation et les avantages «conçus de façon négative» qui consiste dans l'économie d'une somme, cf. p.ex. MAUDET-BENDAHAN, *La mobilité géographique du travailleur*, 272 s.

<sup>56</sup> Pour plus d'exemples voir STEINMEYER, in: Fuchs, *Europäisches Sozialrecht*, art. 7 R 492/2011, n° 9; MENGHI/QUÉRÉ, *Libre circulation*, 61; TEYSSIE, *Droit européen du travail*, 170.

- une allocation pour adultes handicapés;<sup>57</sup>
- une allocation de naissance;<sup>58</sup>
- une allocation de maternité;<sup>59</sup>
- une carte de réduction sur les prix des transports, délivrées par un organisme national de chemin de fer aux familles nombreuses;<sup>60</sup>
- une prestation sociale garantissant un minimum de moyens d'existence;<sup>61</sup>
- un droit de séjour pour le partenaire non marié;<sup>62</sup>
- l'utilisation de sa langue dans une procédure pénale.<sup>63</sup>

25. Concernant en particulier les **problématiques scolaires**, la CJUE a reconnu qu'une allocation d'éducation,<sup>64</sup> une aide accordée pour l'entretien et pour la formation en vue de la poursuite d'études universitaires<sup>65</sup> ou encore une bourse d'étude<sup>66</sup> constituaient un avantage social.

Le Tribunal fédéral a, quant à lui, laissé ouverte la question de savoir si la prise en charge des mesures de formation scolaire spéciale pouvait être accordée en application de l'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP.<sup>67</sup>

26. Par contre, l'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP, respectivement l'art. 7 al. 2 R 492/2011, ne couvrent pas les prestations pour lesquelles **la nationalité** est une **condition essentielle** (p.ex. le droit de vote au niveau national ou certains droits fondamentaux) ou lorsqu'il s'agit de situations et de conditions spécifiques ne concernant ou ne visant que ses ressortissants.<sup>68</sup> Cette dernière constellation doit toutefois rester l'exception; elle implique des situations très spécifiques, étant donné que les dispositions mentionnées interdisent justement une discrimination d'après la nationalité.

A titre d'exemple pour une telle constellation exceptionnelle, peut être citée la poursuite du versement des cotisations à l'assurance complémentaire vieillesse et survivant lors du service militaire qui ne

<sup>57</sup> CJUE, aff. C-63/76 (Inzirillo), ECLI:EU:C:1976:192, par. 21.

<sup>58</sup> CJUE, aff. C-111/91 (Commission/Luxembourg), ECLI:EU:C:1993:92, par. 6.

<sup>59</sup> CJUE, aff. C-111/91 (Commission/Luxembourg), ECLI:EU:C:1993:92, par. 6.

<sup>60</sup> CJUE, aff. C-32/75 (Cristini), ECLI:EU:C:1975:120.

<sup>61</sup> CJUE, aff. C-249/83 (Hoeckx), ECLI:EU:C:1985:139. Dans l'ATF 141 V 321, le Tribunal fédéral a reconnu que «l'aide sociale accordée par la législation vaudoise sous la forme d'un revenu d'insertion devait être considérée comme un avantage social au sens de l'art. 9 par. 2 Annexe I ALCP» (consid. 4.1).

<sup>62</sup> CJUE, aff. C-59/85 (Reed), ECLI:EU:C:1986:157.

<sup>63</sup> CJUE, aff. C-137/84 (Mutsch), ECLI:EU:C:1985:335.

<sup>64</sup> CJUE, aff. C-249/83 (Hoeckx), ECLI:EU:C:1985:139; CJUE, aff. C-85/96 (Martinez Sala), ECLI:EU:C:1998:217, par. 26 à 28.

<sup>65</sup> CJUE, aff. C-39/86 (Lair), ECLI:EU:C:1988:322, par. 28. Voir également CJUE, aff. C-3/90 (Bernini), ECLI:EU:C:1992:89, par. 23; CJUE, aff. C-33/99 (Fahmi), ECLI:EU:C:2001:176, par. 45.

<sup>66</sup> CJUE, aff. C-9/74 (Casagrande), ECLI:EU:C:1974:74; cf. aussi CJUE, Rs. C-68/74 (Alaimo), ECLI:EU:C:1974:11.

<sup>67</sup> ATF 132 V 184, consid. 6. Il a toutefois dans le même considérant indiqué une liste de références allant dans ce sens. Le Tribunal cantonal genevois a fait de même (ATAS/465/2010 du 30.04.2010).

<sup>68</sup> Cf. à ce propos STEINMEYER, in: Franzen, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, art. 7 R 492/2011, n° 22.

constitue pas un avantage social. Dans l'arrêt *de Vos*, la Cour a en effet considéré que le versement visant à compenser les conséquences résultant d'une obligation d'effectuer le service militaire ne constituait pas un avantage social au sens de l'art. 7 al. 2 R 492/2011 (respectivement de l'art. 7 R 1612/68) car il n'était pas accordé au travailleur national en raison de sa qualité objective de travailleur ou du simple fait de sa résidence sur le territoire national.<sup>69</sup> Il en va de même dans l'arrêt *Even* dans lequel la Cour a considéré que le versement d'une pension de retraite anticipée et non réduite en faveur des ressortissants belges ayant combattu dans les forces alliées entre le 10 mai 1940 et le 8 mai 1945 constituait un bénéfice accordé à certains catégories de travailleurs nationaux, étant fondé sur un statut de reconnaissance nationale et ne pouvant dès lors pas être considéré comme un avantage social.<sup>70</sup>

27. Concernant le **champ d'application personnel**, l'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP, respectivement l'art. 7 al. 2 R 492/2011, bénéficient aussi aux **frontaliers**. Ainsi, il s'applique à tous les travailleurs ayant fait usage de leur droit à la libre circulation vis-à-vis de l'Etat dans lequel ils travaillent, indifféremment de leur lieu de résidence,<sup>71</sup> cet article se référant sans réserve à un travailleur ressortissant d'un Etat membre respectivement d'une partie contractante, incluant dès lors les travailleurs frontaliers.<sup>72</sup>

La Cour a par ailleurs considéré sur la base de l'art. 7 al. 2 R 492/2011 que l'imposition d'une clause de résidence ou de toutes autres conditions seulement à des nationaux d'autres Etats membres devait être considérée comme discriminatoire.<sup>73</sup>

Dans l'arrêt *Deak*, la Cour a précisé que cet article avait également pour but de prévenir la discrimination envers les descendants du travailleur qui dépendent de lui et qu'il permettait donc à un travailleur migrant de se prévaloir de l'art. 7 al. 2 R 492/2011 afin d'obtenir le bénéfice des prestations sociales prévues par la législation de l'Etat membre d'accueil en faveur des enfants des travailleurs nationaux.<sup>74</sup>

28. Toutefois, la question se pose de savoir si les **frontaliers** bénéficient des **mêmes avantages sociaux** que les travailleurs résidant dans l'Etat d'accueil. En effet, le texte de l'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP, respectivement de l'art. 7 al. 2 R 492/2011 (à savoir le complément du lieu «y»), fait référence au lieu du travail. De plus, la CJUE fait toujours référence, en lien avec la notion de d'avantage social, au fait que l'extension de l'avantage en question apparaît comme de nature à faciliter la mobilité du travailleur en question.<sup>75</sup> S'il s'agit d'un frontalier, l'accès à un **avantage social lié uniquement à la résidence** et ne présentant aucun lien avec le statut respectivement la qualité de travailleur, ne saurait être considéré comme facilitant la mobilité entre les Etats membres respectivement les

<sup>69</sup> CJUE, aff. C-315/94 (*de Vos*), ECLI:EU:C:1996:104, par. 21/22.

<sup>70</sup> CJUE, aff. C-207/78 (*Even*), ECLI:EU:C:1979:144, par. 24. Pour un autre exemple, cf. CJUE, aff. C-9/78 (*Gillard*), ECLI:EU:C:1978:152; CJUE, aff. C-386/02 (*Baldinger*), ECLI:EU:C:2004:535. Voir également MENGHI/QUÉRÉ, *Libre circulation*, 61.

<sup>71</sup> Voir CJUE, aff. C-57/96 (*Meints*), ECLI:EU:C:1997:564, par. 50; CONSEIL FÉDÉRAL, *Message*, 5634.

<sup>72</sup> CJUE, aff. C-337/97 (*Meeusen*), ECLI:EU:C:1999:284, par. 21; CJUE, aff. C-57/96 (*Meints*), ECLI:EU:C:1997:403, par. 50; voir également GORI, *EU Right to Education*, 231; MAIANI, in: *Libre circulation des personnes*, 1 (8).

<sup>73</sup> CJUE, aff. C-337/97 (*Meeusen*), ECLI:EU:C:1999:284, par. 23.

<sup>74</sup> CJUE, aff. C-94/84 (*Deak*), ECLI:EU:C:1985:264, par. 22. Voir également CJUE, aff. C-337/97 (*Meeusen*), ECLI:EU:C:1999:284, par. 29; CJUE, aff. C-261/83 (*Castelli*), ECLI:EU:C:1984:280, par. 10; CJUE, aff. C-157/84 (*Frasco*); CJUE, aff. C-326/90 (*Commission*); CJUE, aff. C-57/96 (*Meints*), ECLI:EU:C:1997:564. Dans la doctrine cf. TEYSSIE, *Droit européen du travail*, 171; WHITE, *Workers*, 150.

<sup>75</sup> Cf. p.ex. CJUE, aff. C-287/05 (*Hendrix*), ECLI:EU:C:2007:494, par. 48.

parties contractantes puisque le travailleur ne réside justement pas dans le pays d'accueil respectivement du lieu de travail. Il convient par ailleurs de rajouter que les frontaliers continuent en principe de bénéficier des avantages sociaux liés à la résidence dans le pays de résidence, une restriction dans ce domaine en lien avec le lieu de travail constituant une entrave à la libre circulation des personnes. Toutefois, un «cumul» des avantages sociaux du lieu de résidence et du lieu de travail ne paraît pas tenir compte de l'objectif de l'interdiction de discrimination d'après la nationalité.<sup>76</sup> Dès lors, et en application des deux critères de rattachement mentionnés dans la jurisprudence de la Cour (la qualité objective du travailleur ou la résidence)<sup>77</sup> tant le libellé des dispositions en cause que leur objectif plaident pour une approche selon laquelle les **frontaliers ne bénéficient que des avantages sociaux qui sont en lien avec leur qualité objective de travailleur.**

Dans le même sens vont certaines conclusions d'avocats généraux. Ainsi, l'avocat général GEELHOED dans ses conclusions de l'affaire *Hartmann*<sup>78</sup> ou l'avocat général LENZ dans ses conclusions de l'affaire *Meints*<sup>79</sup> considèrent que même si le travailleur frontalier tombe dans le champ d'application de cette disposition, celui-ci ne bénéficie toutefois que des avantages sociaux qui sont en rattachés à sa qualité de travailleur. A l'appui de leur argumentation, aussi soutenue par certains auteurs de la doctrine,<sup>80</sup> ils invoquent notamment le complément de lieu contenu dans la disposition en question («Le travailleur (...) y [sous-entendu : au lieu de travail] bénéficie des mêmes avantages sociaux et fiscaux que les travailleurs nationaux»<sup>81</sup>).

Quant à la Cour, elle ne s'est pas encore explicitement penchée sur la question. Force est toutefois de constater que dans les arrêts concernant l'accès de frontaliers à des avantages sociaux au sens de l'art. 7 al. 2 R 492/2011, il s'agissait, soit de prestations liées au statut de travailleur, soit la question n'a pas vraiment été traitée. Ainsi, dans l'affaire *Meeusen*<sup>82</sup>, la CJUE a seulement considéré que les travailleurs ne peuvent pas se voir refuser des bourses d'études et d'autres bénéfices accordés du fait de leur lieu de résidence pour des raisons liées à la nationalité. Dans l'affaire *Meints*<sup>83</sup>, l'avantage social – une indemnité de licenciement – était lié à un rapport de travail et donc à la qualité objective de travailleur.<sup>84</sup> Ni dans les arrêts précités, ni dans aucun autre arrêt, la CJUE n'a spécifiquement exprimé son opinion sur la question de savoir si tous les avantages sociaux sont exportables. Autrement dit, il ressort clairement de la jurisprudence que les travailleurs frontaliers ne peuvent pas être discriminés sur la base

<sup>76</sup> Cf. BOKELOH, ZESAR 2014, 168 (174 s.).

<sup>77</sup> Cf. CJUE, aff. C-287/05 (Hendrix), ECLI:EU:C:2007:494, par. 48. Cf. déjà ci-dessus n° 23 s.

<sup>78</sup> CJUE, aff. C-212/05 (Hartmann), ECLI:EU:C:2007:437, par. 51.

<sup>79</sup> CJUE, aff. C-57/96 (Meints), ECLI:EU:C:1997:403, par. 58: «Pour accorder un avantage social, c'est au contrat de travail concret qu'il faut se rapporter. En se référant dans la définition des avantages sociaux à la qualité objective de travailleur et au contrat de travail, la Cour tient déjà compte de cette exigence en tout cas en substance. Il n'y a pas de raison de devoir verser à l'avenir toute prestation d'aide sociale en dehors des frontières par le jeu de l'article 7, paragraphe 2, du règlement n° 1612/68. C'est précisément le rattachement à la qualité de travailleur et au contrat de travail qui exclut les prestations d'aide sociale classiques».

<sup>80</sup> BOKELOH, ZESAR 2014, 168 (174); STEINMEYER, in: Franzen, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, art. 7 R 492/2011, n° 23; STEINMEYER, in: Fuchs, Europäisches Sozialrecht, art. 7 R 492/2011, n° 19; voir également GARIN, in: Protection de certains groupements de personnes, 193 (199).

<sup>81</sup> BOKELOH, ZESAR 2014, 168 (174). Sur ce point, voir également la réflexion de VAN DER MEI, Free Movement of Persons, 463 s.; SCHULTE, in: Social Security, 41 (46 s.).

<sup>82</sup> CJUE, aff. C-337/97 (Meeusen), ECLI:EU:C:1999:284.

<sup>83</sup> CJUE, aff. C-57/96 (Meints), ECLI:EU:C:1997:403, par. 41.

<sup>84</sup> Ces aspects sont notamment soulignés par SCHULTE, in: Social Security, 41 (46 s.).

de leur nationalité mais non qu'ils doivent en tant que travailleur non-résident, être traités comme un travailleur résident.

Il convient également de mentionner dans ce contexte que la Cour admet dans sa jurisprudence constante que les Etats membres peuvent traiter différemment les travailleurs résidents et les travailleurs non-résidents en ce qui concerne l'imposition pour autant que leur situation diffère du fait de leur lieu de résidence dans des pays différents.<sup>85</sup> Dès lors, la Cour semble en principe admettre l'idée que la résidence dans des pays différents peut impliquer une situation juridique différente, une conception qui peut respectivement doit à notre avis aussi être appliquée dans le cadre de l'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP respectivement l'art. 7 al. 2 R 492/2011.

Sur la base de ces considérations, les avantages sociaux liés à la qualité de travailleur d'une part et ceux liés à la résidence d'autre part doivent être distingués et, partant, délimités. Cette **délimitation** peut s'avérer difficile.<sup>86</sup> Dans ses rares arrêts concernant l'accès de frontaliers à un avantage social au sens de l'art. 7 al. 2 R 492/2011, la CJUE semble – sans pour autant adresser la question de principe – partir d'une conception plutôt extensive du critère du lien avec la qualité de travailleur. Ainsi, notamment des prestations financières accordées aux enfants de travailleurs en vue de faciliter les études (comme des bourses d'études) ont été examinées à la lumière de l'art. 7 al. 2 R 492/2011.<sup>87</sup> Dès lors, un lien plutôt indirect suffit, et ce lien paraît en général pouvoir être admis s'il s'agit de prestations financières, notamment celles en lien avec la formation des enfants du travailleur.<sup>88</sup> Par contre, s'il ne s'agit pas de prestations financières mais d'autres avantages sociaux, comme p.ex. un droit de séjour pour le partenaire, le lien avec précisément la qualité de travailleur doit à notre avis être plus direct et ne saurait être admis que dans les constellations où l'avantage social est accordé justement en raison de la qualité de travailleur, ce qui n'est généralement pas le cas pour les avantages sociaux dont bénéficie toute personne domiciliée dans le pays d'accueil.

**29. En l'espèce**, les principes régissant l'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP, respectivement l'art. 7 al. 2 R 492/2011, permettent de conclure que **l'admission dans l'enseignement obligatoire public** constitue sans doute **un avantage social** au sens de l'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP, vu l'interprétation large de cette notion donnée par la jurisprudence de la CJUE en lien avec l'art. 7 al. 2 R 492/2011.<sup>89</sup> Toutefois, une réglementation cantonale qui restreint l'admission des enfants de parents frontaliers dans l'enseignement obligatoire (comme l'art. 23 al. 1 REP) n'est pas couverte par le champ d'application de cette disposition parce qu'il ne s'agit pas d'un avantage social en lien avec la qualité objective de travailleur des frontaliers, une condition nécessaire pour que les frontaliers puissent faire valoir cette disposition. Autrement dit, le **travailleur frontalier ne bénéficie pas de cet avantage social** vu qu'il n'est pas lié à la qualité de travailleur mais au lieu de résidence.

En effet, malgré le fait que la délimitation exacte d'un avantage social lié à la qualité de travailleur et celui lié à la résidence peut être difficile et contestée, l'accès d'enfants à l'école paraît clairement lié à

<sup>85</sup> Cf. le développement de ces principes dans CJUE, aff. C-279/93 (Schumacker), ECLI:EU:C:1995:31; cette jurisprudence a été reprise par le TF, cf. ATF 140 II 141.

<sup>86</sup> Cf. à ce propos aussi BOKELOH, ZESAR 2014, 168 (174 s.).

<sup>87</sup> CJUE, aff. C-20/12 (Giersch), ECLI:EU:C:2013:411; cf. aussi CJUE, aff. C-337/97 (Meeusen), ECLI:EU:C:1999:284.

<sup>88</sup> Une autre question est celle de savoir dans quelle mesure l'accès à l'aide sociale est lié au contrat de travail, une question qui peut rester ouverte dans le cadre du présent avis.

<sup>89</sup> Cf. ci-dessus, n° 23 ss.

la résidence puisqu'il s'agit d'une prestation accordée à tous les résidents, indépendamment de leur qualité de travailleur et qui ne présente aucun lien avec le contrat de travail.

Ce point de vue est corroboré par une interprétation systématique. En effet, l'art. 3 al. 6 Annexe I ALCP (respectivement l'art. 10 R 492/2011) prévoit un droit des enfants des travailleurs à l'admission à l'école obligatoire seulement à la condition que les enfants résident sur le territoire de l'Etat en question.<sup>90</sup> Cette disposition règle dès lors explicitement la question de l'accès aux formations couvertes par son champ d'application et peut être considérée comme une disposition spécifique en ce qui concerne précisément cette question. Il serait en effet peu convaincant d'interpréter l'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP (respectivement l'art. 7 al. 2 R 492/2011) dans un sens qui anéantirait la condition explicite de la résidence de l'art. 3 al. 6 Annexe I ALCP (respectivement l'art. 10 R 492/2011).

30. Si le champ d'application de l'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP (respectivement l'art. 7 al. 2 R 492/2011) est ouvert, la question se pose si la discrimination fondée sur la nationalité peut être **justifiée**.<sup>91</sup> Comme à notre avis, l'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP (respectivement l'art. 7 al. 2 R 492/2011) ne confère pas de droit aux enfants de travailleurs frontaliers de fréquenter l'école obligatoire du lieu de travail, la question de la justification ne se pose pas en l'espèce. A toutes fins utiles, il convient toutefois de mentionner qu'à notre sens, cette mesure pourrait aussi être justifiée, comme démontré ci-dessous en lien avec l'art. 2 ALCP.<sup>92</sup> Dès lors, en partant – contrairement à l'approche développée ci-dessus – de l'applicabilité de l'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP en l'espèce (sur la base d'un droit des frontaliers à avoir accès à tous les avantages sociaux sans distinction que ceux-ci soient liés ou non à la qualité de travailleur) une restriction à l'admission d'enfants de frontaliers à l'école obligatoire est, dans tous les cas, compatible avec l'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP.

### 3. L'art. 2 ALCP<sup>93</sup>

#### aa. Généralités

31. L'art. 2 ALCP érige l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité en tant que **fondement de l'Accord**.<sup>94</sup> En instituant ce principe, l'art. 2 ALCP consacre un droit à l'égalité de traitement entre les ressortissants suisses et les ressortissants des Etats membres.<sup>95</sup>

32. La formulation de l'art. 2 ALCP est similaire à celle de l'art. 18 TFUE, selon lequel «dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières

<sup>90</sup> Cf. ci-dessus, n° 15 ss.

<sup>91</sup> CJUE, aff. C-20/12 (Giersch), ECLI:EU:C:2013:411 (dans cet arrêt, la Cour a examiné la justification mais ne l'a pas admise car la mesure en question n'était pas nécessaire pour atteindre le but poursuivi).

<sup>92</sup> Cf. ci-dessous, n° 34 ss., 41.

<sup>93</sup> Quelques éléments du chapitre suivant ont été repris d'une publication déjà parue, cf. EPINEY, La portée juridique des articles 121a et 197 ch. 11 Cst., 27 ss.

<sup>94</sup> TF, 2A.325/2004 du 25 août 2005 consid. 3.3.

<sup>95</sup> Cf. déjà KÄLIN, in: Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EG, 11 (31); cf. en détail par rapport à l'interdiction de discrimination BOILLET, L'interdiction de discrimination, 99 ss; EPINEY, RSJ 2009, 25 ss; EPINEY/BLASER, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté, vol. III, art. 2 ALCP.

qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité», de sorte que l'on peut considérer que **l'art. 2 ALCP reprend le principe de non-discrimination fixé à l'art. 18 TFUE**. Dès lors, l'art. 2 ALCP fait référence (au moins partiellement) aux concepts juridiques du droit de l'Union. Le principe de non-discrimination doit donc être interprété (conformément à l'art. 16 ALCP respectivement au «principe d'interprétation parallèle») de manière parallèle à la jurisprudence rendue par la CJUE au sujet du droit pertinent de l'UE.<sup>96</sup>

**33.** Ainsi, **d'un point de vue matériel**, la portée de l'art. 2 ALCP (qui, comme les autres dispositions directement applicables de l'ALCP)<sup>97</sup> l'emporte sur les dispositions des lois fédérales et cantonales contraires)<sup>98</sup> peut être résumée de la manière suivante:

- L'art. 2 ALCP – disposition **directement applicable** et dont les particuliers (qui doivent être ressortissants d'une des parties contractantes)<sup>99</sup> peuvent se prévaloir vis-à-vis des autorités et des tribunaux<sup>100</sup> – est applicable uniquement dans les situations à **caractère transfrontalier** (comme les dispositions de libre circulation de l'Accord en général).<sup>101</sup>

<sup>96</sup> Cf. par rapport aux principes d'interprétation de l'Accord déjà n° 7. Spécifiquement en lien avec l'art. 2 ALCP voir EPINEY, *Annuaire du droit de la migration 2004/2005*, 45 (65 ss). Dans le même sens p.ex. KLEBER, *La Discrimination multiple*, 227; PUSTUL, *Freizügigkeit der Unionsbürger*, 107 ss. La jurisprudence du TF part aussi de cette approche, cf. ATF 131 V 209; ATF 129 I 392 consid. 3.2; TF, 2A.7/2004 du 2 août 2004 consid. 3.3, 5.1; TF, 2A.325/2004 du 25 août 2005 consid. 3.3; ATF 136 II 241 consid. 12; TF, 2C\_42/2007 du 30 novembre 2007 consid. 3.6. Dans le même sens un arrêt récent de la CJUE, cf. CJUE, aff. C-478/15 (Radgen), ECLI:EU:C:2016:705. Cf. aussi les références note 7 ss.

<sup>97</sup> Cf. ci-dessus n° 8 s.

<sup>98</sup> Cf. ci-dessus n° 8; cf. aussi EPINEY/BLASER, in: Amarelle/Nguyen, *Code annoté*, vol. III, art. 2 ALCP, n° 6; BOILLET/MARTENET, *ASDE 2010/2011*, 321 (335); KLEBER, *La discrimination multiple*, 235; voir aussi BORGHI, *Commentaire*, 29.

<sup>99</sup> EPINEY/BLASER, in: Amarelle/Nguyen, *Code annoté*, vol. III, art. 2 ALCP, n° 20.

<sup>100</sup> TF, 2A.607/2002 du 12 septembre 2003 consid. 3.3; ATF 129 I 392 consid. 3.2.3; ATF 129 II 249 consid. 3.3; MARTENET/BOILLET, *ASDE 2007/2008*, 311 (327 ss). La CJUE a également reconnu l'effet direct au principe d'égalité contenu dans l'ALCP, voir CJUE, aff. C-13/08 (Stamm), ECLI:EU:C:2008:774, par. 49; CJUE, aff. C-478/15 (Radgen), ECLI:EU:C:2016:705. Voir également KAHIL-WOLFF, *RSAS 2009*, 485 (486).

<sup>101</sup> EPINEY/BLASER, in: Amarelle/Nguyen, *Code annoté*, vol. III, art. 2 ALCP, n° 9; EPINEY, *La portée juridique des articles 121a et 197 ch. 11 Cst.*, 68; ATF 129 II 249 consid. 3 ss; ATF 130 II 137 consid. 3.1 ss; TF, 2A.768/2006 du 8 janvier 2007 consid. 3.3; TF, 2A.351/2006 du 18 octobre 2006 consid. 2.3; TF, 2A.659/2005 du 05 avril 2006 consid. 6.1; TF, 2P.224/2006 du 26 avril 2007 consid. 3.3. Cf. la jurisprudence de la CJUE, CJUE, aff. C-148/02 (Garcia Avello), ECLI:EU:C:2003:539; CJUE, aff. C-60/00 (Carpenter), ECLI:EU:C:2002:434. La jurisprudence de la CJUE a toutefois précisé que la situation d'une personne de double nationalité n'ayant jamais fait usage de ses droits à la libre circulation est à considérer comme une situation purement interne, cf. CJUE, aff. C-434/09 (McCarthy), ECLI:EU:C:2011:277; le Tribunal fédéral a repris cette (nouvelle) jurisprudence récemment et a ainsi modifié sa propre jurisprudence, cf. TF, 2C\_284/2016 du 17 janvier 2017. Cf. par rapport à la problématique en détail EPINEY, *PJA 2017*, 752 ss.

- (Seules) sont comprises les **discriminations en raison de la nationalité**.<sup>102</sup> A cette fin, l'art. 2 ALCP interdit aussi bien les **discriminations formelles** (ou directes), c'est-à-dire les discriminations ostensibles fondées sur la nationalité,<sup>103</sup> que les **discriminations matérielles** (ou indirectes), soit «toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat».<sup>104</sup> Dès lors, les discriminations matérielles appliquent d'autres critères de distinction, tout en arrivant en fait au même résultat que les discriminations formelles parce qu'elles portent typiquement préjudice aux ressortissants de certains États membres.<sup>105</sup> Il y a discrimination matérielle lorsque l'on a par exemple recours au lieu de résidence,<sup>106</sup> au lieu de formation<sup>107</sup> ou à la nationalité des membres de la famille<sup>108</sup> comme signe distinctif. Pour qu'une mesure puisse être

<sup>102</sup> Pour plus de détails, EPINEY, RSJ 2009, 25 (29 s).

<sup>103</sup> ATF 136 II 241 consid. 13.1; BOILLET, L'interdiction de discrimination, 118; BOILLET/MARTENET, ASDE 2010/2011, 321 (324); BUCHER, ASDE 2009/2010, 453 (454); DERN, in: Schreiber et al., VO 883/2004, art. 4 R 883/2004, n° 5; EPINEY, La portée juridique des articles 121a et 197 ch. 11 Cst., 68; FUCHS, in: Fuchs, Europäisches Sozialrecht, art. 4 R 883/2004, n° 2; KAHIL-WOLFF, in: Fuchs/Cornelissen, Commentary, art. 4 R 883/2004, n° 1; KAHIL-WOLFF/GREBER, Sécurité sociale, 314, 364 s.; MÉTRAL/MOSER-SZELESS, REAS 2007, 162 (170).

<sup>104</sup> CJUE, aff. C-20/12 (Giersch), ECLI:EU:C:2013:411, par. 41, 45; cf. également CJUE, aff. C-237/94 (O'Flynn), ECLI:EU:C:1996:206, par. 18; CJUE, aff. C-184/99 (Grzelczyk), ECLI:EU:C:2001:458, par. 25; ATF 131 V 209 consid. 5.1; ATF 136 II 241 consid. 13.1; TAF, C-5859/2015 consid. 13.1; BOILLET, L'interdiction de discrimination, 122; BORGHI, Commentaire, 30; BUCHER, ASDE 2009/2010, 453 (454); FUCHS, in: Fuchs, Europäisches Sozialrecht, art. 4 R 883/2004, n° 2; KAHIL-WOLFF/GREBER, Sécurité sociale, 314, 365; PENNINGS, European Social Security Law, 130; EPINEY/MOSTERS, ASDE 2013/2014, 57 (77); BOILLET/MARTENET, ASDE 2010/2011, 321 (324); DERN, in: Schreiber et al., VO 883/2004, art. 4 R 883/2004, n° 6; EPINEY, La portée juridique des articles 121a et 197 ch. 11 Cst., 68; EPINEY/BLASER, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté, vol. III, art. 2 ALCP, n° 24; KADDOUS/GRISSEL, Libre circulation des personnes, 803; KAHIL-WOLFF, in: Fuchs/Cornelissen, Commentary, art. 4 R 883/2004, n° 8; KLEBER, La discrimination multiple, 234; MÉTRAL, REAS 2004, 185 (186); MÉTRAL/MOSER-SZELESS, REAS 2007, 162 (170); PENNINGS, European Social Security Law, 130; RODIÈRE, Droit social, 609.

<sup>105</sup> A propos de ce principe en droit européen et de sa structure dogmatique EPINEY, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, art. 18 TFUE, n° 12 ss, avec d'autres références. La prise en compte de la discrimination matérielle dans le champ d'application de l'art. 2 ALCP respectivement de l'art. 18 TFUE (et des interdictions spécifiques de discrimination en raison de la nationalité) semble incontestée, cf. p.ex. EPINEY, Annuaire du droit de la migration 2004/2005, 45 (65 ss); HANGARTNER, PJA 2003, 257 (263); BOILLET, L'interdiction de discrimination, 123; BORGHI, Commentaire, 31; FUCHS, in: Fuchs, Europäisches Sozialrecht, art. 4 R 883/2004, n° 2; KAHIL-WOLFF/GREBER, Sécurité sociale, 314; SCHWAAB, Jusletter du 08.08.2011, 5; TF, 2P.305/2002 du 27 novembre 2003 consid. 3.2.2 ss; Tribunal fédéral des assurances, H 16/04 du 14 juillet 2005, consid. 5.2 ss.

<sup>106</sup> CJUE, aff. C-388/01 (Commission/Italie), ECLI:EU:C:2003:30.

<sup>107</sup> CJUE, aff. C-224/98 (D'Hoop), ECLI:EU:C:2002:432.

<sup>108</sup> BOILLET, L'interdiction de discrimination, 123; BORGHI, Commentaire, 31; FUCHS, in: Fuchs, Europäisches Sozialrecht, art. 4 R 883/2004, n° 2; KAHIL-WOLFF/GREBER, Sécurité sociale, 314; SCHWAAB, Jusletter du 08.08.2011, 5; TOBLER, Indirect Discrimination, 136; RODIÈRE, Droit social, 609. A ce titre, la Cour a considéré qu'une condition selon laquelle les enfants

qualifiée d'indirectement discriminatoire, il suffit de constater que cette disposition est susceptible de par sa nature de produire un tel effet,<sup>109</sup> le nombre de ressortissants d'autres États membres désavantagés important peu.<sup>110</sup> Il n'est pas non plus nécessaire que la mesure ait pour effet «de ne défavoriser que les seuls ressortissants des autres États membres, à l'exclusion des nationaux».<sup>111</sup> Une discrimination matérielle peut ainsi aussi être admise, lorsque des **dispositions régionales** sont édictées, à travers desquelles des ressortissants étrangers et des nationaux provenant d'autres régions sont défavorisés.<sup>112</sup>

Ce dernier aspect est particulièrement important pour les États connaissant une structure fédéraliste car il implique que les réglementations des entités régionales (comme les *Länder* en Allemagne et en Autriche ou les cantons en Suisse) peuvent aussi opérer des discriminations fondées sur la nationalité en favorisant les ressortissants régionaux au détriment de ceux du reste du pays et de l'étranger.

En ce qui concerne la notion de discrimination, la jurisprudence de la CJUE (et du Tribunal fédéral) est très riche.<sup>113</sup> A titre d'exemple, la CJUE a jugé qu'une réglementation, qui prévoyait que les enfants qui n'avaient pas leur résidence habituelle ni leur domicile sur le territoire allemand, n'étaient pas pris en compte dans le calcul des prestations familiales, constituait une discrimination indirecte.<sup>114</sup> Dans un autre arrêt, la Cour a considéré que l'exigence d'une durée minimale de résidence pour l'octroi des prestations familiales serait discriminatoire à l'égard des migrants.<sup>115</sup> De

---

soient de nationalité française était plus difficile à remplir pour un ressortissant étranger et que les conditions posées étaient dès lors discriminatoires, CJUE, aff. C-237/78 (Toia), ECLI:EU:C:1979:197; voir également dans ce sens CJUE, aff. C-85/99 (Offermanns), ECLI:EU:C:2001:166; le TAF a repris cette jurisprudence, cf. TAF C-7719/2010 consid. 7.3.1. CJUE, aff. C-237/94 (O'Flynn), ECLI:EU:C:1996:206, par. 21; BOILLET, L'interdiction de discrimination, 110; PENNINGS, *European Social Security Law*, 130.

<sup>110</sup> ATF 131 V 390 consid. 5.1; ATF 131 V 209 consid. 6 avec références; PENNINGS, *European Social Security Law*, 130. Cf. aussi CJUE, aff. C-238/15 (Bragança Linares), ECLI:EU:C:2016:949, par rapport à une réglementation luxembourgeoise.

<sup>111</sup> CJUE, aff. C-20/12 (Giersch), ECLI:EU:C:2013:411, par. 45; EPINEY/MOSTERS, ASDE 2013/2014, 57 (77).

<sup>112</sup> CJUE, aff. C-388/01 (Commission/Italie), ECLI:EU:C:2003:30; CJUE, aff. C-274/96 (Bickel), ECLI:EU:C:1998:563. Par exemple, le Tribunal fédéral a considéré qu'une initiative cantonale qui prévoyait la priorité de l'emploi aux citoyens suisses et aux titulaires d'une autorisation d'établissement dans le secteur public était discriminatoire. Il a notamment relevé que tel était le cas lorsqu'une condition pouvait plus facilement être remplie par les travailleurs nationaux que par les travailleurs migrants (TF, 1C\_136/2018 du 26.11.2018, consid. 5.3.1).

<sup>113</sup> Cf. les références note 99 ss.

<sup>114</sup> CJUE, aff. C-4/95 et C-5/95 (Stöber et Piosa Pereira), ECLI:EU:C:1997:44, par. 38 s.

<sup>115</sup> CJUE, aff. C-90/97 (Swadding), ECLI:EU:C:1999:96, par. 33; voir également GARRONE, RSDIE 2003, 211 (239 s). Dans l'arrêt 8C\_182/2016 du 6 décembre 2016, le Tribunal fédéral a considéré que le fait que les citoyens suisses doivent vivre depuis seulement trois ans au Tessin alors que les étrangers doivent y vivre depuis cinq ans pour avoir droit à des allocations complémentaires ou des allocations pour petits enfants ne constituait pas une violation du droit constitutionnel à l'égalité de traitement inscrit à l'art. 8 Cst. Il a estimé que les citoyens suisses ont un lien plus étroit avec le pays et le lieu de résidence que les personnes de nationalité étrangère ce qui justifie qu'ils soient dès lors traités différemment (consid. 3.4.2). Il sied toutefois de relever que le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si la législation en question était compatible avec l'ALCP (consid. 6.1).

même, dans un cas similaire, le Tribunal fédéral a considéré que l'art. 2 al. 2 LPC était discriminatoire vu que cette disposition exigeait des requérants d'avoir habité en Suisse pendant les dix ans précédant la date de demande des prestations complémentaires.<sup>116</sup>

- L'art. 2 ALCP peut avoir une portée propre, lorsqu'**aucune interdiction spécifique** de discrimination n'intervient. La discrimination doit en outre avoir lieu «dans l'application et conformément aux dispositions des Annexes I, II et III de cet accord» et ainsi être **liée aux droits garantis par l'Accord**.<sup>117</sup>

Le Tribunal fédéral a également confirmé que l'art. 2 ALCP revêtait une portée générale.<sup>118</sup> Cette disposition s'applique dès lors **subsidiatement** et ne déploie donc ses effets que dans les situations dans lesquelles aucune interdiction de discrimination spécifique est applicable.<sup>119</sup>

- L'art. 2 ALCP **oblige** les parties contractantes, c'est-à-dire l'Union européenne, les États membres et la Suisse. On peut se poser la question de savoir si, et dans quelle mesure, les personnes privées doivent respecter l'art. 2 ALCP: ces dernières doivent en tout cas respecter l'interdiction de discrimination lorsqu'on est en présence de règles collectives (par exemple des conventions collectives ou des règles d'association). Par ailleurs, l'art. 9 de l'Annexe I ALCP admet explicitement un effet horizontal direct de l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité dans les relations entre travailleurs et employeurs.<sup>120</sup>
- Selon la jurisprudence de la CJUE, les discriminations en raison de la nationalité peuvent être **justifiées** par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique (conformément à l'art. 5 Annexe I ALCP) mais aussi par des raisons impérieuses d'intérêt public.<sup>121</sup> Il incombe aux États membres de définir ces intérêts et ils bénéficient d'une large marge de manœuvre dans ce contexte;<sup>122</sup> seuls les intérêts économiques ne sauraient constituer des raisons impérieuses d'intérêt public.<sup>123</sup> La mesure doit également satisfaire aux exigences de **proportionnalité** et respecter en particulier les principes d'aptitude et de nécessité. Dans le cadre de l'examen de l'aptitude, la CJUE analyse aussi si la mesure poursuit l'objectif visé de manière cohérente, ce qui n'est par exemple pas le cas si des distinctions non

<sup>116</sup> ATF 133 V 265 consid. 5.2.

<sup>117</sup> En détail, EPINEY, RSJ 2009, 25 (30 s).

<sup>118</sup> TF, 2A.615/2002 du 21 avril 2004 consid. 4.2; cf. aussi BOILLET, L'interdiction de discrimination, 160; BORGHI, Commentaire, 41; EPINEY/BLASER, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté, vol. III, art. 2 ALCP, n° 3; OFJ, L'admissibilité de mesures d'intégration, 24.

<sup>119</sup> EPINEY/BLASER, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté, vol. III, art. 2 ALCP, n° 3, 13; BOILLET, L'interdiction de discrimination, 56, 156, 160; BUCHER, ASDE 2009/2010, 453 (475); MÉTRAL/MOSER-SZELESS, REAS 2007, 162 (170); KAHIL-WOLFF/GREBER, Sécurité sociale, 365; MÉTRAL, REAS 2004, 185 (186); OFJ, L'admissibilité de mesures d'intégration, 24.

<sup>120</sup> A propos de cette problématique en détail MARTENET/BOILLET, ASDE 2007/2008, 311 ss.

<sup>121</sup> Cf. p.ex. CJUE, aff. C-224/98 (D'Hoop), ECLI:EU:C:2002:432; CJUE, aff. C-274/96 (Bickel), ECLI:EU:C:1998:563; CJUE, aff. C-524/06 (Huber), ECLI:EU:C:2008:724.

<sup>122</sup> Cf. p.ex. CJUE, aff. jtes. C-197/11, C-203/11 (Libert u.a.), ECLI:EU:C:2013:288; CJUE, aff. Rs. C-202/11 (Las), ECLI:EU:C:2013:239; CJUE, aff. C-419/16 (Federspiel), ECLI:EU:C:2017:997; CJUE, aff. C-566/15 (Erzberger), ECLI:EU:C:2017:562.

<sup>123</sup> Cf. p.ex. CJUE, aff. C-324/93 (Evans), Slg. 1995 I-563, par. 36; CJUE, aff. C-398/95 (Syndesmos ton Elladi Touristikou), Slg. 1997, I-3091, par. 22 s.; CJUE, aff. C-220/12 (Thiele Meneses), ECLI:EU:C:2013:683.

justifiées par des raisons objectives sont opérées.<sup>124</sup> Ces principes trouvent également application dans le cadre de l'art. 2 ALCP.<sup>125</sup>

#### bb. En particulier : la justification

34. Dans notre contexte, la question de la **justification** revêt une importance toute particulière. La question est alors celle de savoir quels motifs peuvent constituer des raisons impérieuses d'intérêt général. A noter que l'art. 5 Annexe I ALCP n'est pas pertinent par rapport à la problématique traitée dans le cas d'espèce.

35. Sont considérées comme des **raisons impérieuses d'intérêt général**, selon la jurisprudence de la CJUE, tous les **intérêts publics légitimes**, à l'exception des **motifs économiques**. Ces derniers concernent avant tout la gestion économique ou la poursuite d'intérêts de politique économique,<sup>126</sup> les mesures de couverture des coûts des services publics<sup>127</sup> ou de simplification administrative<sup>128</sup> ainsi que des considérations d'ordre budgétaire.<sup>129</sup>

En tant que raisons impérieuses d'intérêt général, la Cour a par exemple admis que la cohérence du système fiscal,<sup>130</sup> la réduction du chômage<sup>131</sup> ou le risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale<sup>132</sup> étaient susceptibles de justifier une restriction au principe de non-discrimination.<sup>133</sup>

36. S'agissant du risque **d'atteinte grave à l'équilibre financier du système d'enseignement** – revêtant potentiellement une certaine importance dans notre contexte – il sied de relever que la Cour exige (à l'instar du risque d'atteinte grave à l'équilibre financier

<sup>124</sup> Cf. CJUE, aff. C-28/09 (Commission/Autriche), ECLI:EU:C:2011:854; CJUE, aff. C-187/15 (Pöpper), ECLI:EU:C:2016:550; CJUE, aff. C-466/15 (Adrien), ECLI:EU:C:2016:749.

<sup>125</sup> KADDOUS/GRISSEL, Libre circulation des personnes, 881; SCHWAAB, Jusletter du 08.08.2011, 5; EPINEY/BLASER, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté, vol. III, art. 2 ALCP, n° 27; BOILLET, L'interdiction de discrimination, 279; BORGHI, Commentaire, 37.

<sup>126</sup> CJUE, aff. C-324/93 (Evans), ECLI:EU:C:1995:84, par. 36; CJUE, aff. C-398/95 (Syndesmos ton Elladi Touristikon), ECLI:EU:C:1997:282, par. 22 s.

<sup>127</sup> CJUE, aff. C-388/01 (Commission/Italie), ECLI:EU:C:2003:30; CJUE, aff. C-324/93 (Evans), ECLI:EU:C:1995:84, par. 36; CJUE, aff. C-398/95 (Syndesmos ton Elladi Touristikon), ECLI:EU:C:1997:282, par. 22 s.

<sup>128</sup> CJUE, aff. C-18/95 (Terhoeve), ECLI:EU:C:1999:22.

<sup>129</sup> CJUE, aff. C-220/12 (Thiele Meneses), ECLI:EU:C:2013:683; CJUE, aff. C-542/09 (Commission/Pays-Bas), ECLI:EU:C:2012:346; CJUE, aff. C-20/12 (Giersch), ECLI:EU:C:2013:411.

<sup>130</sup> CJUE, aff. C-336/96 (Gilly), ECLI:EU:C:1998:221.

<sup>131</sup> CJUE, aff. C-208/05 (ITC), ECLI:EU:C:2007:16.

<sup>132</sup> CJUE, aff. C-158/96 (Kohll), ECLI:EU:C:1998:171; CJUE, aff. C-158/07 (Förster), ECLI:EU:C:2008:630.

<sup>133</sup> Cf. à ce propos – en lien avec la sécurité sociale – p.ex. GARRONE, RSDIE 2003, 211 (234 ss).

du système de sécurité sociale)<sup>134</sup> qu'il y ait un risque réel et effectif de rupture de l'équilibre financier.<sup>135</sup>

Ainsi, dans les arrêts C-147/03<sup>136</sup> et C-73/08<sup>137</sup>, la Cour a clairement rejeté une éventuelle menace de l'équilibre financier du système d'enseignement en considérant que l'Autriche et la Belgique étaient incapables de produire le moindre chiffre étayant leur thèse.

37. En ce qui concerne le **lien de rattachement suffisamment étroit avec la société de l'État en question**, ce critère ne saurait – en tant que tel – constituer une raison justificative.<sup>138</sup> Cet aspect peut seulement être pris en considération lorsqu'il existe une autre «vraie» raison impérieuse d'intérêt général et ainsi constituer un critère de distinction pour déterminer les ayants droits, en particulier lorsque l'équilibre financier d'un élément du système de sécurité sociale est en cause.<sup>139</sup> Par ailleurs, un lien de rattachement ne saurait – selon la CJUE – être imposé aux travailleurs migrants puisque l'emploi en tant que tel est à considérer *ipso facto* comme un tel lien suffisant.

La CJUE a, par exemple, considéré qu'une réglementation, qui soumettait le financement des études à l'étranger à la condition de résidence, instituait une inégalité de traitement entre les travailleurs nationaux et les travailleurs migrants qui n'était pas justifiée et qu'une «charge financière déraisonnable ne saurait être considérée comme une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier une inégalité de traitement».<sup>140</sup> Elle a précisé que les travailleurs migrants, dès lors qu'ils ont accédé au marché du travail d'un État membre, ont, en principe, créé un lien d'intégration suffisant dans la société de cet État leur permettant de bénéficier du principe d'égalité de traitement quant aux avantages sociaux par rapport aux travailleurs nationaux,<sup>141</sup> en particulier du fait que les travailleurs migrants contribuent au financement des politiques sociales de l'État membre d'accueil avec les contributions fiscales et sociales qu'ils payent dans cet État, en vertu de l'activité salariée qu'ils y exercent.<sup>142</sup>

Par ailleurs, il ressort de la jurisprudence de la CJUE qu'une réglementation nationale selon laquelle le droit aux **prestations pour enfant** (pour les travailleurs assujettis intégralement à l'impôt sur le revenu) est exclu lorsqu'une prestation comparable doit être versée dans un autre État ou devrait l'être si une demande en ce sens était présentée constitue une discrimination fondée sur la nationalité prohibée par le Traité (art. 45 TFUE pour les travailleurs). En effet, l'application d'une telle règle implique non pas une diminution du montant de la prestation à concurrence de celui d'une prestation comparable perçue dans un autre État, mais l'exclusion de cette prestation. Elle est donc de nature à constituer un désavantage important affectant dans les faits un nombre beaucoup plus élevé de travailleurs migrants

<sup>134</sup> CJUE, aff. C-158/96 (Köhl), ECLI:EU:C:1998:171.

<sup>135</sup> CJUE, aff. C-147/03 (Commission/Autriche), ECLI:EU:C:2005:427; CJUE, aff. C-73/08 (Bressol), ECLI:EU:C:2010:181.

<sup>136</sup> CJUE, aff. C-147/03 (Commission/Autriche), ECLI:EU:C:2005:427.

<sup>137</sup> CJUE, aff. C-73/08 (Bressol), ECLI:EU:C:2010:181.

<sup>138</sup> Cf. toutefois BOILLET, L'interdiction de discrimination, 279, qui n'est pas très clair à ce sujet.

<sup>139</sup> Cf. CJUE, aff. C-103/08 (Gottwald), ECLI:EU:C:2008:597; CJUE, aff. C-158/07 (Förster), ECLI:EU:C:2008:630; CJUE, aff. C-503/09 (Stewart), ECLI:EU:C:2011:500; CJUE, aff. C-523/11, C-585/11 (Prinz und Seeberger), ECLI:EU:C:2013:524; CJUE, aff. C-367/11 (Prete), ECLI:EU:C:2012:668. Cf. à ce propos EPINEY, in: Bieber/Epiney/Haag/Kotzur, EU, § 10, n° 8.

<sup>140</sup> CJUE, aff. C-542/09 (Commission/Pays-Bas), ECLI:EU:C:2012:346, par. 69.

<sup>141</sup> CJUE, aff. C-542/09 (Commission/Pays-Bas), ECLI:EU:C:2012:346, par. 65.

<sup>142</sup> CJUE, aff. C-542/09 (Commission/Pays-Bas), ECLI:EU:C:2012:346, par. 66. Voir également CJUE, affaires jointes C-611/10, C-612/10 (Hudzinski et Wawrzyniak), ECLI:EU:C:2012:339, par. 69 ss. Cf. par rapport à cet arrêt qui doit être pris en considération dans le cadre de l'ALCP EPINEY/MOSTERS, ASDE 2011/2012, 51 (62 ss).

que de travailleurs sédentaires ayant exercé la totalité de leurs activités dans l'État membre concerné. Un tel désavantage apparaît – d'après la Cour – d'autant moins justifié que la prestation en cause est financée principalement par des recettes fiscales et que les bénéficiaires ont en principe droit à cette prestation en raison du fait d'avoir été intégralement assujetti à l'impôt sur le revenu dans l'État membre en question.<sup>143</sup>

38. Il convient dès lors de constater que – sur la base de la jurisprudence de la Cour – une **atteinte grave à l'équilibre financier du système d'enseignement ou de sécurité sociale** ne saurait en principe justifier une discrimination fondée sur la nationalité du moment que des prestations sociales accordées à des travailleurs sont en cause.<sup>144</sup> De même, il ressort de la jurisprudence **qu'un lien spécifique avec la société de l'État d'accueil** ne peut pas constituer une condition pour qu'une prestation de sécurité sociale en faveur d'un travailleur ne soit pas accordée ou soit réduite puisque le seul fait pour un travailleur d'être actif dans l'État d'accueil et d'être assujetti à l'impôt sur le revenu implique déjà une intégration suffisante. Ce raisonnement de la Cour développé à propos de la sécurité sociale peut être transposé à des prestations concernant l'enseignement (public) bien que la Cour ne s'est pas encore précisément exprimée à ce sujet. Toutefois, **la qualité, la préservation ou l'amélioration du système éducatif** peut, à notre avis, constituer une raison impérieuse d'intérêt général et, partant, un motif justificatif.<sup>145</sup> Il en va de même pour des raisons liées à **l'organisation des cercles scolaires ou de la bonne marche du système scolaire**.

39. La jurisprudence de la CJUE concernant les «raisons impérieuses d'intérêt général» a été reprise par le **Tribunal fédéral**.<sup>146</sup> Le Tribunal fédéral a, en effet, considéré qu'une différence de traitement constitutive d'une discrimination ne peut être justifiée «que si elle se fonde sur des considérations objectives»<sup>147</sup> indépendantes de la nationalité des personnes concernées pour autant qu'elles soient propre à garantir la réalisation d'un objectif légitimement poursuivi par le droit national et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif».<sup>148</sup>

<sup>143</sup> CJUE, affaires jointes C-611/10, C-612/10 (Hudzinski et Wawrzyniak), ECLI:EU:C:2012:339, par. 69 ss. Cf. par rapport à cet arrêt qui doit être pris en considération dans le cadre de l'ALCP EPINEY/MOSTERS, ASDE 2011/2012, 51 (62 ss).

<sup>144</sup> Cf. dans le même sens p.ex. GARIN, in: Protection de certains groupements de personnes, 193 (206 ss).

<sup>145</sup> La Cour a toutefois laissé cette question ouverte, cf. CJUE, aff. C-73/08 (Bressol e.a.), ECLI:EU:C:2010:181, par. 53, contrairement à l'avocate SHARPSTON, cf. CJUE, aff. C-73/08 (Bressol e.a.), ECLI:EU:C:2010:181, par. 102.

<sup>146</sup> Cf. KADDOUS/GRISEL, Libre circulation des personnes, 882. Dans l'arrêt ATF 130 I 26, JdT 2005 I p. 143 (trad.), le Tribunal fédéral renvoie par ailleurs expressément aux arrêts de la CJUE (consid. 3.2.3).

<sup>147</sup> Dans l'arrêt ATF 133 V 265 (consid. 5.2), le Tribunal fédéral utilise l'expression «raisons objectives».

<sup>148</sup> ATF 133 V 367 consid. 9.3; cf. aussi FUCHS, in: Fuchs, Europäisches Sozialrecht, art. 4 R 883/2004, n° 2; KAHIL-WOLFF, in: Fuchs/Cornelissen, Commentary, art. 4 R 883/2004, n° 8; KADDOUS/GRISEL, Libre circulation des personnes, 803, 883; SCHWAAB, Jusletter du 08.08.2011, 5; voir aussi CJUE, aff. C-184/99 (Grzelczyk), ECLI:EU:C:2001:458, par. 26; CJUE, aff. C-20/12 (Giersch), ECLI:EU:C:2013:411 (ce dernier arrêt se contente de préciser la jurisprudence de la CJUE rendu après la date de la signature). Dans ce sens, voir

cc. **L'art. 2 ALCP et l'admission d'enfants frontaliers à l'école publique obligatoire**

40. A l'instar de l'art. 18 TFUE, **l'art. 2 ALCP** ne s'applique que **subsidiativement** et ne déploie donc ses effets que dans les situations dans lesquelles aucune interdiction de discrimination spécifique est applicable.<sup>149</sup> En ce qui concerne l'accès des travailleurs frontaliers à des avantages sociaux, **l'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP** constitue une **disposition spécifique** vu qu'elle interdit les discriminations selon la nationalité en ce qui concerne l'accès des travailleurs migrants aux avantages sociaux. De même, l'art. 7 al. 2 R 492/2011, cette disposition a mis en œuvre l'interdiction générale de discrimination d'après la nationalité de l'art. 18 et de l'art. 45 TFUE. Dès lors, la disposition générale de **l'art. 2 ALCP n'est plus applicable** dans la mesure où il s'agit de l'accès de travailleurs (frontaliers) ou de leurs enfants à des avantages sociaux au sens de l'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP. Certes, il convient d'interpréter l'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP, respectivement l'art. 7 al. 2 R 492/2011 à la lumière du principe général de l'interdiction de discrimination; toutefois, rien n'indique que la portée de ces deux dispositions telles que démontrée ci-dessus,<sup>150</sup> n'est pas conforme au principe général. Le fait que les Etats membres, respectivement les Etats contractants, ne soient pas contraints à accorder à des frontaliers des avantages sociaux sans lien avec leur statut de travailleur mais liés à la résidence peut être justifié par une différence objective entre les deux groupes, à savoir le lieu de résidence, qui, quant à lui, constitue justement le point de rattachement de l'avantage social en question.<sup>151</sup> Dès lors, du moment que les frontaliers ne bénéficient pas de certains avantages sociaux en vertu de l'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP, l'on ne saurait se baser sur l'art. 2 ALCP pour relativiser ce résultat.

41. Dans l'hypothèse où l'art. 2 ALCP s'appliquerait quand-même, nous pouvons tirer – sur la base des principes généraux développés ci-dessus – les conclusions suivantes quant à la compatibilité d'une disposition (cantonale) telle que l'art. 23 REP qui restreint l'admission des enfants de parents frontaliers dans l'enseignement obligatoire avec l'art. 2 ALCP:

- Il y a un **élément d'extranéité** puisque la réglementation concerne les travailleurs respectivement leurs enfants résidant à l'étranger dans un autre Etat membre ou Etat contractant.

---

EPINEY/MOSTERS, ASDE 2013/2014, 57 (77); KAHIL-WOLFF, in: Fuchs/Cornelissen, Commentary, art. 4 R 883/2004, n° 9.

<sup>149</sup> Cf. ci-dessus n° 33.

<sup>150</sup> Cf. ci-dessus n° 22 ss.

<sup>151</sup> Il est intéressant de constater que la CJUE semble également suivre cette approche lorsqu'elle n'applique que l'art. 24 D 2004/38 (qui précise l'interdiction de discrimination selon la nationalité pour les citoyens européens résidant dans un autre Etat membre) sans se référer à l'art. 18 TFUE. Cf. CJUE, aff. C-333/13 (Dano), ECLI:EU:C:2014:2358; JCUE, aff. C-67/14 (Alimanovic), ECLI:EU:C:2016:597. Cette jurisprudence corrobore le point de vue développé dans le texte.

- On se trouve bien dans un cas de **discrimination indirecte** envers les travailleurs migrants dans la mesure où la restriction de l'admission dans l'enseignement primaire public genevois est limité aux enfants domiciliés hors du territoire cantonal: cette condition opère une distinction selon le domicile des enfants qui doit être qualifiée de discrimination indirecte ou matérielle, dès lors qu'elle constitue une clause de résidence qui est susceptible d'affecter essentiellement les ressortissants d'autres États membres étant donné que, par nature, un tel critère risque de défavoriser en premier lieu des citoyens de l'Union (qui sont *a priori* touchés dans une plus grande mesure par des enfants résidant à l'étranger).<sup>152</sup> Le fait que les travailleurs résidents dans d'autres cantons soient également touchés ou que dans le cas d'espèce plus de nationaux que de citoyens d'autres États soient concernés n'a pas d'importance dans ce contexte.<sup>153</sup> Le critère de la résidence constitue par ailleurs un cas «typique» de discrimination matérielle selon la jurisprudence de la CJUE et du Tribunal fédéral.<sup>154</sup>
- Il reste à déterminer s'il existe des motifs objectifs propres à **justifier** l'introduction d'une telle inégalité de traitement et si la mesure est proportionnée au but poursuivi. *A priori*, trois raisons pourraient être en substance susceptibles de justifier ce traitement différencié, soit la qualité de l'enseignement, l'impact financier lié à un nombre plus élevé d'élèves et des considérations liées à la l'organisation respectivement la planification scolaire. Seule la dernière raison peut à notre avis justifier la réglementation en cause:
  - Il existe certes un risque de diminution de la **qualité de l'enseignement** dans les écoles primaires genevoises du fait de la présence (éventuellement importante) d'écopliers non-résidents. Toutefois, il ne semble pas que le législateur ait effectivement démontré un tel risque en s'appuyant sur des analyses ou des faits avérés. De plus, une telle baisse de la qualité dû simplement au nombre d'élèves pourrait être évitée en engageant plus de moyens financiers. Dans ce sens, cette raison justificative se recoupe avec celle de l'impact financier de l'admission d'enfants de travailleurs frontaliers.
  - Toutefois, **l'impact financier de l'économie potentielle** ne saurait être considéré comme une raison impérieuse d'intérêt général puisqu'il s'agit de pures considérations de budget et dès lors d'une raison économique ne pouvant pas justifier une violation du principe de non-discrimination.<sup>155</sup> Par ailleurs, même si un risque **d'atteinte grave à l'équilibre financier du système d'enseignement** peut constituer un motif objectif, il ressort de la jurisprudence de la CJUE

<sup>152</sup> Cf. déjà ci-dessus n° 33. Dans ce sens, arrêt du Tribunal cantonal du Jura du 10 mars 2017 (CC96/2016), consid. 4.2.2; CJUE, aff. C-359/87 (Pinna II), ECLI:EU:C:1989:107, par. 24; CJUE, aff. C-124/99 (Borowitz), ECLI:EU:C:2000:485.

<sup>153</sup> Voir en ce sens, CJUE, aff. C-281/98 (Angonese), ECLI:EU:C:2000:296, par. 41. Voir également CJUE, aff. C-388/01 (Commission/Italie), ECLI:EU:C:2003:30, par. 14; CJUE, aff. C-238/15 (Bragança Linares), ECLI:EU:C:2016:949.

<sup>154</sup> Cf. ci-dessus n° 33.

<sup>155</sup> Cf. ci-dessus n° 35 ss.

que telle n'est pas le cas s'il s'agit de prestations sociales ou d'avantages sociaux accordés à des travailleurs.<sup>156</sup> De plus, le risque d'atteinte doit être réel, effectif et d'une certaine gravité ce qui est probablement difficile à démontrer pour une mesure telle que discutée dans la présente contribution.

En tout état de cause, il incomberait au canton de Genève de démontrer l'existence d'un tel risque, notamment en fournissant une analyse objective, circonstanciée et chiffrée. Il devrait notamment démontrer le nombre maximal d'élèves pouvant être accueillis tout en respectant la qualité de l'enseignement primaire.

- Finalement, il convient d'évoquer la **planification, l'organisation et le bon fonctionnement du système scolaire public**. Conformément au principe de territorialité, l'enseignement primaire est dispensé en Suisse au lieu de domicile de l'enfant ou de résidence de ses parents.<sup>157</sup> C'est ce que prévoit en particulier l'article 24 du Règlement de l'enseignement primaire genevois selon lequel les élèves sont scolarisés dans l'école (...) du lieu de domicile ou, à défaut, du lieu de résidence des parents et l'article 1<sup>158</sup> de la Convention intercantonale du 20 mai 2005.<sup>159</sup> Le but d'une telle règle est que les communes disposent d'un intérêt légitime à pouvoir planifier l'effectif de leurs classes et que cette planification se révélerait plus compliquée si le choix de l'établissement scolaire était laissé à la discrétion des habitants.<sup>160</sup> Il n'y a donc, en Suisse, aucun droit à fréquenter gratuitement une école choisie librement.<sup>161</sup> Au surplus, le Tribunal fédéral a considéré que certains droits fondamentaux tels que la liberté de la

<sup>156</sup> Cf. ci-dessus n° 35 ss.

<sup>157</sup> MÜLLER/SCHÉFER, Grundrechte, 796. Voir également ATF 140 I 153, RDAF 2014 II 587 (trad.), consid. 2.3.3.

<sup>158</sup> «Art. 1 Principe de territorialité et exceptions de portée générale

<sup>1</sup> Les élèves des classes enfantines, des établissements de la scolarité obligatoire, des écoles de maturité gymnasiale, des écoles de culture générale, des écoles de commerce à plein temps ainsi que ceux qui suivent une formation complémentaire permettant l'accès au niveau tertiaire (passerelles, par exemple) fréquentent en principe les écoles ou établissements de leur canton de domicile.

<sup>2</sup> Le présent accord définit des exceptions (cas particuliers ou individuels) 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.»

L'article 2 contient la liste des exceptions de portée générales admises. Il s'agit par exemple d'élèves qui ont atteint un niveau reconnu dans la pratique d'un sport et qui démontrent qu'une scolarisation dans l'établissement d'un autre canton que leur canton de domicile est judicieuse. Le pouvoir d'appréciation des cantons est large vu que l'instruction publique est de leur ressort. Ils sont donc libres de s'organiser librement (Arrêt du Tribunal cantonal du canton de Fribourg du 29.07.2016 601 2016 31, consid. 2a).

<sup>159</sup> Convention intercantonale du 20 mai 2005 réglant la fréquentation d'une école située dans un canton autre que celui de domicile.

<sup>160</sup> Dans ce sens, ATF 122 I 236, JdT 1998 I 66 (trad.), consid. 4daa; MACHERET/WILSON, RFJ 2001, 366; TF, 2P.112/2001 du 2 novembre 2001 consid. 4b.

<sup>161</sup> PAPAUX, RFJ 2002, 3 (18); ATF 125 I 347, JdT 2001 I 592 (trad.), consid. 6; voir également MÜLLER/SCHÉFER, Grundrechte, 797; ATF 122 I 236, JdT 1998 I 66 (trad.), consid. 4dcc; ATF 100 Ia 462, JdT 1976 I 568, consid. 2.,

langue pouvaient être restreints.<sup>162</sup> Hormis des questions de planification et d'organisation, on peut aussi avancer dans ce contexte l'intérêt des communes à **intégrer les enfants domiciliés sur leur territoire**. Au vue de la marge de manœuvre des Etats membres concernant la définition des raisons impérieuses d'intérêt public, ces objectifs peuvent être reconnus comme raisons justificatives. En particulier, ils ne sont pas à considérer comme des intérêts économiques car ils ne visent pas à protéger l'économie ou des acteurs économiques et ne se limitent pas à de simples considérations administratives ou financières. Le fait que la mesure déploie aussi des effets financiers et, partant, économiques pour la collectivité publique n'a pas d'importance dans ce contexte.<sup>163</sup>

L'obligation faite aux enfants de fréquenter l'école de leur domicile et la restriction de l'admission d'enfants non-domiciliés est en principe aussi en conformité avec le principe de **proportionnalité**. *A priori*, il est **apte à atteindre le but visé** car il permet aux collectivités publiques d'organiser de manière adéquate le système scolaire et, partant, d'assurer son bon fonctionnement. Toutefois, la question pourrait se poser de savoir si la mesure est aussi cohérente puisque l'obligation prévue pour les enfants domiciliés dans le canton de fréquenter l'école de leur domicile ne pourrait pas forcément devoir être accompagnée par une restriction de l'admission d'enfants domiciliés hors canton. Or, ce raisonnement ne tient pas compte du fait qu'une admission d'enfants domiciliés ailleurs risquerait justement d'entraver le bon fonctionnement du système scolaire puisque les écoles pourraient être confrontés à un nombre potentiellement important d'enfants domiciliés ailleurs. C'est justement la raison pour laquelle l'art. 23 al. 2 REP prévoit que les enfants domiciliés dans d'autres cantons suisses ne peuvent être scolarisés que très exceptionnellement à Genève et ce selon les termes d'une convention intercantonale. La restriction de l'admission d'enfants domiciliés en France suit en effet la même logique. Il sied aussi de relever que le fait que la possibilité d'admettre «très exceptionnellement» des enfants domiciliés dans d'autres cantons voisins ne met pas en question la cohérence de la mesure examinée en l'espèce. En effet, cette exception se fonde sur une convention intercantonale qui peut justifier la distinction entre enfants domiciliés dans d'autres cantons suisses, d'une part, et à l'étranger, d'autre part, bien que l'on puisse défendre l'approche selon laquelle cette possibilité exceptionnelle devrait aussi être accordée aux enfants de frontaliers si un tel accord était conclu (ce qui paraît, en l'état, peu réaliste). Toujours en ce qui concerne la cohérence, il convient d'analyser si l'organisation à l'intérieur du canton tient également compte des objectifs évoqués ci-dessus. En particulier, la cohérence

<sup>162</sup> Cf. PREVITALI, RFJ 2010, 202 (note de bas de page 19): «Le Tribunal fédéral a d'ailleurs souligné à plusieurs reprises que le fait d'être domicilié dans une certaine région impose inévitablement l'obligation d'accepter certaines restrictions à sa liberté de langue»; voir également ATF 122 I 236, JdT 1998 I 66 (trad.), consid. 2.

<sup>163</sup> Cf. dans ce sens CJUE, aff. C-324/93 (Evans), Slg. 1995 I-563; CJUE, aff. C-158/96 (Kohll), ECLI:EU:C:1998:171; CJUE, aff. C-173/09 (Elchinov), Rec. 2010, I-8889 (les deux derniers arrêts en lien avec l'équilibre financier des systèmes de sécurité sociale).

de la restriction de l'admission d'enfants domiciliés hors canton implique également des mesures adéquates à l'intérieur du canton, à savoir l'absence d'un libre choix de l'école et, partant, l'application d'un principe de scolarisation au lieu de domicile de l'enfant. Finalement, la mesure semble aussi satisfaire l'exigence de la **nécessité**. Certes, à première vue, l'on pourrait envisager qu'une restriction de l'admission des enfants de travailleurs frontaliers n'intervienne que dans la mesure où il n'y a plus de places disponibles. Une telle différenciation impliquerait toutefois de devoir fixer des critères permettant de déterminer l'ordre de priorité (p.ex. sur la base de la durée de l'emploi des parents dans le canton). Un tel système serait certes imaginable mais aurait pour conséquence de devoir procéder à certaines différenciations qui présenteraient des inconvénients certains. Au vue de la marge de manœuvre des Etats membres en ce qui concerne le choix de la mesure, l'on ne saurait dès lors considérer le choix du critère du domicile comme allant au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé.

## § 4 Résumé et conclusion

### I. Résumé

42. Conformément aux développements qui précèdent, une disposition (cantonale) qui prévoirait une restriction de l'admission des enfants de parents frontaliers dans l'enseignement obligatoire (telle que l'art. 23 REP) peut être **compatible avec les dispositions de l'ALCP**.

43. Nous nous permettons de dresser brièvement ci-après les principaux résultats de la présente analyse :

- **L'art. 2 ALCP, l'art. 3 al. 6 et l'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP sont d'application directe et priment le droit national.** Les particuliers peuvent ainsi invoquer directement ces dispositions à l'encontre des pouvoirs publics.<sup>164</sup>
- Ces dispositions reprennent des **notions du droit de l'Union** (en l'occurrence l'art. 18 TFUE et l'art. 7 al. 2, 10 R 492/2011). Dès lors, elles doivent être **appliquées parallèlement au droit de l'Union**.<sup>165</sup>
- **L'art. 3 al. 6 Annexe I ALCP ne s'applique pas en l'espèce** car cette disposition garantit l'accès à l'école obligatoire uniquement à la condition que les enfants résident sur le territoire de l'Etat d'accueil.<sup>166</sup>
- **L'admission dans l'enseignement obligatoire public constitue un avantage social** au sens de l'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP. Toutefois, une réglementation cantonale qui restreint l'admission des enfants de parents frontaliers dans l'enseignement obligatoire (comme l'art. 23 al. 1 REP) **n'est pas couverte par le champ d'application** de cette disposition parce qu'il ne s'agit pas d'un avantage social en lien avec la qualité objective de travailleur des frontaliers, une condition nécessaire pour que les frontaliers puissent faire valoir cette disposition. En tout état de cause, une telle mesure pourrait être justifiée par des raisons objectives et est dès lors en définitive compatible avec l'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP.<sup>167</sup>
- En ce qui concerne l'accès des travailleurs frontaliers à des avantages sociaux, **l'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP contient une disposition spécifique** par rapport à l'art. 2 ALCP car elle interdit les discriminations selon la nationalité en ce qui concerne l'accès des travailleurs migrants aux avantages sociaux. Dès lors, la disposition générale de **l'art. 2 ALCP n'est plus applicable**.<sup>168</sup>
- Dans l'hypothèse où l'art 2 ALCP est tout de même considéré comme étant applicable, une disposition telle que l'art 23 REP est en principe **compatible avec l'art. 2 ALCP**. Il y a certes une discrimination (matérielle) fondée sur la nationalité puisque la réglementation opère une distinction selon le domicile du travailleur.

<sup>164</sup> Cf. ci-dessus n° 6 ss.

<sup>165</sup> Cf. ci-dessus n° 7, 15 ss.

<sup>166</sup> Cf. ci-dessus n° 15 ss.

<sup>167</sup> Cf. ci-dessus n° 22 ss.

<sup>168</sup> Cf. ci-dessus n° 40.

Toutefois, une telle restriction de l'admission d'enfants de frontaliers à l'enseignement obligatoire peut être justifiée par la **planification, l'organisation et le bon fonctionnement du système scolaire public** dans la mesure où elle est cohérente.<sup>169</sup>

## II. Conclusion

44. Il ressort de la présente analyse qu'il est en principe compatible avec l'ALCP de restreindre l'admission des enfants de travailleurs frontaliers à l'école obligatoire. Par contre, lorsqu'il s'agit de prestations financières (comme p.ex. des bourses d'études) en faveur du travailleur frontalier ou de ses enfants, une telle restriction n'est en principe pas possible puisqu'il s'agit de prestations respectivement d'avantages sociaux liés au statut de travailleur (et non à la résidence). Certes, l'accès à ce genre de prestations peut, le cas échéant, être réservé à des personnes présentant un lien suffisant avec la collectivité publique en question; ce lien est toutefois considéré comme donné s'il s'agit d'un travailleur.<sup>170</sup>

45. Cette différenciation tient compte de la teneur de l'art. 3 al. 6 Annexe I ALCP (respectivement de l'art. 10 R 492/2011, anciennement art. 12 R 1612/68) qui se réfère explicitement – en ce qui concerne l'accès à la formation – à la résidence des enfants du travailleur, une formulation qui n'a par ailleurs pas été modifiée lors de l'adoption du R 492/2011. Par ailleurs, l'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP (respectivement l'art. 7 R 1612/68 auquel s'est substitué l'art. 7 al. 2 R 492/2011) opère également une distinction entre les avantages sociaux liés à la qualité de travailleur et ceux liés à la résidence. Elle tient aussi compte du fait que la résidence dans un autre Etat peut avoir des incidences sur la situation juridique puisque la situation des résidents et celle des non-résidents ne sont, en règle générale, pas comparables en ce qui concerne la question de la scolarisation des enfants. Il convient toutefois de veiller à la cohérence de la mesure pour les enfants domiciliés dans la collectivité publique en question.

---

<sup>169</sup> Cf. ci-dessus n° 31 ss, 41.

<sup>170</sup> Cf. ci-dessus n° 37 ss.