

Astrid Epiney

**La portée de l'interdiction de discrimination  
fondée sur la nationalité dans l'Accord sur la libre  
circulation des personnes: questions choisies**

*Les allocations familiales et «allocations de logement familial»  
versées à des personnes domiciliées à l'étranger ainsi que  
l'admission des enfants de parents frontaliers dans  
l'enseignement primaire*

2019

Cahiers fribourgeois de droit européen no 26  
Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 26

# **La portée de l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité dans l'Accord sur la libre circulation des personnes: questions choisies**

*Les allocations familiales et «allocations de logement familial»  
versée à des personnes domiciliées à l'étranger ainsi que  
l'admission des enfants de parents frontaliers dans  
l'enseignement primaire*

*Astrid Epiney*

L'Institut de droit européen, dirigé par les Professeurs Marc Amstutz, Samantha Besson et Astrid Epiney, contribue, en tant que centre de compétence des Facultés de droit des Universités de Berne, Neuchâtel et Fribourg, à ce que les ressources des trois universités dans ce domaine soient utilisées le plus efficacement possible. Ses activités englobent, hormis les tâches relatives à l'enseignement du droit européen, la gestion d'une bibliothèque et d'un centre de documentation européenne, l'organisation de manifestations pour la formation continue ainsi que la recherche scientifique en droit européen, des avis de droit et des expertises.

Les Cahiers fribourgeois de droit européen proposent des textes, en français, en allemand, en anglais et en italien, qui, pour différentes raisons, ne se prêtent pas à une publication commerciale, tels que des «papers» de discussion de doctorants, des avis de droit ou des versions écrites de conférences données à l'Université de Fribourg.

Das Institut für Europarecht unter der Leitung von Professor Marc Amstutz und den Professorinnen Samantha Besson und Astrid Epiney hat als Kompetenzzentrum der rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Universitäten Bern, Neuenburg und Freiburg unter anderem die Aufgabe, zu der effizienten Nutzung der auf diesem Gebiet zu Verfügung stehenden Ressourcen beizutragen. Neben den mit der Lehre im Europarecht verbundenen Aufgaben zählen zu seinen Aktivitäten die Führung einer europarechtlichen Bibliothek und eines europäischen Dokumentationszentrums, die Organisation von Weiterbildungen sowie die wissenschaftliche Forschung im Europarecht und das Erstellen von Rechtsgutachten.

Die Freiburger Schriften zum Europarecht beinhalten Texte auf Deutsch, Französisch, Englisch und Italienisch, die aus verschiedenen Gründen nicht für eine kommerzielle Veröffentlichung geeignet sind, wie z.B. Diskussionspapiere von Doktoranden, Rechtsgutachten oder schriftliche Fassungen von an der Universität Freiburg gehaltenen Vorträgen.

**Editeur / Herausgeber**

Institut de droit européen / Institut für Europarecht  
Avenue de Beauregard 11  
CH-1700 Fribourg

euroinstitut@unifr.ch

[www3.unifr.ch/ius/euroinstitut](http://www3.unifr.ch/ius/euroinstitut)

Novembre 2019

Copyright chez l'auteur / beim Autor

Pas disponible en librairie / nicht im Buchhandel erhältlich

# Table des matières

<b>Table des matières</b> .....	<b>I</b>
<b>Bibliographie</b> .....	<b>II</b>
<b>Sources officielles</b> .....	<b>IX</b>
<b>Abréviations</b> .....	<b>X</b>
<b>§ 1 Introduction</b> .....	<b>1</b>
<b>§ 2 L'ALCP et le règlement n° 883/2004: une esquisse</b> .....	<b>4</b>
I.    L'ALCP: aperçu et caractéristiques .....	4
II.   Le règlement n° 883/2004 .....	8
III.  Les dispositions pertinentes de l'ALCP .....	12
1.    Aperçu et généralités .....	12
2.    L'art. 2 ALCP .....	14
<b>§ 3 Le versement du complément différentiel ou d'une «allocation de logement familial» à la lumière de l'ALCP et du règlement n° 883/2004</b> .....	<b>22</b>
I.    Le champ d'application du règlement n° 883/2004 .....	22
1.    Le champ d'application personnel.....	22
2.    Le champ d'application matériel .....	24
a.    Les allocations familiales.....	24
b.    Les «allocations de logement familial».....	24
II.   La portée des interdictions de discrimination fondée sur la nationalité et le versement du complément différentiel .....	28
1.    L'art. 67 et l'art. 7 R 883/2004 .....	29
2.    L'art. 2 ALCP, l'art. 4 R 883/2004 et l'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP .....	34
a.    L'art. 2 ALCP .....	34
aa.  Lien d'extranéité .....	34
bb.  Discrimination fondée sur la nationalité .....	35
cc.  Justification.....	35
b.    L'art. 4 R 883/2004.....	37
c.    L'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP.....	39
III.  La portée des interdictions de discrimination fondée sur la nationalité et le versement d'une «allocation de logement pour les familles».....	39
<b>§ 4 La portée juridique de l'ALCP en lien avec l'accès des enfants de parents frontaliers à l'enseignement obligatoire</b> .....	<b>42</b>
I.    L'art. 3 al. 6 Annexe I ALCP .....	42
II.   L'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP .....	44
III.  L'art. 2 ALCP .....	50
<b>§ 5 Conclusion</b> .....	<b>55</b>

## 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/HAAAG 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.
- BORGHI 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 (1. Teil), in: Astrid Epiney/Nina Gammethaler (éd.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen 2008/2009, Zurich 2009, 387 ss.
- BUCHER Silvia, Das FZA und Anhang K des EFTA-Übereinkommens in der sozialrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts (2. Teil), in: Astrid Epiney/Nina Gammethaler (éd.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen 2009/2010, Zurich 2010, 453 ss.
- BUCHER Silvia, Das FZA und Anhang K des EFTA-Übereinkommens in der schweizerischen sozialrechtlichen Rechtsprechung, in: Astrid Epiney/Tobias Fasnacht (éd.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen 2011/2012, Zurich 2012, 499 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).

- CARDINAUX Basile, Personenfreizügigkeit und Leistungen für Kinder, in: Astrid Epiney/Teresia Gordzielik (éd.), Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen / Libre circulation des personnes et accès aux prestations étatiques, Zurich 2015, 83 ss.
- CARONI Martina/SCHNEIDER Nicole/PREISIG Christa/ZOETEWELJ Margarete, Migrationsrecht, 4ème éd., Berne 2018.
- CONFÉRENCE DES DIRECTRICES ET DIRECTEURS CANTONAUX DES AFFAIRES SOCIALES (CDAS), Recommandations de la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS) relatives à la mise en place de prestations complémentaires pour familles à l'échelon cantonal (PCFam), 25 juin 2010.
- COTTIER Thomas, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht, RDS 2015 I, 325 ss.
- CUSIN François, La gentrification en question, Entre stratégies résidentielles des nouvelles classes moyennes et mutations socioéconomiques des villes, in: Espaces et sociétés 2008/3 (n° 134), 167 ss.
- EICHENHOFER Eberhard, Sozialrecht der Europäischen Union, 7ème 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, *Strafrechtliche Landesverweisung und FZA. Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichts 2B\_378/2018 vom 22. Mai 2019*, Jusletter du 19.08.2019.
- EPINEY Astrid/AFFOLTER Sian, *Das Institutionelle Abkommen und die Unionsbürgerrichtlinie*, 24 S., Jusletter du 11.03.2019.
- EPINEY Astrid/MATTER Livia, *Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen*, in: Alberto Achermann/Véronique Boillet/Martina Caroni/Astrid Epiney/Jörg Künzli/Peter Uebersax (éd.), *Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2018/2019*, Berne 2019, 295 ss.
- EPINEY Astrid/METZ Beate, *Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen*, in: Alberto Achermann/Cesla Amarelle//Martina Caroni/Astrid Epiney/Walter Kälin/Peter Uebersax (éd.), *Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2013/2014*, Berne 2014, 331 ss.
- EPINEY Astrid/MEIER Annkathrin/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 2012/2013*, Zurich 2013, 49 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, Droit social européen Union européenne et pays associés, Genève/Zurich/Bâle 2017.
- KAHIL-WOLFF Bettina/GREBER Pierre-Yves, Sécurité sociale: aspects de droit national, international et européen, Genève/Bâle 2006.
- 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, IIe 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, Zurich 2015, 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.
- MENGIH 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, Grundrechte als Elemente der Wertegemeinschaft Schweiz – EU. Zur Auslegung der Bilateralen Verträge, ZBl 2014, 171 ss.
- OESCH, Matthias, Der Einfluss des EU-Rechts auf die Schweiz – von Gerichtsdolmetschern, Gerichtsgutachten und Notaren, RSJ 2016, 53 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.
- PERRENOUD Stéphanie, La protection de la maternité: étude de droit suisse, international et européen, Berne 2015.
- PERRENOUD Stéphanie, Les récents développements de la coordination européenne des régimes nationaux de sécurité sociale (2012-2016), in: Astrid Epiney/Markus Kern/Lena Hehemann, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen 2015/2016, Zurich 2016, 245 ss.
- PIRKER Benedikt, Zu den für die Auslegung der Bilateralen Abkommen massgeblichen Grundsätzen – Gedanken zu BGE 140 II 112 (Gerichtsdolmetscher), ZBl 2015, 295 ss.
- PREVITALI 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.

- SKOGSTRØM Lene/BRAATHEN Frøydis, Nå vil Regjeringen kutte i kontantstøtte og barnetrygd som sendes til utlandet (traduction libre: le gouvernement (norvégien) veut couper dans les allocations pour enfants (Barnetrygd) versées à l'étranger), *Aftenposten*, 20 juin 2017, <<https://www.aftenposten.no/norge/i/dVO2z/Na-vil-Regjeringen-kutte-i-kontantstotte-og-barnetrygd-som-sendes-til-utlandet>> (consulté le 01.12.2017).
- SPIEGEL Bernhard, Coordination des nouvelles prestations, in: Commission européenne (éd.), *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, 199 ss.
- STUPP Catherine, Quatre pays veulent sabrer les allocations familiales transfrontalières, 07 mars 2017, <<https://www.ouest-france.fr/europe/ue/quatre-pays-veulent-sabrer-les-allocations-familiales-transfrontalieres-4840937>> (consulté le 12.12.2017).
- 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.
- WICHT Laurent, Compte rendu et présentation de l'intervention de M. Laurent Wicht: Population et mixité sociale, besoins et aspirations, 9<sup>ème</sup> journée du logement, Genève 2008.
- 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
CDAS	Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales
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)
LaFam	Loi fédérale sur les allocations familiales du 24 mars 2006 (Loi sur les allocations familiales, LAFam) (RS 836.2)
LAF	Loi sur les allocations familiales (LAF) du Canton de Genève du 1 <sup>er</sup> mars 1996 (J 5 10)
LGL	Loi générale sur le logement et la protection des locataires (LGL) du canton de Genève du 04 décembre 1977 (I 4 05)
lit.	littera
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
R 883/2004	Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (RS 0.831.109.268.1)
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 trois problématiques spécifiques dans ce contexte:

- Il s'agit, premièrement, d'analyser, s'agissant du versement du complément différentiel en matière d'allocations familiales prévu à l'art. 68 al. 2 R 883/2004, une disposition cantonale qui prévoirait que le **versement du complément différentiel en matière d'allocations familiales** est ramené aux montants minimaux prévus par la législation fédérale d'allocations familiales pour les personnes résidant à l'étranger, les **personnes domiciliées sur le territoire du canton bénéficiant d'un montant supérieur en vertu du droit cantonal**.

---

<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; EPINEY/MATTER, Annuaire du droit de la migration 2018/2019, 295 ss.



- Deuxièmement, il convient d'examiner l'introduction dans la législation cantonale sur les prestations complémentaires d'une «**allocation de logement**» pour les **familles domiciliées dans le canton**, ainsi que le fait de ramener simultanément le montant des allocations familiales aux minimas fixés par la loi fédérale sur les allocations familiales du 24 mars 2006 (LaFam).
- Finalement, sera examinée 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», 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 intercantonale 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 et du règlement n° 883/2004 qui serviront de base à l'analyse, ainsi qu'un aperçu des dispositions pertinentes de l'ALCP et du règlement n° 883/2004 (y compris leur relation) s'impose (§ 2). Nous examinerons ensuite en détail la compatibilité de réglementations cantonales concernant les allocations familiales et «allocation de logement familial» et concernant la scolarisation telles qu'esquissées avec l'ALCP (§ 3 et § 4). Finalement, nous résumerons les résultats de l'analyse et formulerons une brève conclusion (§ 5).

La présente analyse est basée sur deux expertises réalisées par les auteures<sup>5</sup> respectivement en 2017 / 2018 et en 2019 à la demande du Canton de Genève. Le contenu de ces expertises 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.

Les questions devant être examinées ont été formulées de la manière suivante:

- «L'avis de droit traite de la portée juridique de l'interdiction de discrimination ancrée dans différentes dispositions de l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP) entre la Suisse et l'Union européenne (et ses États membres). Il s'agit en particulier de déterminer si une disposition cantonale qui prévoirait que le versement du complément différentiel soit ramené aux montants

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

<sup>5</sup> Les avis de droit ont été élaborés par deux auteures; toutefois, la co-auteure n'a pas souhaité figurer comme co-auteure pour la présente publication ni être mentionnée dans la préface ou l'introduction. Nous respectons cette décision et soulignons en même temps l'apport important de la co-auteure à la présente publication.

d'allocations familiales indiqués à l'article 5 de la Loi fédérale sur les allocations familiales pour les personnes résidant à l'étranger est compatible avec l'ALCP dans la mesure où pour les personnes domiciliées dans le canton le montant des allocations familiales serait globalement supérieur. De même, il convient d'analyser la conformité avec l'ALCP d'une disposition cantonale qui prévoit la création d'une allocation de logement familial qui ne serait versée qu'aux travailleurs dont les enfants ont leur domicile et leur résidence habituelle sur le territoire cantonal.».

- «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».

Nous remercions vivement les départements et services impliqués du Canton de Genève pour la confiance témoignée aux auteures et la collaboration très agréable et constructive.

## § 2 L'ALCP et le règlement n° 883/2004: une esquisse

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 et dans le **règlement n° 883/2004**.<sup>6</sup> Pour cette raison, nous commencerons par rappeler brièvement le contenu et les principales caractéristiques de l'ALCP (I.) avant de donner un aperçu du règlement n° 883/2004 (II.). Ce règlement, auquel il est fait référence dans l'annexe II de l'ALCP et qui traite en particulier de la coordination des systèmes de sécurité sociale, présente un intérêt particulier dans notre contexte. Finalement et afin d'examiner la question de savoir si les mesures esquissées ci-dessus<sup>7</sup> sont compatibles avec l'ALCP, il convient d'évoquer les dispositions pertinentes de l'ALCP et d'esquisser leurs relations ainsi que d'examiner en particulier la portée de l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité (art. 2 ALCP), un principe qui revêt une importance particulière dans notre contexte (III.).

### I. L'ALCP: aperçu et caractéristiques<sup>8</sup>

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>9</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>10</sup> Il convient toutefois de rappeler certains éléments centraux de l'Accord:

---

<sup>6</sup> Règlement n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, RS 0.831.109.268.1 (ci-après: R 883/2004 ou règlement n° 883/2004).

<sup>7</sup> Cf. ci-dessus n° 4.

<sup>8</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>9</sup> Les Suissesses et les Suisses ont les mêmes droits vis-à-vis des États membres de l'UE.

<sup>10</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; BORGHI, 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/ZOETEWIJ, Migrationsrecht, 325 ss; cf. également l'étude récente et exhaustive des accords bilatéraux de MAZILLE, L'institutionnalisation de la relation entre l'Union européenne et la Suisse, *passim*.

- 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 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>11</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>12</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>13</sup> Du point de vue juridique ainsi qu'au vu des principes d'interprétation

<sup>11</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>12</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>13</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 10 et 12.

de l'Accord, il semble pertinent de prendre aussi en considération, du moins en principe, la jurisprudence postérieure.<sup>14</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 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>15</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>16</sup>

La jurisprudence du Tribunal fédéral – du moins de la II<sup>ème</sup> Cour de droit public<sup>17</sup> – va clairement dans ce sens.<sup>18</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>19</sup>

---

<sup>14</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; KAHL-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.

<sup>15</sup> Cf. ATF 130 II 113 consid. 5.2 ss; ATF 136 II 5 consid. 3.4. Cf. aussi les références dans les notes 10, 12 et 14.

<sup>16</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, ZBl 2014, 171 ss; COTTIER, RDS 2015 I, 325 ss; PIRKER, ZBl 2015, 295 ss.

<sup>17</sup> Toutefois, la jurisprudence récente de la Cour de droit pénal semble relativiser cette approche, cf. TF, 6B\_378/2018 du 22 mai 2019. L'arrêt soulève un certain nombre de questions d'interprétation, cf. en détail EPINEY, *Jusletter* du 19.08.2019.

<sup>18</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>19</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. Dans deux arrêts récents (CJUE, aff. C-355/16, Picart, ECLI:EU:C:2018:184; CJUE, aff. C-581/17, Wächter, ECLI:EU:C:2019:138)

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>20</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>21</sup> les raisons justificatives d'après l'art. 5 Annexe I ALCP<sup>22</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>23</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>24</sup>

**8.** En Suisse,<sup>25</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>26</sup> En principe, il **prime sur le droit interne** de n'importe quel rang.<sup>27</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'écarter en adoptant des dispositions légales délibérément divergentes.<sup>28</sup>

---

la CJUE met certes en évidence que l'interprétation du droit de l'UE ne saurait être transposée «automatiquement» à l'interprétation de l'ALCP; ces affirmations ne mettent toutefois pas en question le principe de l'interprétation parallèle car cette affirmation de la CJUE est formulée en lien avec la question de savoir si une disposition du droit de l'UE est reprise dans le cadre de l'ALCP.

<sup>20</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>21</sup> Cf. p.ex. ATF 141 II 1 consid. 2.2.3 s.

<sup>22</sup> Cf. p.ex. TF, 2C\_787/2015 du 29 mars 2016 consid. 4.3.

<sup>23</sup> Cf. les références note 20.

<sup>24</sup> Cf. en détail, avec d'autres références, EPINEY, *Annuaire du droit de la migration* 2011/2012, 81 (84 ss, 89).

<sup>25</sup> A 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>26</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>27</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>28</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. Toutefois, la jurisprudence récente de la Cour de droit pénal semble relativiser cette approche, cf. TF, 6B\_378/2018 du 22 mai 2019; cf. par rapport à cet arrêt EPINEY, *Jusletter* du 19.08.2019.

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>29</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>30</sup> et peuvent par conséquent être directement invoquées à l'encontre des pouvoirs publics.<sup>31</sup>

## II. Le règlement n° 883/2004

10. L'art. 8 ALCP prévoit une coordination des systèmes de sécurité sociale.<sup>32</sup> Ladite disposition renvoie à l'**annexe II** ALCP, lequel renvoie à son tour à la réglementation européenne relative à la coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale et en particulier au **règlement n° 883/2004**<sup>33</sup> sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et au règlement n° 987/2009<sup>34</sup> qui contient les dispositions de mise en œuvre.<sup>35</sup> Ces actes de droit dérivé ont remplacé, tant en droit de l'UE que dans l'annexe II ALCP, les règlements n° 1408/71 et n° 574/72.<sup>36</sup> À ce titre, la doctrine et la jurisprudence de l'ancien

---

<sup>29</sup> A 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>30</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>31</sup> Voir par ex. Arrêt du Tribunal cantonal du Jura du 10 mars 2017 (CC96/2016), consid. 4.2.1.

<sup>32</sup> Cf. à ce propos p.ex. KAHIL-WOLFF/GREBER, *Sécurité sociale*, 366; PERRENOUD, *La protection de la maternité*, 246.

<sup>33</sup> Règlement n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, RS 0.831.109.268.1 (ci-après: R 883/2004 ou règlement n° 883/2004).

<sup>34</sup> Règlement n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement n° 883/2004, RS 0.831.109.268.11.

<sup>35</sup> Cf. à ce propos HOFSTETTER, in: Amarelle/Nguyen, *Code annoté*, vol. III, art. 8 ALCP, n° 7; KAHIL-WOLFF/GREBER, *Sécurité sociale*, 367.

<sup>36</sup> Cf. à ce propos CJUE, aff C-16/09 (Schwemmer), ECLI:EU:C:2010:605, par. 4; DEUTSCHER BUNDESTAG, *Kürzung des Kindergeldes und EU-Recht*, 11; DEUTSCHER BUNDESTAG, *Kürzung von Kindergeld im Lichte des EU-Rechts*, 6 s.; HOFSTETTER, in: Amarelle/Nguyen, *Code annoté*, vol. III, art. 8 ALCP, n° 8.

règlement s'appliquent *mutatis mutandis* aux dispositions du règlement n° 883/2004 lorsqu'elles sont de contenu et de portée identiques à l'ancien règlement.<sup>37</sup>

**11.** Selon une jurisprudence constante de la CJUE, le but du règlement n° 883/2004 n'est pas de réaliser une harmonisation des régimes de sécurité sociale mais d'instituer une **coordination** desdits régimes afin de faciliter l'exercice du droit à la libre circulation dans l'Union européenne.<sup>38</sup> Ladite coordination se fait principalement par la détermination de la **législation nationale applicable** (cf. art. 11 ss R 883/2004).<sup>39</sup> Par contre, comme il ressort par ailleurs du considérant 4 R 883/2004, celui-ci ne modifie pas la législation interne des États membres qui conservent la compétence d'aménager leurs systèmes nationaux.<sup>40</sup>

Par exemple, dans le domaine des prestations familiales, ces dernières sont en principe allouées sur la base de dispositions nationales pertinentes et «il appartient par conséquent aux États membres de déterminer les conditions d'accès, de maintien, de déchéance ou de suspension du droit» aux prestations familiales.<sup>41</sup>

**12.** Même si les États membres conservent la compétence d'aménager leurs systèmes nationaux, il n'en demeure pas moins que les dispositions du règlement n° 883/2004 doivent toutefois être **interprétées d'une manière uniforme** dans tous les États membres, quelle que soit l'organisation des législations nationales relatives à l'acquisition du droit aux prestations familiales<sup>42</sup> et ce dans le but d'assurer la libre circulation des personnes.<sup>43</sup> Cet objectif implique notamment que les travailleurs migrants ne doivent pas subir de désavantage, c'est-à-dire ni perdre des droits à des prestations de sécurité sociale ni subir

---

<sup>37</sup> TAF, C-1125/2013 consid. 4.2.2; DEUTSCHER BUNDESTAG, Kürzung von Kindergeld im Lichte des EU-Rechts, 6 s.; PERRENOUD, ASDE 2015/2016, 245 (251).

<sup>38</sup> Cf. p.ex. CJUE, aff. C-266/95 (Merino García), ECLI:EU:C:1997:292, par. 27; cf. aussi ATF 131 V 390 consid. 6.2; ATF 131V 213 consid. 5.3; TAF, C-7123/2013 consid. 9.4; BUCHER, ASDE 2008/2009, 387 (397); DERN, in: Schreiber et al., VO 883/2004, art. 4, n° 1; KADDOUS/GRISEL, Libre circulation des personnes, 798; PERRENOUD, ASDE 2015/2016, 245 (247); RODIÈRE, Droit social, 607; BOILLET, L'interdiction de discrimination, 285; DEUTSCHER BUNDESTAG, Kürzung des Kindergeldes und EU-Recht, 10; HOFSTETTER, in: Amarille/Nguyen, Code annoté, vol. III, art. 8 ALCP, n° 1; SEILER, ZBJV 2014, 265 (289); voir aussi KAHIL-WOLFF, in: Fuchs/Cornelissen, Commentary, Overview (art. 1 R 883/2004), n° 2.

<sup>39</sup> DEUTSCHER BUNDESTAG, Kürzung von Kindergeld im Lichte des EU-Rechts, 7 s.; EICHENHOFER, Sozialrecht, 69 ss. Dans la jurisprudence de la Cour cf. CJUE, aff. C-140/12 (Brey), ECLI:EU:C:2013:337, par. 40, avec d'autres références.

<sup>40</sup> TAF, C-1125/2013 consid. 10.3; KADDOUS/GRISEL, Libre circulation des personnes, 798; KAHIL-WOLFF/GREBER, Sécurité sociale, 297; PERRENOUD, ASDE 2015/2016, 245 (247); RODIÈRE, Droit social, 607.

<sup>41</sup> CJUE, aff. C-1/78 (Kenny), ECLI:EU:C:1978:140, par. 16; cf. aussi DERN, in: Schreiber et al., VO 883/2004, art. 4, n° 1.

<sup>42</sup> CJUE, aff. C-104/80 (Beeck), ECLI:EU:C:1981:48, par. 7.

<sup>43</sup> IGL, in: Fuchs, Europäisches Sozialrecht, art. 68 R 883/2004, n° 2; KADDOUS/GRISEL, Libre circulation des personnes, 799, 802; KAHIL-WOLFF, in: Fuchs/Cornelissen, Commentary, art. 4 R 883/2004, n° 1; MARHOLD, in: Fuchs/Cornelissen, Commentary, art. 68 R 883/2004, n° 4.



une réduction du montant de celles-ci au motif qu'ils ont exercé le droit à la libre circulation.<sup>44</sup> Enfin, lors de l'interprétation dudit règlement, il convient de tenir compte de sa finalité, soit l'amélioration des conditions de vie du travailleur migrant, ce qui ressort par ailleurs du premier considérant dudit règlement.<sup>45</sup>

**13.** Le règlement ne vise donc pas à compenser «les éventuelles disparités de traitement qui peuvent résulter, d'un État à l'autre, des divergences existant entre les législations des différents États du moment que celles-ci affectent toutes personnes tombant sous leur application, selon des critères objectifs et sans égard à leur nationalité».<sup>46</sup> Autrement dit, ledit règlement garantit aux travailleurs migrants d'être traités sur un pied d'égalité avec tous les autres travailleurs occupés sur le territoire de cet État mais nullement que l'extension de leurs activités dans plus d'un État membre ou leur transfert dans un autre État membre soit neutre en matière de sécurité sociale.<sup>47</sup> Par conséquent, compte tenu des **disparités entre les régimes de sécurité sociale** des différents États membres, une telle extension ou un tel transfert peut, selon les cas, être plus ou moins avantageux ou désavantageux pour le travailleur sur le plan de la protection sociale.<sup>48</sup>

**14.** Quant au **champ d'application** (personnel et matériel) du règlement, il est déterminé aux art. 2 et 3 R 883/2004.<sup>49</sup>

- Selon l'art. 2 R 883/2004, celui-ci s'applique aux **ressortissants de l'un des États membres de l'UE et aux Suisses**, indépendamment de leur lieu de résidence et de leur nationalité, qui ont fait usage de leur droit à la libre circulation et qui ont exercé une activité professionnelle dans un autre État membre relevant du champ d'application du règlement.<sup>50</sup>

Plus précisément, l'art. 2 R 883/2004 prévoit que le règlement n° 883/2004 s'applique aux ressortissants de l'un des États membres, aux apatrides, réfugiés résidant dans un État membre qui sont ou ont été soumis à la législation d'un ou de plusieurs États membres, ainsi qu'aux membres de leur famille et à leurs survivants. Le champ d'application du règlement n° 883/2004 a été donc étendu par rapport au règlement n° 1408/71 et couvre désormais toute personne qui remplit le **critère de**

---

<sup>44</sup> CJUE, aff. C-251/94 (Lafuente Nieto), ECLI:EU:C:1996:319, par. 33; CJUE, aff. C-406/93 (Reichling/INAMI), ECLI:EU:C:1994:320, par. 23; DERN, in: Schreiber et al., VO 883/2004, art. 4, n° 1; KADDOUS/GRISEL, Libre circulation des personnes, 801.

<sup>45</sup> Dans ce sens, voir les conclusions de l'avocat général NILS WAHL, CJUE, aff. C-140/12 (Brey), ECLI:EU:C:2013:337, par. 51.

<sup>46</sup> CJUE, aff. C-1/78 (Kenny), ECLI:EU:C:1978:140, par. 18.

<sup>47</sup> PENNINGS, European Social Security Law, 255.

<sup>48</sup> CJUE, aff. C-393/99 et C-349/99 (Hervein), ECLI:EU:C:2002:182, par. 51.

<sup>49</sup> Cf. SPIEGEL, in: Fuchs/Cornelissen, Commentary, art. 2 R 883/2004, n° 1.

<sup>50</sup> Pour plus de détails sur le champ d'application personnel du règlement cf. KAHL-WOLFF/GREBER, Sécurité sociale, 308 ss. Voir aussi DEUTSCHER BUNDESTAG, Kürzung des Kindergeldes und EU-Recht, 11; DERN, in: Schreiber et al., VO 883/2004, art. 2, n° 8; SPIEGEL, in: Fuchs/Cornelissen, Commentary, art. 2 R 883/2004, n° 1 ss.

**nationalité** ou de **statut familial**.<sup>51</sup> La cause doit également présenter une situation transfrontalière.<sup>52</sup>

- S'agissant de la prestation en cause (et donc du champ d'application matériel du règlement), seules les **prestations de sécurité sociale**, octroyées en dehors de toute appréciation individuelle et discrétionnaire sur la base d'une situation légalement définie et qui se rapportent à l'une des branches de sécurité sociale énumérées à l'art. 3 du règlement n° 883/2004 dont le catalogue est exhaustif<sup>53</sup> entrent dans le champ d'application du règlement n° 883/2004.<sup>54</sup> L'art. 3 al. 1 let. j R 883/2004 inclut les **prestations familiales**, qui sont toutes les prestations en nature ou en espèces destinées à compenser les frais que doit supporter une personne ayant un ou plusieurs **enfants** à sa charge et qui sont dues **automatiquement aux familles qui remplissent certains critères objectifs**, en particulier en fonction de leur taille, de leur revenu et de leurs ressources,<sup>55</sup> indépendamment de toute appréciation individuelle et discrétionnaire des besoins personnels,<sup>56</sup> à l'exception des avances sur pensions alimentaires et des allocations spéciales de naissance ou d'adoption visées à l'annexe I (cf. art. 1 let. z R 883/2004).<sup>57</sup> En ce qui concerne la Suisse, lesdites prestations familiales peuvent être prévues dans des lois, des ordonnances ou d'autres règles de droit générales et abstraites instituées par la Confédération, les cantons ou les communes.<sup>58</sup>

**15.** En application des principes généraux régissant l'Accord et son application en Suisse,<sup>59</sup> les dispositions du règlement précité sont en principe **directement applicables**. À ce titre, il convient de relever qu'aucune disposition équivalente n'a été introduite dans

<sup>51</sup> TF, 9C\_97/2017 du 20 septembre 2017 consid. 4; TAF, C-5859/2015, consid. 9.

<sup>52</sup> TF, 9C\_97/2017 du 20 septembre 2017 consid. 4. Voir également SPIEGEL, in: Fuchs, *Europäisches Sozialrecht*, art. 2 R 883/2004, n° 3 ss.

<sup>53</sup> KAHIL-WOLFF/GREBER, *Sécurité sociale*, 312.

<sup>54</sup> Pour déterminer si une prestation entre effectivement dans le champ d'application du règlement, il est notamment nécessaire de déterminer les finalités et les conditions d'octroi de la prestation sans tenir compte de la qualification utilisée par une législation nationale de prestation de sécurité sociale. Cf. CJUE, aff. C-245/94 et C-312/94 (Hoever et Zachow), ECLI:EU:C:1996:379, par. 14; CJUE, aff. C-160/96 (Molenaar), ECLI:EU:C:1998:84, par. 19 s.; KAHIL-WOLFF/GREBER, *Sécurité sociale*, 311 s.; OFAS, *Guide pour l'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes*, 7 s.

<sup>55</sup> CJUE, aff. C-78/91 (Hughes), ECLI:EU:C:1992:331, par. 22; voir aussi KAHIL-WOLFF, in: Fuchs/Cornelissen, *Commentary*, art. 1 R 883/2004, n° 26; DERN, in: Schreiber et al., VO 883/2004, art. 1, n° 72; DEUTSCHER BUNDESTAG, *Kürzung des Kindergeldes und EU-Recht*, 11.

<sup>56</sup> CJUE, aff. C-245/94 et C-312/94 (Hoever et Zachow), ECLI:EU:C:1996:379, par. 18.

<sup>57</sup> CJUE, aff. C-85/99 (Offermanns), ECLI:EU:C:2001:166, par. 41; se basant sur cet arrêt TAF, C-7719/2010 consid. 7.3.1. Voir aussi DERN, in: Schreiber et al., VO 883/2004, art. 1, n° 72; FUCHS, in: Fuchs/Cornelissen, *Commentary*, art. 3 R 883/2004, n° 28; KAHIL-WOLFF, in: Fuchs/Cornelissen, *Commentary*, art. 1 R 883/2004, n° 26; OFAS, *Guide pour l'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes*, 7; SPIEGEL, in: Fuchs/Cornelissen, *Commentary*, art. 1 R 883/2004, n° 41.

<sup>58</sup> OFAS, *Guide pour l'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes*, 7.

<sup>59</sup> Cf. ci-dessus n° 7 ss.

la législation suisse, le législateur suisse s'étant limité à introduire une clause générale de renvoi.<sup>60</sup> Par ailleurs, les dispositions du règlement n° 883/2004 priment le droit interne.<sup>61</sup>

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

#### 1. Aperçu et généralités

16. L'ALCP et le règlement n° 883/2004 contiennent 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.
- Selon l'**art. 4 R 883/2004**, «les personnes auxquelles le présent règlement s'applique bénéficient des mêmes prestations, en vertu de la législation de tout État membre que les ressortissants de celui-ci».
- En vertu de l'**art. 7 R 883/2004**, «les prestations en espèces dues en vertu de la législation d'un ou de plusieurs États membres ou du présent règlement ne peuvent faire l'objet d'aucune réduction, modification, suspension, suppression ou confiscation du fait que le bénéficiaire ou les membres de sa famille résident dans un État membre autre que celui où se trouve l'institution débitrice».
- L'**art. 67 R 883/2004** prévoit qu'une «personne a droit aux prestations familiales conformément à la législation de l'État membre compétent, y compris pour les membres de sa famille qui résident dans un autre État membre, comme si ceux-ci résidaient dans le premier État membre».
- 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».

---

<sup>60</sup> Voir dans le domaine des allocations familiales l'art. 24 LAFam; ATF 131 V 390 consid. 6.2; ATF 131 V 213 consid. 5.3; TAF, C-7123/2013 consid. 9.4; BOILLET, L'interdiction de discrimination, 285; BUCHER, ASDE 2008/2009, 387 (389); KADDOUS/GRISEL, Libre circulation des personnes, 868; MÉTRAL/MOSER-SZELESS, REAS 2007, 162 (163); PERRENOUD, ASDE 2015/2016, 245 (248); RODIÈRE, Droit social, 607; SEILER, ZBJV 2014, 265 (289).

<sup>61</sup> BUCHER, ASDE 2008/2009, 387 (389); KADDOUS/GRISEL, Libre circulation des personnes, 868; MÉTRAL/MOSER-SZELESS, REAS 2007, 162 (163).

17. L'ALCP et le règlement n° 883/2004 prévoient ainsi une «**cascade**» de **dispositions générales et spécifiques interdisant toutes discriminations fondées sur la nationalité** (au sens formel et matériel).<sup>62</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>63</sup> que sur celle du Tribunal fédéral,<sup>64</sup> il sied déjà à ce stade de préciser que **l'art. 2 ALCP et les art. 4 et 7 R 883/2004** ne trouvent 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>65</sup> Quant à la relation entre **l'art. 7 al. 2 R 492/2011**<sup>66</sup> (**l'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP** a repris cet article, respectivement la disposition équivalente du règlement n° 1612/68 qui a été abrogé par le règlement n° 492/2011) et les **interdictions de discrimination fondée sur la nationalité du règlement n° 883/2004**, la CJUE part de l'idée que ces dispositions peuvent s'appliquer **parallèlement**,<sup>67</sup> tout en indiquant que l'art. 7 al. 2 R 492/2011 doit en cas de «cumul d'application» – être aussi interprété à la lumière du règlement n° 883/2004.<sup>68</sup>

18. 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>69</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>70</sup> Tel est par exemple le cas

---

<sup>62</sup> Cf. par rapport à ces notions ci-dessous n° 21.

<sup>63</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>64</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.

<sup>65</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); plus spécifiquement par rapport aux dispositions du règlement n° 883/2004 cf. DEUTSCHER BUNDESTAG, Kürzung des Kindergeldes und EU-Recht, 16; IGL, in: Fuchs, Europäisches Sozialrecht, art. 67 R 883/2004, n° 1; KAHIL-WOLFF, in: Fuchs/Cornelissen, Commentary, art. 4 R 883/2004, n° 2; KAHIL-WOLFF/GREBER, Sécurité sociale, 314.

<sup>66</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>67</sup> CJUE, aff. C-111/91 (Commission/Luxembourg), ECLI:EU:C:1993:92; CJUE, aff. C-85/96 (Martinez Sala), ECLI:EU:C:1998:217.

<sup>68</sup> CJUE, aff. C-287/05 (Hendrix), ECLI:EU:C:2007:494.

<sup>69</sup> Cf. EPINEY, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, art. 18 TFUE, n° 1, avec d'autres références.

<sup>70</sup> CJUE, aff. C-85/96 (Martinez Sala), ECLI:EU:C:1998:217, par. 63; CJUE, aff. C-281/98 (Anghonese), ECLI:EU:C:2000:296, par. 35.

de l'interdiction générale de discrimination prévue à l'art. 2 ALCP qui formule un des objectifs fondamentaux de l'ALCP.<sup>71</sup>

## 2. L'art. 2 ALCP<sup>72</sup>

19. L'art. 2 ALCP érige l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité en tant que **fondement de l'Accord**.<sup>73</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 États membres.<sup>74</sup>

20. 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 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>75</sup>

21. 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>76</sup> l'emporte sur les dispositions des lois fédérales et cantonales contraires)<sup>77</sup> peut être résumée de la manière suivante:

---

<sup>71</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>72</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>73</sup> TF, 2A.325/2004 du 25 août 2005 consid. 3.3.

<sup>74</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.

<sup>75</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 11 ss.

<sup>76</sup> Cf. ci-dessus n° 8 s.

<sup>77</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.

- L'art. 2 ALCP – disposition **directement applicable** et dont les particuliers (qui doivent être ressortissants d'une des parties contractantes)<sup>78</sup> peuvent se prévaloir vis-à-vis des autorités et des tribunaux<sup>79</sup> – est applicable uniquement dans les situations à **caractère transfrontalier** (comme les dispositions de libre circulation de l'Accord en général).<sup>80</sup>
- (Seules) sont comprises les **discriminations en raison de la nationalité**.<sup>81</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>82</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>83</sup> Dès lors, les discriminations matérielles appliquent d'autres critères de distinction, tout en arrivant en fait au même résultat que les discriminations

<sup>78</sup> EPINEY/BLASER, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté, vol. III, art. 2 ALCP, n° 20.

<sup>79</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>80</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.

<sup>81</sup> Pour plus de détails, EPINEY, RSJ 2009, 25 (29 s.).

<sup>82</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>83</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; PENNING, 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/GRISEL, Libre circulation des personnes, 803; KAHIL-WOLFF, in: Fuchs/Cornelissen,

formelles parce qu'elles portent typiquement préjudice aux ressortissants de certains États membres.<sup>84</sup> Il y a discrimination matérielle lorsque l'on a par exemple recours au lieu de résidence,<sup>85</sup> au lieu de formation<sup>86</sup> ou à la nationalité des membres de la famille<sup>87</sup> comme signe distinctif. Pour qu'une mesure puisse être qualifiée d'indirectement discriminatoire, il suffit de constater que cette disposition est susceptible de par sa nature de produire un tel effet,<sup>88</sup> le nombre de ressortissants d'autres États membres désavantagés important peu.<sup>89</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>90</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>91</sup>

---

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); PENNING, European Social Security Law, 130; RODIÈRE, Droit social, 609.

<sup>84</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>85</sup> CJUE, aff. C-388/01 (Commission/Italie), ECLI:EU:C:2003:30; TF, 4A\_230/2018 du 15.01.2019 consid. 2-3; TF, 4A\_215/2017 du 15.01.2019 consid. 4-6.

<sup>86</sup> CJUE, aff. C-224/98 (D'Hoop), ECLI:EU:C:2002:432.

<sup>87</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 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. <sup>88</sup> CJUE, aff. C-237/94 (O'Flynn), ECLI:EU:C:1996:206, par. 21; BOILLET, L'interdiction de discrimination, 110; PENNING, European Social Security Law, 130.

<sup>89</sup> ATF 131 V 390 consid. 5.1; ATF 131 V 209 consid. 6 avec références; PENNING, 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>90</sup> CJUE, aff. C-20/12 (Giersch), ECLI:EU:C:2013:411, par. 45; EPINEY/MOSTERS, ASDE 2013/2014, 57 (77).

<sup>91</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).

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>92</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>93</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>94</sup> De 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>95</sup> Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a invalidé une initiative cantonale prévoyant que lors de repourvue de postes dans l'administration cantonale, les personnes résidentes dans le canton soient favorisées.<sup>96</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>97</sup>

Le Tribunal fédéral a également confirmé que l'art. 2 ALCP revêtait une portée générale.<sup>98</sup> Cette disposition s'applique dès lors **subsidièrement** et ne déploie donc ses effets que dans les situations dans lesquelles aucune interdiction de discrimination spécifique est applicable.<sup>99</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

---

<sup>92</sup> Cf. les références note 80 ss.

<sup>93</sup> CJUE, aff. C-4/95 et C-5/95 (Stöber et Piosa Pereira), ECLI:EU:C:1997:44, par. 38 s.

<sup>94</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).

<sup>95</sup> ATF 133 V 265 consid. 5.2.

<sup>96</sup> TF, 1C\_136/2018 du 26.11.2018 consid. 5.3.

<sup>97</sup> En détail, EPINEY, RSJ 2009, 25 (30 s.).

<sup>98</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>99</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.



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>100</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>101</sup> Il incombe aux Etats membres de définir ces intérêts et ils bénéficient d'une large marge de manœuvre dans ce contexte.<sup>102</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 justifiées par des raisons objectives sont opérées.<sup>103</sup> Ces principes trouvent également application dans le cadre de l'art. 2 ALCP.<sup>104</sup>

**22.** Dans notre contexte, la question de la **justification** revêt une importance toute particulière (à noter que l'art. 5 Annexe I ALCP n'est pas pertinent par rapport aux problématiques traitées dans le cadre de cette contribution). La question est alors celle de savoir quels motifs peuvent constituer des raisons impérieuses d'intérêt général:

- 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>105</sup> les mesures de couverture des coûts

---

<sup>100</sup> A propos de cette problématique en détail MARTENET/BOILLET, ASDE 2007/2008, 311 ss. Cf. aussi TF, 4A\_230/2018 du 15.01.2019 consid. 2-3; TF, 4A\_215/2017 du 15.01.2019 consid. 4-6 qui laisse toutefois la question de l'effet horizontal ouverte.

<sup>101</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>102</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>103</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>104</sup> ATF 130 I 26, JdT 2005 I 143 (trad.); ATF 133 V 265; ATF 133 V 367; KADDOUS/GRISEL, Libre circulation des personnes, 881 s.; 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>105</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.

des services publics<sup>106</sup> ou de simplification administrative<sup>107</sup> ainsi que des considérations d'ordre budgétaire.<sup>108</sup>

En tant que raisons impérieuses d'intérêt général, la Cour a par exemple admis que la cohérence du système fiscal,<sup>109</sup> la réduction du chômage<sup>110</sup> ou le risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale<sup>111</sup> étaient susceptibles de justifier une restriction au principe de non-discrimination.<sup>112</sup>

- S'agissant du risque **d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale ou d'enseignement** – revêtant potentiellement une certaine importance dans notre contexte – il sied de relever que la Cour exige qu'il y ait un risque réel et effectif de rupture de l'équilibre financier.<sup>113</sup>

Ainsi, dans les arrêts C-147/03<sup>114</sup> et C-73/08<sup>115</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.

- 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>116</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>117</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

---

<sup>106</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>107</sup> CJUE, aff. C-18/95 (Terhoeve), ECLI:EU:C:1999:22.

<sup>108</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>109</sup> CJUE, aff. C-336/96 (Gilly), ECLI:EU:C:1998:221.

<sup>110</sup> CJUE, aff. C-208/05 (ITC), ECLI:EU:C:2007:16.

<sup>111</sup> CJUE, aff. C-158/96 (Kohll), ECLI:EU:C:1998:171; CJUE, aff. C-158/07 (Förster), ECLI:EU:C:2008:630.

<sup>112</sup> Cf. à ce propos – en lien avec la sécurité sociale – p.ex. GARRONE, RSDIE 2003, 211 (234 ss).

<sup>113</sup> CJUE, aff. C-158/96 (Kohll), ECLI:EU:C:1998:171; CJUE, aff. C-147/03 (Commission/Autriche), ECLI:EU:C:2005:427; CJUE, aff. C-73/08 (Bressol), ECLI:EU:C:2010:181.

<sup>114</sup> CJUE, aff. C-147/03 (Commission/Autriche), ECLI:EU:C:2005:427.

<sup>115</sup> CJUE, aff. C-73/08 (Bressol), ECLI:EU:C:2010:181.

<sup>116</sup> Cf. toutefois BOILLET, L'interdiction de discrimination, 279, qui n'est pas très clair à ce sujet.

<sup>117</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.

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>118</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>119</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>120</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 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>121</sup>

- 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>122</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>123</sup> Il en va de même pour

---

<sup>118</sup> CJUE, aff. C-542/09 (Commission/Pays-Bas), ECLI:EU:C:2012:346, par. 69.

<sup>119</sup> CJUE, aff. C-542/09 (Commission/Pays-Bas), ECLI:EU:C:2012:346, par. 65.

<sup>120</sup> CJUE, aff. C-542/09 (Commission/Pays-Bas), ECLI:EU:C:2012:346, par. 66.

<sup>121</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>122</sup> Cf. dans le même sens p.ex. GARIN, in: Protection de certains groupements de personnes, 193 (206 ss).

<sup>123</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.

## des raisons liées à l'organisation des cercles scolaires ou de la bonne marche du système scolaire.

Cette approche ne saurait être remise en cause par la jurisprudence de la Cour qui admet que l'accès à des prestations d'aide sociale<sup>124</sup> et – comme indiqué dans un arrêt récent<sup>125</sup> – en particulier dans le cas de prestations de sécurité sociale au sens du règlement n° 883/2004, peut être soumis à la condition d'un séjour légal dans l'État d'accueil, respectivement l'État compétent. Cette jurisprudence se réfère au principe de l'accès aux prestations mais ne concerne pas la question de savoir si des ayants-droits peuvent être défavorisés pour la seule raison qu'ils résident dans un autre État membre. Ce n'est par ailleurs que pour des personnes sans activité lucrative et qui bénéficient de l'aide sociale que la Cour a jusqu'à maintenant admis qu'un lien avec l'État d'accueil peut constituer un critère de distinction, lorsqu'il s'agit de préserver l'équilibre financier d'un système de sécurité sociale, ce lien étant présumé «automatiquement» pour les travailleurs.

- La jurisprudence de la CJUE concernant les «raisons impérieuses d'intérêt général» a été reprise par le **Tribunal fédéral**.<sup>126</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>127</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>128</sup>

---

<sup>124</sup> CJUE, aff. C-333/13 (Dano), ECLI:EU:C:2014:2358; CJUE, aff. C-67/14 (Alimanovic), ECLI:EU:C:2015:597; CJUE, aff. C-299/14 (Jobcenter Recklinghausen), ECLI:EU:C:2016:114.

<sup>125</sup> CJUE, aff. C-308/14 (Commission/Royaume-Uni), ECLI:EU:C:2016:436.

<sup>126</sup> Cf. p.ex. 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); cf. également TF, 4A\_230/2018 du 15.01.2019 consid. 2-3; TF, 4A\_215/2017 du 15.01.2019 consid. 4-6.

<sup>127</sup> Dans l'arrêt ATF 133 V 265 (consid. 5.2), le Tribunal fédéral utilise l'expression «raisons objectives».

<sup>128</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 EPINEY/MOSTERS, ASDE 2013/2014, 57 (77); KAHIL-WOLFF, in: Fuchs/Cornelissen, Commentary, art. 4 R 883/2004, n° 9.

### § 3 Le versement du complément différentiel ou d'une «allocation de logement familial» à la lumière de l'ALCP et du règlement n° 883/2004

23. Afin d'examiner la question de savoir s'il est compatible avec l'ALCP de ramener, pour les personnes résidant à l'étranger, le **versement du complément différentiel en matière d'allocations familiales** aux montants minimaux prévus par la législation fédérale d'allocations familiales tandis que les **personnes domiciliées sur le territoire du canton bénéficient d'un montant supérieur**, ou de prévoir une «**allocation de logement familial**» qui ne serait versée qu'aux travailleurs dont les enfants ont leur domicile sur le territoire cantonal, il convient – sur la base de l'esquisse des dispositions pertinentes opérée dans le chapitre précédent<sup>129</sup> – dans un premier temps d'examiner en détail le champ d'application du règlement n° 883/2004 (I.) avant d'analyser les questions spécifiques évoquées au regard desdites dispositions (II. et III.).

#### I. Le champ d'application du règlement n° 883/2004

##### 1. Le champ d'application personnel

24. Conformément à l'art. 2 R 883/2004, il convient de relever que le règlement n° 883/2004 s'applique à une personne exerçant une activité salariée sur le territoire d'un canton suisse et résidant avec les membres de sa famille dans un État membre de l'UE ou dont le ou les enfants sont domiciliés à l'étranger.<sup>130</sup> Dès lors, dans le cas d'espèce et en relation avec des réglementations telles que discutées dans cette contribution,<sup>131</sup> le **champ d'application personnel** du règlement n° 883/2004 est en principe ouvert.<sup>132</sup>

25. La notion de **membre de la famille** est par ailleurs définie à l'art. 1 lit. i R 883/2004 qui délègue en premier lieu au droit national la compétence de déterminer quelles personnes ont la qualité de membres de la famille. La législation suisse en matière de prestations familiales ne prévoit pas de dispositions précisant la notion de membre de la famille.<sup>133</sup> Dès lors qu'aucune disposition ne définit la notion de membre de famille, l'art. 1 lit. i par. 2 R 883/2004 qui prévoit un régime supplétif s'applique. Celui-ci dispose que

---

<sup>129</sup> Cf. ci-dessus § 2 (n° 6 ss, 16 ss).

<sup>130</sup> Il en irait de même si le bénéficiaire était l'enfant. Voir à ce propos CJUE, aff. C-255/99 (Humer), ECLI:EU:C:2002:73. Cf. par rapport au champ d'application du règlement n° 883/2004 déjà ci-dessus n° 14.

<sup>131</sup> Cf. ci-dessus n° 4, 23.

<sup>132</sup> Cf. quant aux conditions, notamment par rapport à la nationalité, déjà ci-dessus n° 14.

<sup>133</sup> En ce sens TF, 9C\_97/2017 du 20 septembre 2017 consid. 4.2.1.

le conjoint, les enfants mineurs et les enfants majeurs à charge sont considérés comme membres de la famille.<sup>134</sup>

Un lien de filiation entre l'enfant mineur ou majeur et le ressortissant de l'État membre concerné est nécessaire.<sup>135</sup> Un enfant (ne disposant pas de la nationalité d'un des États membres) à charge du conjoint d'un ressortissant d'un État membre de l'Union européenne ne saurait ainsi être considéré comme un membre de la famille et n'entre dès lors pas dans le champ d'application de ce règlement.<sup>136</sup>

**26.** En résumé, si la personne assujettie aux dispositions du chapitre 8 du règlement n° 883/2004 qui peut bénéficier de l'allocation en question est un ressortissant d'un État membre de l'UE travaillant en Suisse et dont le ou les enfants sont domiciliés à l'étranger, celle-ci entre dans le champ d'application personnel du règlement n° 883/2004.

---

<sup>134</sup> Ainsi, un enfant mineur d'un ressortissant d'un État membre entre dans le champ d'application personnel du règlement n° 883/2004 et peut donc par exemple demander sur la base des art. 73 et 74 R 883/2004 l'octroi d'une prestation familiale, cf. CJUE, aff. C-255/99 (Humer), ECLI:EU:C:2002:73, par. 52. Voir également PENNINGS, *European Social Security Law*, 218. Sous l'empire de l'ancien règlement, la CJUE avait jugé que «les membres de la famille ne peuvent prétendre, (...), qu'aux droits dérivés, c'est-à-dire à ceux acquis en qualité de membre de la famille d'un travailleur». Elle avait ensuite précisé que les membres de la famille pouvaient se prévaloir de tous les droits hormis les cas où il ressort clairement du règlement que l'on est en présence d'une prestation qui est exclusivement due au travailleur (cf. TAF C-5241/2013, consid. 10.1.4; pour un aperçu du développement de la jurisprudence de la CJUE voir ATF 139 V 393 consid. 5; voir également SPIEGEL, in: Fuchs/Cornelissen, *Commentary*, art. 2 R 883/2004, n° 15; SPIEGEL, in: Fuchs, *Europäisches Sozialrecht*, art. 2 R 883/2004, n° 17 et 18; PENNINGS, *European Social Security Law*, 43). Les membres de la famille ne pouvaient ainsi par exemple pas invoquer les dispositions des art. 67-71 (voir notamment CJUE, aff. C-308/93 (Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank/Cabanis-Issarte), ECLI:EU:C:1996:169, par. 23; CJUE, aff. C-286/03 (Hosse), ECLI:EU:C:2006:125, par. 53). Cette distinction entre droits propres et droit dérivés a perdu de son importance vu que le champ d'application personnel a été étendu à tout ressortissant d'un des États membres de l'UE. Sur ce point KADDOUS/GRISEL, *Libre circulation des personnes*, 824. Toutefois, dans l'ATF 141 V 521 consid. 4.4, le Tribunal fédéral a considéré qu'un ressortissant d'un État tiers travaillant pour le compte d'un employeur suisse et dont les enfants ont la nationalité d'un État membre de l'Union européenne et sont domiciliés en Bulgarie n'avait pas le droit aux allocations familiales. Il a précisé, dans cet arrêt, que même si dans l'arrêt 139 V 393, il avait admis qu'un rentier de l'AVS suisse ressortissant d'un État tiers marié à une ressortissante ayant la nationalité d'un État de l'Union européenne pouvait se prévaloir de l'égalité de traitement et d'exportation des prestations lorsque le couple quittait la Suisse pour s'installer en Grande-Bretagne, qu'il n'en allait pas de même lorsque les prestations étaient liées à la qualité d'employé comme c'est par exemple le cas pour les allocations familiales.

<sup>135</sup> TF, 9C\_97/2017 du 20 septembre 2017 consid. 4.2.2 et arrêts de la CJUE cités.

<sup>136</sup> TF, 9C\_97/2017 du 20 septembre 2017 consid. 4.2.4.

## 2. Le champ d'application matériel

### a. Les allocations familiales

27. Du point de vue matériel, il est incontestable que des **allocations familiales** au sens d'une législation cantonale comme par ex. l'art. 4 al. 1 LAF<sup>137</sup> constituent des prestations qui entrent dans le **champ d'application matériel du règlement n° 883/2004**.<sup>138</sup> De même, les allocations familiales tombent sous la notion d'**avantage social** au sens de **l'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP**,<sup>139</sup> 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>140</sup> («pendant» de l'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP), une jurisprudence qui est aussi pertinente dans le cadre de l'interprétation de l'ALCP.<sup>141</sup>

### b. Les «allocations de logement familial»

28. En ce qui concerne une «**allocation de logement familial**» telle qu'esquissée ci-dessus,<sup>142</sup> il convient de rappeler que selon la jurisprudence de la CJUE, la qualification donnée par le droit interne d'un État membre ou le mode de financement d'une prestation est sans importance pour la qualification de celle-ci en tant que prestation de sécurité sociale. Il faut bien plus tenir compte de ses **finalités** et de ses **conditions d'octroi**.<sup>143</sup>

29. Selon une jurisprudence constante de la CJUE qui est reprise par la jurisprudence suisse, doivent être considérées comme des **prestations de sécurité sociale** toutes les

---

<sup>137</sup> «Les allocations familiales sont des prestations sociales en espèces, uniques ou périodiques, indépendantes du salaire, du revenu ou du degré d'activité, destinées à participer partiellement à la charge financière représentée par un ou plusieurs enfants».

<sup>138</sup> ATF 138 V 392; BOILLET, L'interdiction de discrimination, 164; CARDINAUX, in: Libre circulation des personnes et accès aux prestations étatiques, 83 (92 s., 100 ss); ce dernier auteur analyse quelques questions spécifiques liées à la classification (p.ex. la question de savoir si les allocations familiales d'un employeur public sont à considérer comme une prestation de sécurité sociale au sens du règlement n° 883/2004 ou comme élément de rémunération). Cf. par rapport au champ d'application du règlement n° 883/2004 déjà n° 14.

<sup>139</sup> Dans le même sens, en se référant à l'art. 7 al. 2 R 492/2011, DEUTSCHER BUNDESTAG, Kürzung des Kindergeldes und EU-Recht, 12 s.; GARIN, in: Protection de certains groupements de personnes, 193 (200), ainsi que CJUE, aff. C-266/95 (Garcia), ECLI:EU:C:1997:292.

<sup>140</sup> Cf. p.ex. CJUE, aff. C-212/05 (Hartmann), ECLI:EU:C:2007:437; CJUE, aff. C-213/05 (Wendy Greven), ECLI:EU:C:2007:438; CJUE, aff. C-315/94 (de Vos), ECLI:EU:C:1996:104, par. 20. Ainsi, la Cour a précisé que la notion incluait tous les avantages qui sont généralement reconnus aux travailleurs nationaux, en raison de leur qualité de travailleurs ou du simple fait de leur résidence sur le territoire national. Dans la doctrine cf. en détail p.ex. GARIN, in: Protection de certains groupements de personnes, 193 (198 ss).

<sup>141</sup> Cf. p.ex. MÉTRAL/MOSER-SZELESS, REAS 2007, 162 (170).

<sup>142</sup> Cf. ci-dessus n° 4.

<sup>143</sup> Notamment CJUE, aff. C-249/83 (Hoeckx), ECLI:EU:C:1985:139, par. 11. Cf. aussi les références dans les notes 139 ss.

prestations qui sont accordées «automatiquement» aux bénéficiaires répondant à certains critères objectifs en dehors de toute appréciation individuelle et discrétionnaire de l'autorité compétente et qui se rapportent à l'un des **risques expressément énumérés** à l'art. 3 R 883/2004.<sup>144</sup>

Le catalogue prévu à l'art. 3 R 883/2004 a un **caractère exhaustif**.<sup>145</sup> Dès lors, si une prestation n'est pas mentionnée, elle ne tombe pas sous le coup de la notion de «sécurité sociale» et le règlement ne s'applique pas. Les allocations de logement ou les allocations pour les études n'entrent dès lors pas dans le champ d'application du règlement n° 883/2004.<sup>146</sup>

**30. Les prestations familiales** sont mentionnées à l'art. 3 let. j R 883/2004. Selon l'art. 1 let. z R 883/2004, la notion de prestations familiales désigne «toutes les prestations en nature ou en espèces destinées à compenser les charges de famille, à l'exclusion des avances sur pensions alimentaires et des allocations spéciales de naissance ou d'adoption visées à l'annexe I». Cette notion doit être interprétée de manière uniforme en droit européen et non sur la base du droit national.<sup>147</sup> Il convient de relever, de manière générale, que la jurisprudence de la CJUE a adopté une **interprétation extensive** de la notion de prestations familiales.

La CJUE a considéré que ces prestations doivent être destinées «à aider socialement les travailleurs ayant charge de famille en faisant participer la collectivité à ces charges».<sup>148</sup> Elle a précisé dans un autre arrêt que «l'expression 'compenser les charges de la famille' doit être interprétée (...) en ce sens qu'elle vise, notamment, une contribution publique au budget familial, destinée à **alléger les charges**

---

<sup>144</sup> TAF, C-5859/2015 consid. 10.3 et les références citées.

<sup>145</sup> CJUE, aff. C-25/95 (Otte/Deutschland), ECLI:EU:C:1996:295, par. 22; CJUE, aff. C-249/83, (Hoeckx), ECLI:EU:C:1985:139, par. 12; voir également TAF, C-5859/2015 consid.10.1. Cf. déjà ci-dessus n° 14.

<sup>146</sup> PENNINGS, European Social Security Law, 47. Voir également CJUE, aff. C-243/90 (Smithon), ECLI:EU:C:1992:54. Pour un exemple voir l'arrêt CJUE, aff. C-249/83 (Hoeckx), ECLI:EU:C:1985:139. Voir également KADDOUS/GRISEL, Libre circulation des personnes, 827.

<sup>147</sup> KADDOUS/GRISEL, Libre circulation des personnes, 828; TAF C-5859/2015 consid. 10.3; TAF C-3391/2013 consid. 9.1; TAF C-3044/2014 consid. 9.1.

<sup>148</sup> CJUE, aff. C-104/84 (Kromhout), ECLI:EU:C:1985:296, par. 14; voir également ATF 138 V 392 consid. 4.3.2.



**découlant de l'entretien des enfants».**<sup>149</sup> Elle a ainsi retenu qu'une allocation d'éducation,<sup>150</sup> une allocation de garde d'enfant à domicile,<sup>151</sup> une indemnité de congé parentale,<sup>152</sup> une allocation parentale,<sup>153</sup> une avance sur pension alimentaire,<sup>154</sup> des prestations pour enfant («Kindergeld»)<sup>155</sup> ou encore une prestation de famille («Family credit»)<sup>156</sup> constituaient des prestations familiales au sens de l'art. 1 let. z susmentionné vu qu'ils visaient à compenser les charges familiales.

Comme le prévoit ladite disposition, les avances sur pensions alimentaires et les **allocations spéciales de naissance ou d'adoption** prévues à l'annexe I R 883/2004 échappent en revanche au champ d'application du règlement.

**31. Les prestations d'assistance sociale** sont en revanche exclues du champ d'application du présent règlement en vertu de l'art. 3 al. 5 R 883/2004. Le règlement ne précise cependant pas ce qu'il y a lieu d'entendre par assistance sociale.<sup>157</sup> La CJUE a considéré que la principale caractéristique des prestations d'assistance sociale est qu'elles tiennent compte de l'appréciation individuelle des besoins des bénéficiaires contrairement aux prestations de sécurité sociale qui sont attribuées aux bénéficiaires sur la base de certains

---

<sup>149</sup> CJUE, aff. C-85/99 (Offermanns), ECLI:EU:C:2001:166, par. 41 (mise en évidence ajoutée); voir également CJUE, aff. C-255/99 (Humer), ECLI:EU:C:2002:73, par. 31.

<sup>150</sup> CJUE, affaires jointes C-245/94 et C-312/94 (Hoever et Zachow), ECLI:EU:C:1996:379, par. 19/25; voir également CJUE, aff. C-153/03 (Weide), ECLI:EU:C:2005:428, par. 18.

<sup>151</sup> CJUE, aff. C-333/00 (Maaheimo), ECLI:EU:C:2002:64, par. 26. Dans cet arrêt, la CJUE a estimé que même si une loi poursuivait une certaine finalité mais qu'elle prévoyait également des aides qui visent à atténuer les charges financières, elle devait être considérée comme une loi attribuant des prestations familiales. Ce qui importe est donc «le lien étroit entre les charges de famille et l'allocation en cause». Voir également CJUE, aff. C-507/06 (Klöppel), ECLI:EU:C:2008:110.

<sup>152</sup> CJUE, affaires jointes C-216/12 et C-217/12 (Hliddal et Bornand), ECLI:EU:C:2013:568, par. 59.

<sup>153</sup> CJUE, aff. C-257/10 (Bergström), ECLI:EU:C:2011:839, par. 37.

<sup>154</sup> CJUE, aff. C-85/99 (Offermanns), ECLI:EU:C:2001:166, par. 47.

<sup>155</sup> CJUE, aff. C-16/09 (Schwemmer), ECLI:EU:C:2010:605, par. 33. Voir également CJUE, aff. C-352/06 (Bosmann), ECLI:EU:C:2008:290, par. 10 et 27; PENNING, *European Social Security Law*, 215.

<sup>156</sup> La prestation en question était une prestation versée hebdomadairement aux familles défavorisées (par. 3). Dans cet arrêt, la CJUE a considéré que cette prestation remplissait une double fonction: d'une part, elle visait à «maintenir des travailleurs mal rémunérés au travail» et d'autre part, à «compenser des charges de famille» vu qu'elle n'était versée que lorsque le bénéficiaire avait un ou plusieurs enfants et variait en fonction de l'âge des enfants (par. 19). La seconde fonction relevant de la catégorie des prestations familiales au sens de l'art. 1 let. d, la prestation en question rentre donc dans le champ d'application du règlement n° 1408/71. La Cour a également précisé qu'une prestation qui est accordée ou refusée selon certains critères objectifs (patrimoine, revenus du demandeur, nombre d'enfants et âge des enfants dont il a la charge) doit être considérée comme une prestation de sécurité sociale vu qu'elle est octroyée lorsque les critères objectifs sont remplis sans que les circonstances personnelles du demandeur entrent en compte. CJUE, aff. C-78/91 (Hughes), ECLI:EU:C:1992:331, par. 17; voir également SPIEGEL, in: Fuchs et al., *Europäisches Sozialrecht*, art. 1 R 883/2004, n° 41 ss.

<sup>157</sup> RODIÈRE, *Droit social*, 631.

critères objectifs en dehors de toute appréciation individuelle et discrétionnaire de l'autorité compétente.<sup>158</sup> Le fait qu'elle soit principalement financée par l'impôt n'est pas déterminant.<sup>159</sup>

**32.** Par ailleurs, les **prestations spéciales non contributives** ne sont pas exportables et ne doivent en principe être payées que sur le territoire de l'État réalisant le paiement. Elles peuvent donc être octroyées sous réserve d'une condition de résidence dans l'État compétent (art. 70 al. 4 R 883/2004).<sup>160</sup>

- En vertu de l'art. 70 al. 2 R 883/2004, les **prestations spéciales non contributives** sont les prestations
- qui servent à couvrir à titre complémentaire, subsidiaire ou de remplacement les risques visées à l'art. 3 R 883/2004 et dont l'objectif est (i) d'assurer «un revenu minimum de subsistance eu égard à l'environnement économique et social dans l'État membre concerné» ou (ii) la protection spécifique des personnes handicapées (prestation spéciales) **et**
  - qui sont financées **exclusivement**<sup>161</sup> par des contributions fiscales obligatoires destinées à couvrir des dépenses publiques générales (prestation non contributive) **et**
  - qui sont énumérées à l'annexe X du règlement.<sup>162</sup>

En Suisse, les prestations complémentaires et les prestations similaires prévues par les législations cantonales ne sont pas exportables en raison d'une réserve expresse de la Suisse.<sup>163</sup>

**33.** En l'espèce, les éléments suivants – relatifs notamment aux buts et aux conditions d'octroi – plaident en faveur de la qualification d'une «**allocation de logement familial**» telle qu'esquissée<sup>164</sup> comme prestation familiale (et donc **prestation de sécurité sociale au sens de l'art. 3 R 883/2004**) et relevant dès lors du champ d'application matériel du règlement n° 883/2004:

- Dans la mesure où les conditions d'octroi d'une «allocation de logement familial» sont formulées de telle sorte que celle-ci serait octroyée automatiquement à toute

---

<sup>158</sup> CJUE, aff. C-1/72 (Frilli/État belge), ECLI:EU:C:1972:56, par. 44. Voir également RODIÈRE, Droit social, 632; DERN, in: Schreiber et al., VO 883/2004, art. 3 R 883/2004, n° 26; PENNINGS, European Social Security Law, 57.

<sup>159</sup> RODIÈRE, Droit social, 632.

<sup>160</sup> Voir également sur ce point CJUE, aff. C-20/96 (Snares v Adjudication Officer), ECLI:EU:C:1997:518, par. 42.

<sup>161</sup> Afin de déterminer le caractère non contributif, il y a lieu de tenir compte de son mode de financement réel, cf. CJUE, aff. C-154/05 (Kersbergen-Lap and Dams-Schipper), ECLI:EU:C:2006:449, par. 36. Un lien indirect suffit pour donner à la prestation un caractère contributif, cf. CJUE, aff. C-215/99 (Jauch), ECLI:EU:C:2001:139, par. 33.

<sup>162</sup> Pour plus de détails, voir SCHREIBER, in: Schreiber et al., VO 883/2004, art. 70, n° 8 ss; FUCHS, in: Fuchs, Europäisches Sozialrecht, art. 70 R 883/2004, n° 1 ss; KADDOUS/GRISEL, Libre circulation des personnes, 813 s.

<sup>163</sup> Cf. Annexe X R 883/2004. Selon la proposition de décision du Conseil relative à la position que devait adopter l'Union européenne au sein du comité mixte institué par l'accord entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes en ce qui concerne le remplacement de l'annexe II dudit accord sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (COM/2011/0671 final), celle-ci prévoyait la possibilité d'octroyer d'autres prestations complémentaires «similaires à la pension vieillesse, invalidité ou survivants qui s'ajoutent aux prestations complémentaires fédérales».

<sup>164</sup> Cf. ci-dessus n° 4.

personne avec ou sans activité lucrative pour autant qu'elle ait un ou plusieurs enfants à charge domiciliés sur le territoire cantonal sans tenir compte de sa situation personnelle, elle semble remplir les critères pour être considérée comme une prestation de sécurité sociale dès lors que son octroi dépend de critères objectifs définis légalement et que lorsqu'ils sont remplis donnent droit à la prestation sans que l'autorité ne puisse tenir compte de circonstances personnelles du demandeur.

- Si l'allocation a pour objectif de compenser en partie les frais de loyer des familles comprenant un ou plusieurs enfants qui ont leur domicile et leur résidence habituelle sur le territoire cantonal et qu'elle est dès lors censée être affectée aux frais de logement du ou des enfants, elle vise à atténuer les charges financières des familles, ce qui pourrait être, le cas échéant, corroboré par le fait que cette allocation n'est versée que lorsque l'unité familiale du bénéficiaire comporte un ou plusieurs enfants et que le montant de l'allocation varie en fonction du nombre et de l'âge des enfants.

Par ailleurs, dans la mesure où ladite allocation est financée par les contributions des employeurs des bénéficiaires et qu'elle est octroyée automatiquement aux personnes qui remplissent les conditions fixées de par la loi, il ne s'agit pas non plus d'une prestation d'assistance sociale, ni d'une prestation spéciale non contributive.<sup>165</sup>

**34.** Toutefois, il ne paraît pas d'emblée exclu qu'il peut s'agir d'une **réelle «allocation de logement»** qui ne serait donc **pas couverte par un des risques énumérés à l'art. 3 R 883/2004**, ce d'autant plus si la finalité d'une telle prestation était de couvrir le loyer des personnes disposant de faibles revenus à l'instar de l'allocation de logement qui existe déjà dans divers cantons, comme p.ex. le canton de Genève.<sup>166</sup> Lors de la formulation des conditions d'octroi et des objectifs, il conviendrait alors de prendre en considération les éléments esquissés ci-dessus,<sup>167</sup> en évitant notamment qu'une telle prestation ne soit en réalité une prestation familiale «déguisée».

## **II. La portée des interdictions de discrimination fondée sur la nationalité et le versement du complément différentiel**

**35.** Vu la systématique esquissée<sup>168</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. 67 R 883/2004 et l'art. 7 R 883/2004 (1.) pour ensuite traiter l'art. 2 ALCP, l'art. 4 R 883/2004 et l'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP (2.).

---

<sup>165</sup> Le fait qu'elle peut figurer dans la législation sur les prestations complémentaires (qui sont des prestations spéciales non contributives au sens de l'art. 70 R 883/2004), importe peu vu que seules les conditions et la finalité de celle-ci doit être pris en compte et non la qualification par le droit national. Dans ce sens, voir également CDAS, Recommandation, 12. Cf. déjà ci-dessus n° 28 ss.

<sup>166</sup> Art. 39A-39C de la LGL (Loi générale sur le logement et la protection des locataires).

<sup>167</sup> Cf. ci-dessus n° 28 ss.

<sup>168</sup> Cf. ci-dessus n° 16 ss.

## 1. L'art. 67 et l'art. 7 R 883/2004

36. Comme déjà mentionné,<sup>169</sup> le travailleur migrant a, en vertu de l'art. 67 R 883/2004, droit aux prestations familiales «conformément à la législation de l'État membre compétent, y compris pour les membres de sa famille qui résident dans un autre État membre, comme si ceux-ci résidaient dans le premier État membre». Ainsi qu'il ressort de son libellé, ladite disposition **interdit explicitement de tenir compte du lieu de domicile des membres de la famille du travailleur** pour l'octroi des prestations familiales afin de ne pas dissuader le travailleur migrant d'exercer son droit à la libre circulation.<sup>170</sup> Au même titre, en vertu de l'art. 7 R 883/2004,<sup>171</sup> un État membre ne peut pas faire dépendre l'octroi ou le montant des prestations familiales de la résidence des membres de la famille du travailleur.<sup>172</sup> Les prestations familiales ne peuvent par conséquent pas être adaptées au pouvoir d'achat du pays de résidence des membres de la famille du travailleur migrant.<sup>173</sup>

Il convient de rappeler que l'ALCP et le règlement n° 883/2004 s'appliquent tant au niveau fédéral que cantonal.<sup>174</sup> Dès lors, les **législations cantonales** doivent également respecter les dispositions applicables en matière d'exportation des prestations familiales et ne peuvent donc pas faire dépendre l'octroi ou le montant des prestations familiales de la résidence des membres de la famille du travailleur. L'OFAS précise, à ce titre, dans son «Guide pour l'application de la Convention AELE dans le domaine des prestations familiales», dans sa version adoptée en avril 2012, que «les ressortissants des États membres de l'UE qui sont soumis, quant aux prestations familiales, à la législation suisse (fédérale, cantonale et communale) doivent être traités de la même manière que les ressortissants suisses tant au niveau fédéral, cantonal et communal».<sup>175</sup> Il ressort par ailleurs du Message du Conseil fédéral concernant l'adoption de l'ALCP, que les «législations cantonales ne peuvent pas prévoir un traitement différent des ressortissants de l'UE, même si leur famille réside à l'étranger. Les prestations doivent être intégralement versées dans tout État de l'UE».<sup>176</sup>

---

<sup>169</sup> Cf. ci-dessus n° 16.

<sup>170</sup> DEUTSCHER BUNDESTAG, Kürzung des Kindergeldes und EU-Recht, 15.

<sup>171</sup> Cf. ci-dessus n° 16 s.

<sup>172</sup> CJUE, aff. C-16/09 (Schwemmer), ECLI:EU:C:2010:605, par. 41; CJUE, C-266/95 (García), ECLI:EU:C:1997:292, par. 28; CJUE, aff. C-245/94 et C-312/94 (Hoever et Zachow), ECLI:EU:C:1996:379, par. 34; CJUE, aff. C-321/93 (Imbernon Martínez), ECLI:EU:C:1995:306, par. 21; CJUE, aff. C-228/88 (Bronzino), ECLI:EU:C:1990:85, par. 12; TF, 8C\_670/2012 consid. 3.3; DEUTSCHER BUNDESTAG, Kürzung des Kindergeldes und EU-Recht, 15; DEUTSCHER BUNDESTAG, Kürzung von Kindergeld im Lichte des EU-Rechts, 8. Voir également CJUE, aff. C-255/99 (Humer), ECLI:EU:C:2002:73, par. 40.

<sup>173</sup> Dans ce sens et pour une analyse plus détaillée sur la conformité de l'indexation des prestations pour enfant au regard du droit européen, voir DEUTSCHER BUNDESTAG, Kürzung des Kindergeldes und EU-Recht, *passim*. Le guide de l'OFAS dispose également que «les prestations familiales ne peuvent notamment pas être adaptées au pouvoir d'achat du pays de résidence des membres de la famille», OFAS, Guide pour l'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes, 9; voir également dans ce sens arrêt du Tribunal cantonal du Jura du 8 septembre 2010 (AF 160/2009), consid. 3.4.

<sup>174</sup> Cf. ci-dessus n° 8 s.; voir également CONSEIL FÉDÉRAL, Message, 5467.

<sup>175</sup> OFAS, Guide pour l'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes, 9.

<sup>176</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, Message, 5650.

37. L'art. 67 R 883/2004, en tant que règle générale, n'est pas une règle absolue et doit être confrontée aux **règles anti-cumul** prévues à l'art. 68 R 883/2004.<sup>177</sup> En cas de cumul de droits, seules les dispositions prévues à l'art. 68 R 883/2004 s'appliquent et non les dispositions du droit suisse concernant le cumul de droits.<sup>178</sup> Pour éviter un cumul injustifié de prestations, cette disposition établit la priorité de l'État compétent au titre de la législation du lieu de travail à qui il incombe, en conséquence, de verser les prestations familiales, l'autre État n'étant compétent qu'à titre subsidiaire.<sup>179</sup> L'art. 68 al. 2 R 883/2004, qui traite de la suspension et du complément différentiel,<sup>180</sup> a été introduit après que la CJUE a considéré à plusieurs reprises que l'ancien art. 76 R 1408/71,<sup>181</sup> qui privait d'une allocation plus élevée les travailleurs ayant laissé leur famille dans leur État d'origine, instituait une discrimination indirecte et que ceux-ci avaient dès lors le droit de recevoir un complément de prestations.<sup>182</sup> Selon l'art. 68 al. 2 R 883/2004, l'État non compétent en priorité verse un complément différentiel si sa législation prévoit le versement de prestations plus élevées, à moins que le droit aux prestations en question se fonde uniquement sur le lieu de résidence.<sup>183</sup>

Autrement dit, dans les situations dans lesquelles le lieu de travail du travailleur est dans un autre État que le lieu de résidence de ses enfants, les dispositions précitées prévoient en principe que les prestations sont prioritairement dues dans l'État du lieu de travail. Toutefois, le lieu de résidence des enfants est prioritaire dans les cas où l'autre parent y exerce une activité lucrative et a, de ce fait, un droit à des allocations familiales selon la législation de cet État. C'est justement dans cette situation qu'un complément différentiel (pour la partie qui excède les prestations familiales de l'État prioritaire) doit être versé dans la mesure où les prestations de l'État non-prioritaire sont plus élevées que celles de l'État de résidence des enfants.

38. L'art. 67 R 883/2004 **précise l'art. 7 R 883/2004** en ce qui concerne les **prestations familiales**. Ce dernier (intitulé «Levée des clauses de résidence») consacre le principe de l'exportation des prestations et reprend, en le généralisant, l'art. 10 R 1408/71.<sup>184</sup> Il concrétise le principe d'égalité de traitement prévu à l'art. 4 R 883/2004.<sup>185</sup>

<sup>177</sup> DERN, in: Schreiber et al., VO 883/2004, art. 68, n° 1.

<sup>178</sup> OFAS, Guide pour l'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes, 16.

<sup>179</sup> IGL, in: Fuchs, Europäisches Sozialrecht, art. 68 R 883/2004, n° 1.

<sup>180</sup> Cf. IGL, in: Fuchs, Europäisches Sozialrecht, art. 68 R 883/2004, n° 1; MARHOLD, in: Fuchs/Cornelissen, Commentary, art. 68 R 883/2004, n° 3.

<sup>181</sup> Cette disposition prévoyait que «le droit aux prestations ou allocations familiales dues en vertu du système de coordination communautaire est suspendu si, en raison de l'exercice d'une activité professionnelle, des prestations ou allocations familiales sont également dues en vertu de la législation de l'État membre sur le territoire duquel les membres de la famille résident».

<sup>182</sup> Cf. par exemple CJUE, aff. C-153/84 (Ferriaroli), ECLI:EU:C:1986:168, par. 18; voir à ce propos GARRONE, RSDIE 2003, 211 (236).

<sup>183</sup> Cf. par rapport à cette disposition p.ex. DEUTSCHER BUNDESTAG, Kürzung von Kindergeld im Lichte des EU-Rechts, 8 s.; OFAS, Guide pour l'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes, 3; IGL, in: Fuchs, Europäisches Sozialrecht, art. 68 R 883/2004, n° 1; MARHOLD, in: Fuchs/Cornelissen, Commentary, art. 68 R 883/2004, n° 3; CARDINAUX, in: Libre circulation des personnes et accès aux prestations étatiques, 83 (95 s.).

<sup>184</sup> Cf. BUCHER, ASDE 2009/2010, 453 (458); HOFSTETTER, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté, vol. III, art. 8 ALCP, n° 27; KADDOUS/GRISEL, Libre circulation des personnes, 811; SCHULER, in: Fuchs/Cornelissen, Commentary, art. 7 R 883/2004, n° 1.

<sup>185</sup> DERN, in: Schreiber et al., VO 883/2004, art. 4, n° 2.

39. L'art. 67 R 883/2004, qui prévoit que «les prestations en espèces dues en vertu de la législation d'un ou de plusieurs États membres ou du présent règlement ne peuvent faire l'objet d'aucune réduction, modification, suspension, suppression ou confiscation du fait que le bénéficiaire ou les membres de sa famille résident dans un État membre autre que celui où se trouve l'institution débitrice», vise précisément la situation dans laquelle la **famille du travailleur salarié réside dans un État membre autre que l'État compétent**. Le but de cette disposition est de garantir l'octroi des prestations familiales prévues par la législation applicable de l'État compétent, sans que celles-ci ne puissent faire l'objet d'aucune réduction, modification, suspension, suppression ou confiscation, et de favoriser ainsi la libre circulation des personnes entre les États membres en protégeant les intéressés des préjudices qui pourraient résulter du transfert de leur résidence d'un État membre à un autre.<sup>186</sup>

40. Tout comme l'art. 4 R 883/2004, l'art. 7 R 883/2004 ne s'appliquera qu'à **titre subsidiaire**, lorsque les règles plus spécifiques du règlement relatives à l'exportation telles que l'art. 67 R 883/2004 – pendant de l'art. 7 R 883/2004 en matière de prestations familiales<sup>187</sup> – ne sont pas pertinentes.<sup>188</sup>

41. En ce qui concerne les principes généraux interdisant toute discrimination fondée sur la nationalité, la jurisprudence et la doctrine admettent qu'une **justification pour des raisons impérieuses d'intérêt général** est possible.<sup>189</sup> Dans notre contexte, la question qui se pose est de savoir si une telle justification peut aussi être admise dans le cadre des art. 7 et 67 R 883/2004. *A priori*, le fait que ces dispositions soient des interdictions spécifiques de discrimination fondée sur la nationalité (puisqu'elles s'opposent à une réduction du versement de prestations sociales pour la seule raison qu'une personne réside dans un autre État membre, le critère de la résidence étant l'exemple type d'une discrimination matérielle fondée sur la nationalité)<sup>190</sup> pourrait nous amener à répondre par l'affirmative à la question posée, à savoir qu'une justification pour des raisons impérieuses d'intérêt général pourrait être admise.

42. Toutefois, tant le **libellé** que le **contexte** et l'**objectif** de ces dispositions s'opposent à une telle conclusion:

- Les art. 7 et 67 R 883/2004 se réfèrent explicitement au critère de la résidence et interdisent que ce dernier constitue un motif de réduction ou de suppression d'une prestation sociale, qui, en principe, serait due. Dès lors, ce critère est – dans les

---

<sup>186</sup> DERN, in: Schreiber et al., VO 883/2004, art. 4, n° 1 et art. 7 R 883/2004 n° 1; DEUTSCHER BUNDESTAG, Kürzung des Kindergeldes und EU-Recht, 10; KADDOUS/GRISEL, Libre circulation des personnes, 811 s.; SCHULER, in: Fuchs/Cornelissen, Commentary, art. 7 R 883/2004, n° 3; KAHIL-WOLFF/GREBER, Sécurité sociale, 319; KAHIL-WOLFF, in: Fuchs/Cornelissen, Commentary, art. 4 R 883/2004, n° 3.

<sup>187</sup> DEUTSCHER BUNDESTAG, Kürzung des Kindergeldes und EU-Recht, 16; IGL, in: Fuchs, Europäisches Sozialrecht, art. 67 R 883/2004, n° 1.

<sup>188</sup> Cf. ci-dessus n° 16 ss.

<sup>189</sup> Cf. en détail ci-dessus n° 22.

<sup>190</sup> Cf. ci-dessus n° 21.

situations visées par ces dispositions – explicitement réputé être un critère constituant toujours une discrimination et ne saurait être admis.

- Tandis que l’art. 2 ALCP et l’art. 4 R 883/2004 se réfèrent de manière générique au principe d’égalité de traitement (en ce qui concerne les discriminations matérielles), les art. 7 et 67 R 883/2004 ne mentionnent que le critère de résidence en tant que critère qui ne saurait être pris en compte afin d’opérer une distinction.
- Finalement, ces dispositions ont précisément pour but d’empêcher les États membres d’adapter le montant des prestations familiales au lieu de résidence des personnes bénéficiaires. Cet objectif ne peut pas être atteint si les États membres peuvent justifier une telle différenciation par exemple en invoquant les disparités entre États, en particulier le coût de la vie, ce d’autant plus qu’il est notoire que les coûts de la vie dans les différents États membres de l’UE diffèrent passablement et qu’un certain nombre de bénéficiaires de prestations sociales résident dans un autre État membre que celui de l’institution débitrice.

**43.** Dès lors, les interdictions de discrimination des **art. 7 et 67 R 883/2004** revêtent un **caractère «absolu»**, avec pour conséquence qu’une justification pour des raisons impérieuses d’intérêt général n’est en principe pas possible.

Une telle conclusion ressort aussi de la jurisprudence de la CJUE dont il peut être déduit que les législations qui, tout en ne supprimant pas le droit à l’octroi aux prestations, réduisent le montant versé sur la base de critères tels que le lieu de résidence ou le domicile d’un membre de la famille, sont discriminatoires et donc contraires au règlement n° 883/2004 (respectivement au règlement n° 1408/71). Ainsi, la Cour a – dans un arrêt de 1986 – considéré que l’ancien art. 73 al. 2 R 1408/71 (qui avait permis à la France de faire dépendre les prestations sociales de la résidence du bénéficiaire ou de sa famille) était contraire au droit primaire puisqu’il n’était pas conforme avec le principe d’égalité de traitement. Elle a par ailleurs estimé que la législation devait s’abstenir d’ajouter des disparités supplémentaires à celles qui résultaient déjà du défaut d’harmonisation des législations nationales, la coordination des systèmes de sécurité sociale ne visant précisément pas une harmonisation.<sup>191</sup> Dans un autre arrêt, la CJUE a indiqué qu’une réglementation qui prévoyait que les allocations familiales de l’État membre étaient versées au taux de la législation du lieu de résidence des membres de la famille n’était pas de nature à assurer l’égalité de traitement et constituait une discrimination indirecte prohibée.<sup>192</sup>

La jurisprudence la plus récente de la CJUE part de l’idée que les allocations familiales doivent pouvoir être exportées dans leur intégralité.<sup>193</sup> S’agissant de l’art. 7 R 883/2004 (respectivement l’art. 10 R 1408/71), la jurisprudence part également du principe que le recours à la résidence comme critère pour

---

<sup>191</sup> CJUE, aff. C-41/84 (Pinna I), ECLI:EU:C:1986:1.

<sup>192</sup> CJUE, aff. C-359/87 (Pinna II), ECLI:EU:C:1989:107. Dans cette affaire, il s’agissait d’un Italien travaillant et cotisant en France dont les allocations versées à sa famille résidant en Italie étaient adaptées aux taux fixés par la législation italienne. Sur ce point, voir également FUCHS, in: Fuchs, *Europäisches Sozialrecht*, art. 4 R 883/2004, n° 2; DEUTSCHER BUNDESTAG, *Kürzung von Kindergeld im Lichte des EU-Rechts*, 13; EICHENHOFER, *Sozialrecht*, 177; RODIÈRE, *Droit social*, 663 s.

<sup>193</sup> CJUE, aff. C-363/08 (Slanina), ECLI:EU:C:2009:732; cf. également – en mentionnant aussi l’objectif de cette disposition – CJUE, aff. C-321/93 (Imbernon Martinez), ECLI:EU:C:1995:306; CJUE, aff. jtes C-245/94 et C-312/94 (Hoever et Zachow), ECLI:EU:C:1996:379.

diminuer l'exportation de prestations sociales ou familiales ne saurait être justifié. Elle réserve toutefois parfois la possibilité pour les États membres de faire valoir un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier de leur système de sécurité sociale.<sup>194</sup>

De même, la doctrine unanime défend cette position, tant en ce qui concerne l'art. 67 R 883/2004<sup>195</sup> que l'art. 7 R 883/2004.<sup>196</sup> Le Tribunal fédéral interprète également l'art. 67 R 883/2004 (respectivement l'art. 73 R 1408/71) dans ce sens.<sup>197</sup>

Il sied en outre de relever que, lors de la révision de la réglementation de l'Union relative à la coordination de la sécurité sociale, la Commission européenne a décidé, au mois de décembre 2016, de ne pas modifier les règles actuelles en matière d'exportation des prestations familiales, en particulier de ne pas prévoir d'indexation des prestations familiales, ce qui confirme que les prestations familiales ne peuvent en principe pas être adaptées au pouvoir d'achat du pays de résidence des membres du travailleur migrant.<sup>198</sup> Par ailleurs, Mme *Thyssen*, a, au nom de la Commission, rappelé, en août 2017, suite à une question écrite d'un parlementaire<sup>199</sup> qu'elle n'entendait pas modifier les règles actuelles en matière d'exportation des allocations familiales. Elle a estimé que le système actuel était fondé sur un principe équitable qui est l'essence même du marché intérieur et qui a fait ses preuves au fil du temps: un travailleur qui paye ses cotisations sociales et ses impôts dans l'État membre d'emploi doit bénéficier des mêmes avantages que les habitants de celui-ci. Elle a également ajouté que cette approche est conforme à l'approche défendue par la Commission dans d'autres dossiers, telle que sa proposition de révision de la directive sur le détachement des travailleurs en vertu de laquelle les travailleurs détachés seront soumis aux mêmes conditions de rémunération et de travail que les travailleurs locaux.

---

<sup>194</sup> Cf. p.ex. CJUE, aff. C-251/89 (*Athanasopoulos*), ECLI:EU:C:1991:242; CJUE, aff. jtes C-396/05 et al. (*Habelt et al.*), ECLI:EU:C:2007:810.

<sup>195</sup> EICHENHOFER, *Sozialrecht*, n° 282 ss; CARDINAUX, in: *Libre circulation des personnes et accès aux prestations étatiques*, 83 (86, 95, 104 ss); IGL, in: *Fuchs, Europäisches Sozialrecht*, art. 67 R 883/2004, n° 1 ss; DEUTSCHER BUNDESTAG, *Kürzung des Kindergeldes und EU-Recht*, 15; BUCHER, *ASDE 2011/2012*, 499 (518 s); voir également arrêt du Tribunal cantonal du Jura du 8 septembre 2010 (AF 160/2009), consid. 3.4.

<sup>196</sup> SCHULER, in: *Fuchs, Europäisches Sozialrecht*, art. 7 R 883/2004, n° 4; DERN, in: *Schreiber et al.*, VO 883/2004, art. 7, n° 9; DEUTSCHER BUNDESTAG, *Kürzung des Kindergeldes und EU-Recht*, 17 s.; CARDINAUX, in: *Libre circulation des personnes et accès aux prestations étatiques*, 83 (105).

<sup>197</sup> ATF 138 V 392 consid. 4. Cf. également TF, 2P.220/2004 du 15 septembre 2004.

<sup>198</sup> COMMISSION EUROPÉENNE, Communiqué de presse. Dans son étude d'impact (COMMISSION EUROPÉENNE, *Impact assessment*), la Commission européenne analyse la possibilité d'indexer les prestations familiales et sa conformité au regard du droit européen. Elle arrive à la conclusion que pour qu'une indexation soit conforme au regard des dispositions européennes, la législation actuelle devrait être révisée (125 ss, 132). Cf. par rapport à ces propositions qui reflétaient un des résultats des pourparlers en vue du référendum sur le «Brexit» en Grande-Bretagne, DEUTSCHER BUNDESTAG, *Kürzung von Kindergeld im Lichte des EU-Rechts*, 9 ss.

<sup>199</sup> Au mois de mars 2017, l'Irlande, l'Allemagne, l'Autriche et le Danemark ont proposé de modifier le règlement n° 883/2004 de sorte à ce que le montant des allocations puisse être adapté au coût de la vie du pays dans lequel vit l'enfant, cf. STUPP, *Quatre pays*. Au mois de juin de la même année, la Norvège a, quant à elle, fait part de sa volonté de modifier sa législation interne afin que les allocations familiales soient également adaptées au coût de la vie du pays dans lequel vit le ou les enfant(s), cf. SKOGSTRØM/BRAATHEN, *Na vil Regjeringen kutte*. La question, posée par M. Arimont, portait, à ce titre, sur la position de la Commission face à la proposition de ces États membres. Elle peut être consultée sous <<http://www.europarl.europa.eu/sides/get-Doc.do?type=WQ&reference=E-2017-001852&language=EN>>.



**44.** En définitive, les art. 7 et 67 R 883/2004 exigent que les prestations soient en principe **exportées sans restriction**. Ainsi, les montants des prestations versées ne peuvent faire l'objet d'aucune réduction tant au niveau fédéral que cantonal. Par conséquent, le fait de prévoir dans une disposition une limitation du montant du complément différentiel versé aux montants prévus par le droit fédéral pour les travailleurs migrants dont les enfants sont domiciliés à l'étranger (dans un État membre de l'UE), réduit le montant des allocations familiales versées auxdits travailleurs et contrevient donc à ces dispositions.

Au surplus, force est de constater que, même si on soutenait une opinion divergente, à savoir qu'une justification serait possible dans le cadre des art. 7 et 67 R 883/2004, on aboutirait au même résultat puisqu'une justification ne saurait être admise dans le cas d'espèce, comme le démontre l'analyse de l'art. 2 ALCP ainsi que des art. 9 al. 2 Annexe I ALCP et 4 R 883/2004.<sup>200</sup>

## **2. L'art. 2 ALCP, l'art. 4 R 883/2004 et l'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP**

**45.** Bien que l'art. 67 R 883/2004 s'oppose déjà à une limitation du complément différentiel sur la base d'une résidence à l'étranger et que l'art. 2 ALCP et l'art. 4 R 883/2004 ne trouvent application en principe qu'à titre subsidiaire, il paraît néanmoins utile, par souci d'exhaustivité, d'analyser également les deux dispositions précitées. Par ailleurs, l'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP s'applique parallèlement aux dispositions du règlement n° 883/2004.<sup>201</sup>

### **a. L'art. 2 ALCP**

**46.** Sur la base des principes régissant **l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité** traités ci-dessus,<sup>202</sup> nous devons conclure qu'une disposition (cantonale) qui prévoirait que le **complément différentiel** se limiterait aux **montants prévus par le droit fédéral** lorsque les enfants **résident à l'étranger** (dans un autre État membre de l'UE) tandis que les **travailleurs avec enfants domiciliés sur le territoire du canton bénéficieraient d'un montant supérieur** constitue une **violation** de cette interdiction.

#### **aa. Lien d'extranéité**

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

---

<sup>200</sup> Cf. n° 21 s., 45 ss.

<sup>201</sup> Cf. ci-dessus n° 17.

<sup>202</sup> Cf. ci-dessus n° 19 ss.

## bb. Discrimination fondée sur la nationalité

48. Le fait de limiter le complément différentiel aux montants prévus par le droit fédéral lorsque les enfants résident dans un autre État membre tandis qu'en cas de résidence sur le territoire du canton une allocation supérieure est accordée opère une distinction selon le domicile des enfants qui doit être qualifiée de **discrimination indirecte ou matérielle**, dès lors qu'elle constitue en fait 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>203</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>204</sup>

Cette appréciation est par ailleurs indépendante de la question de savoir si la réduction s'applique aussi aux résidents d'autres cantons car cela ne changerait rien à la discrimination (matérielle) des ressortissants de l'Union.<sup>205</sup>

## cc. Justification

49. Il reste à déterminer s'il existe des motifs objectifs propres à **justifier** l'introduction d'une telle inégalité de traitement et qui sont proportionnés au but poursuivi. *A priori*, **trois raisons** pourraient être en substance susceptibles de justifier ce traitement différencié, soit le coût de la vie à l'étranger (moins élevé dans de nombreux pays membres de l'UE, notamment dans les pays voisins), l'impact financier des compléments différentiels versés à l'étranger et l'atteinte aux objectifs spécifiques de la politique de l'État de résidence.

50. Toutefois, **aucune** de ces raisons ne saurait **justifier** – sur la base de la jurisprudence de la CJUE et du Tribunal fédéral<sup>206</sup> – la distinction en cause:

- Certes, le coût de la vie des travailleurs de nombreux États membres, en particulier dans nos pays voisins, est moindre qu'en Suisse et une réduction du montant des allocations versées permettrait ainsi de tenir compte de la **situation personnelle des bénéficiaires**. Toutefois, il sied de relever que les prestations familiales sont en principe octroyées en dehors de toute appréciation individuelle, discrétionnaire et sans que les conditions d'existence soient prises en compte,<sup>207</sup> ainsi que cela ressort par exemple du libellé de l'art. 4 LAF qui prévoit que «les allocations familiales sont des prestations sociales en espèces, indépendantes du salaire, du revenu ou du degré

---

<sup>203</sup> 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 (Borawitz), ECLI:EU:C:2000:485. Cf. aussi DEUTSCHER BUNDESTAG, Kürzung von Kindergeld im Lichte des EU-Rechts, 18.

<sup>204</sup> Cf. ci-dessus n° 21.

<sup>205</sup> Cf. ci-dessus n° 21.

<sup>206</sup> Cf. ci-dessus n° 22.

<sup>207</sup> Arrêt du Tribunal cantonal du Jura du 10 mars 2017 (CC96/2016), consid. 5.2.1. Cf. aussi déjà ci-dessus n° 14 en lien avec le champ d'application matérielle du règlement n° 883/2004.

d'activité». Par conséquent, la situation personnelle du travailleur d'un État membre de l'UE et / ou dont les enfants résident à l'étranger ne saurait être prise en compte pour déterminer si on se trouve en présence d'une inégalité de traitement. Par ailleurs, une telle réglementation ne poursuivrait pas de manière cohérente l'objectif visé car elle ne prend en compte qu'un élément isolé de la situation personnelle du travailleur. En effet, si l'objectif poursuivi par une telle législation était bel et bien l'adaptation des allocations familiales aux coûts du lieu de résidence des enfants et dès lors aux besoins des familles, la limitation du versement de complément différentiel aux montants prévus devrait également s'appliquer pour les travailleurs d'autres cantons et / ou dont les enfants résident dans (du moins certains) autres cantons et s'étendre sur d'autres éléments de la situation personnelle. Ainsi, la mesure ne saurait en aucun cas être considérée comme apte à poursuivre le but visé.

Au surplus, il convient de rappeler que faute d'harmonisation du droit de la sécurité sociale, les dispositions des législations nationales n'empêchent pas certaines inégalités qui sont inhérentes à un système visant à une simple coordination des législations nationales en vue d'éliminer les obstacles à la libre circulation des travailleurs. Les travailleurs migrants peuvent dès lors être avantagés ou désavantagés sur le plan de la protection sociale. De plus, comme nous l'avons vu ci-dessus,<sup>208</sup> le principe d'exportation des prestations familiales prévu à l'art. 67 R 883/2004 interdit expressément d'adapter le montant des prestations familiales au pouvoir d'achat du pays de résidence des membres de la famille du travailleur migrant. La décision de la Commission européenne de ne pas modifier les règles actuelles en matière d'exportation familiale en décembre 2016 va aussi dans ce sens. Par ailleurs, le règlement lui-même prohibe de manière générale les clauses de résidence sans tenir compte du pouvoir d'achat du pays de résidence des membres de la famille du travailleur.<sup>209</sup>

Par contre, dans la mesure où **l'objectif poursuivi** était **plus spécifique** que la simple prise en compte de la situation personnelle du bénéficiaire (p.ex. la «compensation» du coût particulièrement élevé des loyers sur le territoire cantonal) ce qui doit se refléter aussi dans la législation, une justification n'est *a priori* pas exclue.<sup>210</sup>

- **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>211</sup> Par ailleurs, même si un risque **d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale** peut constituer un motif objectif, dans certains cas, justifiant une violation du principe de non-discrimination, il ressort de la jurisprudence de la CJUE que telle n'est pas le cas s'il s'agit de prestations sociales accordées à des travailleurs.<sup>212</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 ce qui concerne le motif que le versement intégral du complément différentiel contrecarre les **objectifs spécifiques de la politique de l'État de résidence** en matière d'allocations familiales, il convient de relever qu'au même titre qu'un État ne

---

<sup>208</sup> Cf. n° 36 ss.

<sup>209</sup> Dans ce sens, DEUTSCHER BUNDESTAG, Kürzung des Kindergeldes und EU-Recht, 20.

<sup>210</sup> Cf. à ce propos ci-dessous n° 59.

<sup>211</sup> Cf. ci-dessus n° 22.

<sup>212</sup> Cf. ci-dessus n° 22.

peut pas invoquer son ordre juridique interne pour justifier une discrimination et conformément au principe «*Pacta sunt servanda*», un État ne peut pas non plus invoquer la législation d'un autre État pour justifier la violation de ces obligations, ce d'autant plus, rappelons-le, que le régime de coordination sociale ne prévoit pas une harmonisation des législations internes mais une simple coordination des régimes de sécurité sociale et qu'il s'agit de droits des particuliers.

**51. Dès lors, une justification de la mesure en cause ne paraît pas possible.**

Cette conclusion ne saurait être remise en cause par un arrêt récent du Tribunal fédéral dans lequel il indique que l'exigence d'une certaine intégration et d'attachement au canton peut constituer un motif sérieux et pertinent (à la lumière de l'art. 8 Cst.) pour demander aux étrangers établis dans le canton en question un séjour plus long que pour les citoyens suisses avant qu'ils puissent bénéficier de certaines prestations de sécurité sociale.<sup>213</sup> Il sied avant tout de souligner que le Tribunal fédéral n'a pas tranché la question de la compatibilité de la mesure en question avec l'ALCP pour des raisons procédurales. La situation de fait se présente également ici de manière quelque peu différente à celle telle qu'elle ressort de l'arrêt du Tribunal fédéral (distinction entre personnes toutes domiciliées sur le territoire cantonal s'agissant des conditions d'accès à des prestations). Il serait par ailleurs douteux qu'une distinction telle qu'en cause dans l'arrêt du Tribunal fédéral soit conforme avec l'Accord au regard de la jurisprudence de la CJUE qui part de l'idée que pour les travailleurs migrants une discrimination fondée sur la nationalité ne saurait être justifiée par un critère d'intégration quelconque.<sup>214</sup>

**b. L'art. 4 R 883/2004**

**52. Le principe de non-discrimination** est ancré à l'art. 2 ALCP et mentionné à l'art. 8 let. a ALCP (pour la coordination des systèmes de sécurité sociale). Cette dernière disposition se limite toutefois à fixer des objectifs et n'accorde dès lors pas de véritables droits à l'interdiction de discrimination.<sup>215</sup> Le principe de non-discrimination est également concrétisé par l'**art. 4 R 883/2004**<sup>216</sup> qui instaure une interdiction spécifique de discrimination pour le domaine de la sécurité sociale.<sup>217</sup> Cette disposition, bénéficiant autant aux migrants résidant dans un État membre d'accueil qu'aux travailleurs migrants, qui tout en exerçant leur activité salariée dans ce dernier État membre, résident dans un autre État membre,<sup>218</sup> exige que les États membres s'abstiennent de toute discrimination fondée sur la nationalité pour toute question qui relève de l'application de leurs régimes de sécurité sociale.

---

<sup>213</sup> Cf. TF, 8C\_182/206 du 6 décembre 2016 (arrêt en italien).

<sup>214</sup> Cf. ci-dessus n° 22.

<sup>215</sup> BOILLET, L'interdiction de discrimination, 101; BOILLET/MARTENET, ASDE 2010/2011, 321 (322).

<sup>216</sup> Cf. HOFSTETTER, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté, vol. III, art. 8 ALCP, n° 10.

<sup>217</sup> Cf. FUCHS, in: Fuchs, Europäisches Sozialrecht, art. 4 R 883/2004, n° 1; KAHIL-WOLFF, in: Fuchs/Cornelissen, Commentary, art. 4 R 883/2004, n° 1; RODIÈRE, Droit social, 608.

<sup>218</sup> Voir, en ce sens CJUE, aff. C-57/96 (Meints), ECLI:EU:C:1997:564, par. 50.

**53.** L'art. 4 R 883/2004 reprend la notion de discrimination prévue à l'art. 18 TFUE et l'art. 2 ALCP.<sup>219</sup> Ainsi – à l'instar de l'art. 2 ALCP<sup>220</sup> – les discriminations directes fondées sur la nationalité des bénéficiaires des régimes de sécurité sociale et les discriminations indirectes, à savoir les discriminations qui conduisent en fait à un résultat discriminatoire, sont prohibées.<sup>221</sup> Cela ressort par ailleurs de la finalité du règlement n° 883/2004 qui, comme l'indique le cinquième considérant, doit garantir «à tous les ressortissants des États membres l'égalité de traitement au regard des différentes législations nationales». C'est pourquoi les principes développés en lien avec l'art. 2 ALCP peuvent être repris.<sup>222</sup>

Il sied de rappeler aussi dans ce contexte,<sup>223</sup> que l'art. 4 R 883/2004 qui s'oppose à toutes discriminations directes ou indirectes ne s'appliquera qu'à titre subsidiaire, lorsque les règles plus spécifiques du règlement telles que les art. 5, 6 et 7 R 883/2004<sup>224</sup> ou celles relatives à l'exportation des prestations ne sont pas pertinentes.<sup>225</sup>

**54.** La jurisprudence s'est penchée à plusieurs reprises sur la question de savoir si la **réduction de prestations sociales** sur la base de critères tels que le **lieu de résidence** ou le **domicile** d'un membre de la famille est conforme à l'art. 4 R 883/2004 (respectivement à l'art. 3 R 1408/71) et a toujours répondu par la **négative**.

La CJUE a ainsi considéré qu'une réglementation qui prévoyait un cumul des prestations différent selon que la rente était versée dans le même État membre ou dans un autre État membre était contraire à l'art. 3 R 1408/71.<sup>226</sup> De même, la Cour a jugé qu'une réglementation qui fixait un montant minimal plus élevé pour le versement des prestations à l'étranger que pour les versements nationaux était clairement discriminatoire vu que les bénéficiaires de pensions résidant à l'étranger étaient plus susceptibles d'être affectés que les ressortissants d'autres États membres<sup>227</sup> et que l'inégalité de traitement n'était ni justifiée, ni proportionnée, le versement n'entraînant pas de frais supplémentaires par rapport au paiement de la prestation sur le territoire national.<sup>228</sup>

**55.** Dès lors, une réglementation telle que discutée dans ce chapitre constituerait aussi une **violation de l'art. 4 R 883/2004**.

---

<sup>219</sup> BUCHER, ASDE 2009/2010, 453 (475); MÉTRAL/MOSER-SZELESS, REAS 2007, 162 (170).

<sup>220</sup> Cf. ci-dessus n° 21.

<sup>221</sup> Voir par ex. KAHIL-WOLFF/GREBER, Sécurité sociale, 314; DERN, in: Schreiber et al., VO 883/2004, art. 4, n° 5 s; DEUTSCHER BUNDESTAG, Kürzung des Kindergeldes und EU-Recht, 18; DEUTSCHER BUNDESTAG, Kürzung von Kindergeld im Lichte des EU-Rechts, 18; MÉTRAL/MOSER-SZELESS, REAS 2007, 162 (170).

<sup>222</sup> Cf. ci-dessus n° 19 ss, 46 ss. Cf. aussi MÉTRAL/MOSER-SZELESS, REAS 2007, 162 (170) qui indiquent que l'art. 4 R 883/2004 (respectivement l'art. 3 R 1408/71), l'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP et l'art. 2 ALCP reposent sur la même notion de discrimination.

<sup>223</sup> Cf. ci-dessus n° 16 s.

<sup>224</sup> KAHIL-WOLFF, in: Fuchs/Cornelissen, Commentary, art. 4 R 883/2004, n° 2.

<sup>225</sup> KAHIL-WOLFF/GREBER, Sécurité sociale, 314.

<sup>226</sup> CJUE, aff. C-10/90 (Masgio), ECLI:EU:C:1991:107, par. 25.

<sup>227</sup> CJUE, aff. C-124/99 (Borawitz), ECLI:EU:C:2000:485, par. 24.

<sup>228</sup> CJUE, aff. C-124/99 (Borawitz), ECLI:EU:C:2000:485, par. 35. Cf. à ce propos KAHIL-WOLFF, in: Fuchs/Cornelissen, Commentary, art. 4 R 883/2004, n° 1; RODIÈRE, Droit social, 610.

### c. L'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP

56. L'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP précise l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité pour les avantages fiscaux et sociaux accordés aux travailleurs. Partant, les considérations développées en lien avec l'art. 2 ALCP et l'art. 4 R 883/2004 sont également applicables.<sup>229</sup> Ainsi, une réglementation telle que discutée ici serait également **incompatible** avec l'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP.

### III. La portée des interdictions de discrimination fondée sur la nationalité et le versement d'une «allocation de logement pour les familles»

57. En ce qui concerne une «**allocation de logement familial**», les mêmes réflexions que présentées sous le chapitre II.<sup>230</sup> peuvent être reprises dans les grandes lignes.

58. Ainsi, dans la mesure où une «allocation de logement familial» doit être considérée comme une **prestation familiale** et dès lors comme une prestation de sécurité sociale au sens du règlement n° 883/2004, les art. 7 et 67 R 883/2004 s'appliquent avec pour conséquence qu'une limitation du versement d'une telle prestation aux personnes domiciliées sur le territoire cantonal ou dont les enfants y sont domiciliés ne saurait être en conformité avec lesdits articles et dès lors avec l'ALCP, une justification pour des raisons impérieuses d'intérêt général n'étant en principe pas possible.

59. Par contre, si le **champ d'application matériel du règlement n°883/2004 n'est pas ouvert**, il n'est *a priori* pas exclu qu'une telle mesure puisse être libellée de sorte qu'elle soit compatible avec l'ALCP:

- Certes, on se trouve bien dans un cas de **discrimination indirecte** envers les travailleurs migrants dans la mesure où le versement de l'allocation de logement familial est limité aux enfants domiciliés sur le 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

---

<sup>229</sup> Cf. ci-dessus n° 46 ss. Cf. pour un tel parallélisme explicitement aussi DEUTSCHER BUNDESTAG, Kürzung des Kindergeldes und EU-Recht, 20 s.; MÉTRAL/MOSER-SZELESS, REAS 2007, 162 (170).

<sup>230</sup> Cf. ci-dessus n° 35 ss.

enfants résidant à l'étranger).<sup>231</sup> Le fait que les travailleurs résidents d'autres cantons soient également touchés n'a pas d'importance dans ce contexte.<sup>232</sup>

- Il n'est toutefois *a priori* pas exclu qu'une telle mesure puisse être **justifiée** par des raisons impérieuses d'intérêt public.<sup>233</sup> En particulier, des exigences relatives à la **politique sociale** ou à l'aménagement du territoire pourraient être invoquées dans ce contexte.<sup>234</sup> En effet, de tels principes et objectifs s'inscrivent dans le cadre d'une politique sociale qui, en l'état, relève de la compétence des États membres, lesquels disposent d'une certaine marge d'appréciation en ce qui concerne la nature des mesures de protection sociale et les modalités concrètes de leurs réalisations.<sup>235</sup> Ainsi, une «allocation de logement familial» pourrait notamment poursuivre l'objectif de «compenser» de manière ciblée le coût très élevé des loyers sur le territoire cantonal par rapport à d'autres cantons ou à l'étranger et de soutenir les ménages avec enfants dont les charges sont plus élevées, ce dans le but de leur garantir un logement convenable et d'assurer par-là une certaine mixité sociale en limitant les effets de la «gentrification»<sup>236</sup> sur le territoire cantonal. Une telle considération serait susceptible d'être considérée comme une raison impérieuse d'intérêt public pouvant justifier une discrimination selon la nationalité; elle serait par ailleurs plus ciblée qu'un simple renvoi à la situation personnelle des bénéficiaires.<sup>237</sup> Pour être conforme à l'ALCP, la mesure doit aussi respecter le principe de proportionnalité et en particulier pouvoir être considérée comme apte à poursuivre l'objectif visé de manière cohérente et être nécessaire à sa réalisation. Dans la mesure où l'objectif serait précisément de «compenser» le coût très élevé des loyers sur le territoire cantonal et sous condition que ce fait puisse être démontré par des statistiques pertinentes, il paraît *a priori* envisageable (en tenant aussi compte de la marge de manœuvre des États membres en la matière<sup>238</sup>) que la mesure soit formulée de sorte qu'elle réponde

---

<sup>231</sup> Cf. ci-dessus n° 21.

<sup>232</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.

<sup>233</sup> Cf. à ce propos en général déjà ci-dessus n° 22.

<sup>234</sup> Voir dans ce sens CJUE, affaires jointes C-197/11 et C-203/11 (Libert), ECLI:EU:C:2013:288, par. 52; EPINEY/MOSTERS, ASDE 2013/2014, 57 (62). Voir également CJUE, aff. C-567/07 (Woningstichting Sint Servatius), ECLI:EU:C:2009:593. Par contre, ni l'impact financier de l'économie potentielle d'une telle restriction des bénéficiaires de la mesure ni le fait qu'un versement également à l'étranger pourrait contrecarrer la politique (sociale) de l'État de résidence peuvent être considérés – dans notre contexte – comme des raisons impérieuses d'intérêt public, ceci pour les mêmes raisons qu'évoquées ci-dessus (cf. ci-dessus n° 50).

<sup>235</sup> Cf. dans ce sens CJUE, aff. C-229/89 (Commission/Belgique), ECLI:EU:C:1991:187, par. 22 ss.

<sup>236</sup> La notion de «gentrification» désigne le remplacement de populations d'un quartier populaire par des personnes plus aisées. CUSIN, La gentrification en question, 168. Voir également à ce sujet WICHT, Population et mixité sociale, 57 ss.

<sup>237</sup> Cf. à ce propos ci-dessus n° 50.

<sup>238</sup> Ainsi, la CJUE admet souvent un certain pouvoir d'appréciation des États membres en lien avec la proportionnalité de mesures nationales. Cf. p.ex. CJUE, aff. C-103/08 (Gottwald), ECLI:EU:C:2009:597; CJUE, affaires jointes C-523/11, C-585/11 (Prinz et Seeberger), ECLI:EU:C:2013:524; CJUE, aff. C-220/12 (Thiele Meneses), ECLI:EU:C:2013:683; CJUE,

aux exigences de la proportionnalité, ceci malgré le fait que seul un élément isolé de la situation personnelle du travailleur soit pris en compte et que la mesure vise les bénéficiaires indistinctement de leur situation financière. Car, il semble être dans la compétence des États membres (et de la Suisse) de vouloir – dans ce sens de manière ciblée – alléger les coûts de logement pour familles et compenser ainsi les charges familiales, ceci indépendamment de la situation financière des bénéficiaires.

---

aff. C-367/11 (Prete), ECLI:EU:C:2012:668; CJUE, aff. C-67/14 (Alimanovic), ECLI:EU:C:2015:597.



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

60. Sur la base des caractéristiques de l'ALCP et de l'esquisse des dispositions pertinentes de celui-ci,<sup>239</sup> le présent paragraphe examine 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. Vu la systématique esquissée<sup>240</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 al. 6 Annexe I ALCP (I.) et l'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP (II.) pour ensuite traiter l'art. 2 ALCP (III.).

### I. L'art. 3 al. 6 Annexe I ALCP

61. L'enfant d'un ressortissant d'une partie contractante a, en vertu de l'art. 3 al. 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».

62. Cette disposition est calquée sur l'**art. 10 R 492/2011**<sup>241</sup> (anciennement art. 12 R 1612/68<sup>242</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>243</sup>

63. Le **champ d'application matériel** de l'art. 3 al. 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

---

<sup>239</sup> Cf. ci-dessus n° 6 ss.

<sup>240</sup> Cf. ci-dessus n° 16 ss.

<sup>241</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>242</sup> Texte abrogé par le R 492/2011, cf. art. 41 R 492/2011.

<sup>243</sup> TF, 2C\_997/2015 du 30 juin 2016 consid. 2.1; cf. également dans ce sens, ATF 132 V 184 consid. 7.1.

personnes avec un handicap.<sup>244</sup> La CJUE a précisé dans l'arrêt *Casagrande* que cette disposition couvrait également les règles relatives à l'admission de l'enseignement.<sup>245</sup>

**64.** La Cour de justice de l'Union européenne<sup>246</sup>, ainsi que le Tribunal fédéral<sup>247</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>248</sup>

**65.** 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>249</sup>

Ainsi, d'après la jurisprudence, un Etat est donc autorisé à imposer un droit d'inscription<sup>250</sup> «comme condition d'accès d'enseignement scolaire général dispensé sur son territoire, aux enfants des travailleurs migrants résidant dans un autre Etat membre alors qu'il n'impose pas cette charge aux ressortissants de cet autre Etat membre». <sup>251</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>252</sup>

**66.** *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.

---

<sup>244</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. TEYSSSIÉ, *Droit européen du travail*, 173.

<sup>245</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>246</sup> CJUE, aff. C-389/87 (Echternach), ECLI:EU:C:1989:130; CJUE, aff. C-312/1999 (Baumbast), ECLI:EU:C:2002:493.

<sup>247</sup> TF, 2A.475/2004 du 25 mai 2005 consid. 4 et 5.

<sup>248</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). Critique par rapport à cette approche EPINEY/METZ, *Annuaire du droit de la migration 2013/2014*, 331 345 ss).

<sup>249</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.

<sup>250</sup> La Cour utilise le terme «Minerval».

<sup>251</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 contraints 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>252</sup> CJUE, aff. C-197/86 (Brown), ECLI:EU:C:1988:323, par. 30.

Dans ce sens, l'avocate générale ELEANOR SHARPSTON a estimé dans ses conclusions de l'affaire *Martens*<sup>253</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 (...)».

**67.** 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>254</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>255</sup> En définitive, force est de constater que l'on ne saurait affirmer, en l'état, que cette disposition peut respectivement 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.

## II. L'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP

**68.** L'art. 9 al. 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>256</sup> Il convient dès lors d'interpréter cette disposition en s'appuyant sur le droit de l'Union.

---

<sup>253</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>254</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>255</sup> CJUE, C-263/86 (*Humbel*), ECLI:EU:C:1988:451, par. 25. Cf. déjà ci-dessus n° 65.

<sup>256</sup> Cf. p.ex. ATF 137 II 242, consid. 3.2.1.

**69.** Selon la jurisprudence de la CJUE, la **notion d'avantage social** doit être interprétée de manière **très extensive**.<sup>257</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>258</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>259</sup> qui peuvent par ailleurs être de nature financière<sup>260</sup> ou immatérielle.

**70.** 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 Annexe I ALCP:<sup>261</sup>

- une allocation pour adultes handicapés;<sup>262</sup>
- une allocation de naissance;<sup>263</sup>
- une allocation de maternité;<sup>264</sup>
- une carte de réduction sur les prix des transports, délivrées par un organisme national de chemin de fer aux familles nombreuses;<sup>265</sup>
- une prestation sociale garantissant un minimum de moyens d'existence;<sup>266</sup>
- un droit de séjour pour le partenaire non marié;<sup>267</sup>
- l'utilisation de sa langue dans une procédure pénale.<sup>268</sup>

---

<sup>257</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>258</sup> CJUE, aff. C-287/05 (Hendrix), ECLI:EU:C:2007:494, par. 48.

<sup>259</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>260</sup> Certains auteurs font encore la distinction entre les avantages «conçus de façon positive» qui donnent droit au versement d'une prestation et les avantages «conçus de façon négative» qui consistent dans l'économie d'une somme, cf. p.ex. MAUDET-BENDAHAN, *La mobilité géographique du travailleur*, 272 s.

<sup>261</sup> Pour plus d'exemples voir STEINMEYER, in: Fuchs, *Europäisches Sozialrecht*, art. 7 R 492/2011, n° 9; MENGHI/QUÉRÉ, *Libre circulation*, 61; TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, 170.

<sup>262</sup> CJUE, aff. C-63/76 (Inzirillo), ECLI:EU:C:1976:192, par. 21.

<sup>263</sup> CJUE, aff. C-111/91 (Commission/Luxembourg), ECLI:EU:C:1993:92, par. 6.

<sup>264</sup> CJUE, aff. C-111/91 (Commission/Luxembourg), ECLI:EU:C:1993:92, par. 6.

<sup>265</sup> CJUE, aff. C-32/75 (Cristini), ECLI:EU:C:1975:120.

<sup>266</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>267</sup> CJUE, aff. C-59/85 (Reed), ECLI:EU:C:1986:157.

<sup>268</sup> CJUE, aff. C-137/84 (Mutsch), ECLI:EU:C:1985:335.

**71.** Concernant en particulier les **problématiques scolaires**, la CJUE a reconnu qu'une allocation d'éducation,<sup>269</sup> une aide accordée pour l'entretien et pour la formation en vue de la poursuite d'études universitaires<sup>270</sup> ou encore une bourse d'étude<sup>271</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>272</sup>

**72.** 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>273</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 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>274</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 certaines 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>275</sup>

**73.** Concernant le **champ d'application personnel**, l'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP, respectivement l'art. 7 al. 2 R 492/2011, bénéficie 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

---

<sup>269</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>270</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>271</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>272</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>273</sup> Cf. à ce propos STEINMEYER, in: Franzen, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, art. 7 R 492/2011, n° 22.

<sup>274</sup> CJUE, aff. C-315/94 (de Vos), ECLI:EU:C:1996:104, par. 21/22.

<sup>275</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.

dans lequel ils travaillent, indifféremment de leur lieu de résidence,<sup>276</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>277</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>278</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>279</sup>

**74.** 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>280</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 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>281</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>282</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.**

---

<sup>276</sup> Voir CJUE, aff. C-57/96 (Meints), ECLI:EU:C:1997:564, par. 50; CONSEIL FÉDÉRAL, Message, 5634.

<sup>277</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>278</sup> CJUE, aff. C-337/97 (Meeusen), ECLI:EU:C:1999:284, par. 23.

<sup>279</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), ECLI:EU:C:1984:280, par. 10; CJUE, aff. C-157/84 (Frasco), ECLI:EU:C:1984:280, par. 10; CJUE, aff. C-326/90 (Commission), ECLI:EU:C:1992:336, par. 10; 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>280</sup> Cf. p.ex. CJUE, aff. C-287/05 (Hendrix), ECLI:EU:C:2007:494, par. 48.

<sup>281</sup> Cf. BOKELOH, *ZESAR* 2014, 168 (174 s.).

<sup>282</sup> Cf. CJUE, aff. C-287/05 (Hendrix), ECLI:EU:C:2007:494, par. 48. Cf. déjà ci-dessus n° 69 s.

Dans le même sens vont certaines conclusions d'avocats généraux. Ainsi, l'avocat général GEELHOED dans ses conclusions de l'affaire *Hartmann*<sup>283</sup> ou l'avocat général LENZ dans ses conclusions de l'affaire *Meints*<sup>284</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 rattachés à sa qualité de travailleur. A l'appui de leur argumentation, aussi soutenue par certains auteurs de la doctrine,<sup>285</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>286</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>287</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>288</sup>, l'avantage social – une indemnité de licenciement – était lié à un rapport de travail et donc à la qualité objective de travailleur.<sup>289</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 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>290</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>291</sup> Dans ses rares arrêts concernant l'accès de frontaliers à un avantage social au

---

<sup>283</sup> CJUE, aff. C-212/05 (*Hartmann*), ECLI:EU:C:2007:437, par. 51.

<sup>284</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>285</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>286</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>287</sup> CJUE, aff. C-337/97 (*Meeusen*), ECLI:EU:C:1999:284.

<sup>288</sup> CJUE, aff. C-57/96 (*Meints*), ECLI:EU:C:1997:403, par. 41.

<sup>289</sup> Ces aspects sont notamment soulignés par SCHULTE, in: Social Security, 41 (46 s.).

<sup>290</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>291</sup> Cf. à ce propos aussi BOKELOH, ZESAR 2014, 168 (174 s.).

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>292</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>293</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.

**75. 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>294</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.<sup>295</sup>

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 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>296</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

---

<sup>292</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>293</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 ne peut pas être approfondie dans le cadre de la présente étude.

<sup>294</sup> Cf. ci-dessus, n° 68 ss. Cf. toutefois Cour de justice de la république et du Canton de Genève, Chambre administrative, arrêt du 13 juin 2019, consid. 19b où la Cour est dubitative quant à la qualification d'avantage social de l'admission à l'enseignement obligatoire public en invoquant que les prestations sociales devraient avoir pour but d'améliorer la situation financière des bénéficiaires. Toutefois, il ressort clairement de la jurisprudence de la CJUE qu'aussi des avantages ne présentant pas de lien avec la situation financière des bénéficiaires peuvent être considérés comme des avantages sociaux au sens du droit de l'UE. Cf. ci-dessus n° 70.

<sup>295</sup> Cf. dans le même sens maintenant Cour de justice de la république et du Canton de Genève, Chambre administrative, arrêt du 13 juin 2019, consid. 19c

<sup>296</sup> Cf. ci-dessus, n° 61 ss.



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).

**76.** 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>297</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>298</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.

### III. L'art. 2 ALCP

**77.** 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>299</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 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>300</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>301</sup> Dès

---

<sup>297</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>298</sup> Cf. ci-dessous, n° 77 ss.

<sup>299</sup> Cf. ci-dessus n° 17.

<sup>300</sup> Cf. ci-dessus n° 68 ss.

<sup>301</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

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.

**78.** 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 État membre ou État contractant.
- 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>302</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>303</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>304</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

---

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.

<sup>302</sup> Cf. déjà ci-dessus n° 21. 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 (Borawitz), ECLI:EU:C:2000:485. Cf. dans le même sens maintenant Cour de justice de la république et du Canton de Genève, Chambre administrative, arrêt du 13 juin 2019, consid. 21.

<sup>303</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. Par contre, dans ATF 2C\_820/2018 consid. 4.1, le TF semble partir de l'idée qu'il ne peut pas avoir de discrimination indirecte si une réglementation défavorise aussi les nationaux domiciliés dans d'autres cantons ou communes. Cette approche ne tient toutefois pas compte de la jurisprudence mentionnée de la CJUE (sans que le TF soulève la problématique).

<sup>304</sup> Cf. ci-dessus n° 21.

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'écoliers 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>305</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 que telle n'est pas le cas s'il s'agit de prestations sociales ou d'avantages sociaux accordés à des travailleurs.<sup>306</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 démontrer l'existence d'un tel risque, notamment en fournissant une analyse objective, circonstanciée et chiffrée. Il devrait notamment démontrer le nombre maximal d'écoliers 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**.<sup>307</sup> 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>308</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>309</sup> de la Convention intercantonale du 20

---

<sup>305</sup> Cf. ci-dessus n° 22. Explicitement CJUE, aff. C-20/12 (Giersch), ECLI:EU:C:2013:411, par. 52.

<sup>306</sup> Cf. ci-dessus n° 22.

<sup>307</sup> Cf. dans ce sens aussi Cour de justice de la république et du Canton de Genève, Chambre administrative, arrêt du 13 juin 2019, consid. 22.

<sup>308</sup> MÜLLER/SCHÉFER, Grundrechte, 796. Voir également ATF 140 I 153, RDAF 2014 II 587 (trad.), consid. 2.3.3.

<sup>309</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.

mai 2005.<sup>310</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>311</sup> Il n'y a donc, en Suisse, aucun droit à fréquenter gratuitement une école choisie librement.<sup>312</sup> Au surplus, le Tribunal fédéral a considéré que certains droits fondamentaux tels que la liberté de la langue pouvaient être restreints.<sup>313</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>314</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

---

<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>310</sup> Convention intercantonale du 20 mai 2005 réglant la fréquentation d'une école située dans un canton autre que celui de domicile.

<sup>311</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>312</sup> PAPAUX, RFJ 2002, 3 (18); ATF 125 I 347, JdT 2001 I 592 (trad.), consid. 6; voir également MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 797; ATF 122 I 236, JdT 1998 I 66 (trad.), consid. 4dcc; ATF 100 Ia 462, JdT 1976 I 568, consid. 2.

<sup>313</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>314</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).

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 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.

## § 5 Conclusion

79. En ce qui concerne les problématiques analysées en détail dans cette contribution, les développements qui précèdent mènent aux résultats suivants:

- Une disposition (cantonale) qui prévoirait que le **complément différentiel** pour les allocations familiales se limiterait aux montants prévus par le droit fédéral lorsque les enfants résident dans un autre État membre (tandis que les personnes domiciliées dans le canton bénéficient d'allocations plus élevées) est **incompatible avec les dispositions de l'ALCP**.
- Par contre, il convient de relever que des **allocations de logement** ne pourraient éventuellement en pas entrer dans le champ d'application du règlement n° 883/2004, ceci pour autant qu'elles ne doivent pas – en fonction des conditions d'octroi et de leurs objectifs – être considérées comme des «prestations familiales» au sens de l'art. 3 lit. j R 883/2004. Dès lors, dans la mesure où des «allocations de logement» n'entrent pas dans le champ d'application du règlement n° 883/2004, il ne paraît pas exclu qu'une telle mesure puisse être libellée de sorte qu'elle soit compatible avec l'ALCP.
- 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**.

80. Ainsi, la présente étude est aussi une illustration de l'impact de l'ALCP aussi pour des **mesures relevant de la compétence des cantons**: en effet, les États membres et les parties contractantes à l'ALCP sont certes libres de définir leurs priorités politiques dans les domaines de leur compétence et de décider des mesures à prendre afin de les réaliser. Toutefois, ils doivent respecter le cadre du droit international en général et de l'ALCP en particulier ce qui limite bien entendu leur marge de manœuvre. Les problématiques examinées dans le cadre de la présente contribution sont des exemples intéressants dans ce contexte: d'une part, nous avons pu démontrer que des mesures impliquant une discrimination des travailleurs (frontaliers) fondée (directement ou indirectement) sur la nationalité doivent obéir à des conditions très strictes et certaines discriminations ne peuvent même pas – suite aux exigences formulées dans le droit dérivé – être justifiées. D'autre part (et pour autant qu'une justification soit admise ce qui est en général le cas), l'ALCP permet aux collectivités publiques de définir leurs priorités politiques en prenant des mesures justifiées par un intérêt public et respectant le principe de proportionnalité. Dans ce cadre-là, les collectivités publiques bénéficient d'une certaine **marge de manœuvre** qu'elles peuvent utiliser dans le cadre de leurs compétences.



# Cahiers fribourgeois de droit européen

## Freiburger Schriften zum Europarecht

Publiés sous l'égide de l'Institut de droit européen de l'Université de Fribourg  
Herausgegeben vom Institut für Europarecht der Universität Freiburg i. Ü.

Derniers numéros parus / Letzte erschienene Nummern

- 23 Astrid Epiney / Marcel Haag / Markus Kotzur / Francesco Maiani (Hrsg.) ;  
Vlad Constantinesco / Jean-Paul Jacqué / Beate Kohler-Koch / Siegfried Magiera  
La Constitution de l'Union européenne: état des lieux et perspectives / Die Ver-  
fassung der Europäischen Union: status quo und Perspektiven  
Festgabe zu Ehren von Prof. Roland Bieber
- 24 Alberto Achermann / Astrid Epiney / Raffael Gnädinger (Hrsg.) ;  
Gregor T. Chatton / Thomas von Danwitz / Dieter Freiburghaus  
Migrationsrecht in der Europäischen Union und im Verhältnis Schweiz – EU :  
Die Rechtsprechung des EuGH zum Migrationsrecht, der Arbeitnehmerbegriff  
und ein Beitrag zum Stand der Beziehungen Schweiz - EU
- 25 Astrid Epiney / Nula Frei  
Zur Reichweite der Kompetenzen des Bundesrates im Rahmen seiner  
Mitwirkung im Gemischten Ausschuss des Landesverkehrsabkommens  
Rechtsgutachten im Auftrag der Schweizerischen Bundesbahnen
- 26 Astrid Epiney  
La portée de l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité dans  
l'Accord sur la libre circulation des personnes: questions choisies  
Les allocations familiales et «allocations de logement familial» versées à des per-  
sonnes domiciliées à l'étranger ainsi que l'admission des enfants de parents fron-  
taliers dans l'enseignement primaire





L'art. 2 de l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP) érige l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité en tant que fondement de l'Accord. Cette interdiction est reprise et concrétisée par plusieurs dispositions spécifiques de l'Accord. 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.

Toutefois, la question de la portée exacte du principe de non-discrimination est 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.

La présente contribution se propose d'analyser trois problématiques spécifiques dans ce contexte.

**Astrid Epiney**, Rektorin, Prof. Dr. iur., LL.M., Lehrstuhl für Europarecht, Völkerrecht und öffentliches Recht der Universität Freiburg i.Ue., geschäftsführende Direktorin des Instituts für Europarecht.