

# **GE\_GERICHTE ATA/118/2023 vom 7. Februar 2023**

GE Cour de justice, 2023-02-07, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_118\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_118_2023)

FR: GE\_GERICHTE ATA/118/2023 du 7 février 2023

IT: GE\_GERICHTE ATA/118/2023 del 7 febbraio 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2

### **E. 05**

; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). Le SEM ayant qualité pour recourir au Tribunal fédéral (art. 89 al. 2 let. a de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 - LTF - RS 173.110), il peut également recourir devant l'instance cantonale (art. 111 al. 2 LTF). 2. Il convient d'examiner si le conjoint non ressortissant d'un État membre, domicilié avec son conjoint ressortissant d'un État membre exerçant une activité professionnelle dans un État membre autre que son pays de résidence, peut se prévaloir des dispositions de l'ALCP pour obtenir l'accès à une activité économique en tant que frontalier. 2.1 À teneur de l'art. 1 ALCP, l'objectif de cet accord, en faveur des ressortissants des États membres de la Communauté européenne et de la Suisse, est : d'accorder un droit d'entrée, de séjour, d'accès à une activité économique salariée, d'établissement en tant qu'indépendant et le droit de demeurer sur le territoire des parties contractantes (let. a) ; de faciliter la prestation de services sur le territoire des parties contractantes, en particulier de libéraliser la prestation de services de courte durée (let. b) ; d'accorder un droit d'entrée et de séjour, sur le territoire des parties contractantes, aux personnes sans activité économique dans le pays d'accueil (let. c) ; d'accorder les mêmes conditions de vie, d'emploi et de travail que celles accordées aux nationaux (let. d).

- 5/10 - A/1738/2022 2.2 L'art. 2 ALCP prévoit que les ressortissants d'une partie contractante qui séjournent légalement sur le territoire d'une autre partie contractante ne sont pas, dans l'application et conformément aux dispositions des annexes I, II et III de cet accord, discriminés en raison de leur nationalité. À moins qu'elle ne soit objectivement justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi, une disposition de droit national doit être considérée comme indirectement discriminatoire dès lors qu'elle est susceptible, par sa nature même, d'affecter davantage les ressortissants d'autres États parties que les ressortissants nationaux et qu'elle risque, par conséquent, de défavoriser plus particulièrement les premiers. Il en est ainsi d'une condition qui peut être plus facilement remplie par les travailleurs nationaux que par les travailleurs migrants (ATF 137 II 242 consid. 3.2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C\_807/2014 du 9 septembre 2015 consid. 3.3). 2.3 Selon l'art. 7 ALCP, les parties contractantes règlent, conformément à l'annexe I, notamment les droits mentionnés ci-dessous liés à la libre circulation des personnes : le droit à l'égalité de traitement avec les nationaux en ce qui concerne l'accès à une activité économique et son exercice ainsi que les conditions de vie, d'emploi et de travail (let. a) ; le droit à une mobilité professionnelle et géographique, qui permet aux ressortissants des parties contractantes de se déplacer librement sur le territoire de l'État d'accueil et d'exercer

la profession de leur choix (let. b) ; le droit au séjour des membres de la famille, quelle que soit leur nationalité (let. d) ; le droit d'exercer une activité économique pour les membres de la famille, quelle que soit leur nationalité (let. e). 2.4 Il ressort de la systématique de l'art. 7 ALCP et du renvoi à l'annexe I de l'ALCP que les droits proprement dits ne découlent pas de cet article mais plutôt des dispositions de l'annexe I de l'ALCP, en particulier des art. 9 et 15, qui reprennent le principe d'égalité de traitement pour les travailleurs (art. 9) et les indépendants (art. 15) (Astrid EPINEY/Gaëtan BLASER in Cesla AMARELLE/Minh SON NGUYEN [éd.], Code annoté de droit des migrations, vol. III, Accord sur la libre circulation des personnes [ALCP], 2014, ad art.

## **E. 7**

ALCP, p. 89 n. 3). 2.5 Aux termes de l'art. 3 par 5 de l'annexe I de l'ALCP, le conjoint et les enfants de moins de 21 ans ou à charge d'une personne ayant un droit de séjour, quelle que soit leur nationalité, ont le droit d'accéder à une activité économique. L'art. 9 par. 2 de l'annexe I de l'ALCP prévoit que le travailleur salarié et les membres de sa famille visés à l'art. 3 de cette annexe y bénéficient des mêmes avantages fiscaux et sociaux que les travailleurs salariés nationaux et les membres de leur famille. 2.6 La notion d'avantage social ne saurait être interprétée limitativement (Alvaro BORGHI, La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE, Commentaire

- 6/10 - A/1738/2022 article par article de l'accord du 21 juin 1999, 2010, p.183 n. 380 et l'arrêt cité). Selon la CJUE, cette notion d'avantage social « couvre tous les avantages qui, liés ou non à un contrat d'emploi, sont généralement reconnus aux travailleurs ou du simple fait de leur résidence sur le territoire national et dont l'extension aux travailleurs ressortissants d'autres États membres apparaît, dès lors, comme apte à faciliter leur mobilité à l'intérieur de la Communauté » (CJUE, arrêt Hendrix, C-287/05 du 11 septembre 2007, point 48). 2.7 Le principe de non-discrimination de l'art. 2 ALCP correspondant à l'art. 12 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (depuis le 1er décembre 2009: art. 18 dudit traité) et celui de l'art. 9 par. 2 annexe I de l'ALCP à l'art. 7 du Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté ([JO L 257 du 19 octobre 1968] remplacé par le règlement (UE) n° 492/2011 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011), il convient de tenir compte de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice des communautés européennes antérieure au 21 juin 1999 (art. 16 par. 2 ALCP), sous réserve des cautions prévues par l'art. 21 ALCP. 2.8 Selon l'art. 23 de la Directive 2004/38/CE, « les membres de la famille du citoyen de l'Union, quelle que soit leur nationalité, qui bénéficient du droit de séjour ou du droit de séjour permanent dans un État membre, ont le droit d'y entamer une activité lucrative à titre de travailleur salarié ou de non salarié ». 2.9 Aux termes de l'art. 7 annexe I de l'ALCP, le travailleur frontalier salarié est un ressortissant d'une partie contractante qui a sa résidence sur le territoire d'une partie contractante et qui exerce une activité salariée sur le territoire de l'autre partie contractante en retournant à son domicile en principe chaque jour, ou au moins une fois par semaine (par. 1). Les travailleurs frontaliers n'ont pas besoin d'un titre de séjour (par. 2). 2.10 En l'espèce, la recourante, de nationalité thaïlandaise, résidant en France avec son mari, un ressortissant français travaillant en Suisse, entre dans le champ d'application personnel de l'Accord sur la libre circulation (ATF 136 II 241 consid. 11), en tant qu'épouse d'un travailleur salarié auquel l'ALCP s'applique (art. 9 par. 2 de l'annexe I de l'ALCP). L'ALCP ne lui confère cependant pas le droit d'exercer une activité professionnelle dans un autre État membre que celui de sa résidence. En effet, l'art.

3 par. 5 de l'annexe I de l'ALCP ne confère un tel droit au conjoint que lorsque la personne dont elle dérive son droit dispose d'un droit de séjour dans l'État membre en question. En l'espèce, cette condition n'est pas remplie, le mari de la recourante ne disposant pas d'un titre de séjour en Suisse, mais uniquement d'un droit d'y exercer une activité professionnelle. La recourante ne peut donc se

- 7/10 - A/1738/2022 prévaloir de cette disposition pour en déduire le droit à une autorisation d'exercer une activité professionnelle en Suisse. La recourante ne peut pas non plus déduire un droit à exercer une activité en que frontalière de l'art. 9 par. 2 de l'annexe I de l'ALCP. Cette disposition prévoit que le travailleur salarié et les membres de sa famille bénéficient des mêmes avantages fiscaux et sociaux dans l'État d'accueil que les travailleurs salariés nationaux et les membres de leur famille. Ces avantages sont cependant ceux liés à la qualité de travailleur : les frontaliers ne peuvent donc pas être discriminés sur la base de leur nationalité. En revanche, cela ne signifie pas qu'ils doivent être traités sur tous les plans comme un travailleur résident. Ils continuent ainsi, par exemple, de bénéficier des avantages sociaux liés à l'État de leur résidence. Le texte clair de l'art. 3 par. 5 de l'annexe I de l'ALCP, qui lie le droit du conjoint d'accéder à une activité économique au droit de séjour de la personne qui en est titulaire, ne permet pas d'étendre le droit d'accéder à une telle activité à la recourante, faute de résidence en Suisse. L'exigence du lieu de résidence se retrouve d'ailleurs dans l'art. 23 de la Directive 2004/38/CE, qui prévoit le droit d'y entamer une activité lucrative à titre de travailleur salarié ou de non salarié pour les membres de la famille du citoyen de l'Union, quelle que soit leur nationalité, dans le pays dans lequel ils bénéficient d'un droit de séjour ou d'un droit de séjour permanent. Il est encore relevé que l'arrêt du TAF auquel s'est référé le TAPI s'est fondé sur un arrêt de la CJUE (C-10/05 Mattern et Cikotic du 30 mars 2006) et un arrêt du Tribunal administratif fédéral d'Autriche (W203 2143816-1 du 9 février 2007). Or, le premier concernait une ressortissante luxembourgeoise inactive résidant en Belgique ainsi que son conjoint et le second un couple domicilié en Allemagne, dont le mari travaillait en Autriche où l'épouse étudiait. Les questions soumises étaient donc différentes de la présente espèce. Enfin, la distinction qu'opère l'annexe I de l'ALCP ne constitue pas une discrimination contraire à l'ALCP. La différence qu'elle introduit est fondée sur le lieu de résidence, critère dont il a déjà été admis qu'il n'était pas discriminatoire au sens de l'art. 2 ALCP (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_820/2018 du 11 juin 2019 confirmant le refus de prise en charge des frais de l'enseignement spécialisé d'enfants non résidents en Suisse de parents y travaillant ; ATA/524/2020 du 26 mai 2020 concernant le refus de scolariser en Suisse des enfants de travailleurs frontaliers, refus fondé sur l'absence de résidence de l'enfant en Suisse). Au vu de ce qui précède, le recours sera admis et le jugement querellé annulé.

- 8/10 - A/1738/2022 3. Vu l'issue du litige, un émolument sera mis à la charge solidaire de Mme A\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_. Le SEM agissant dans le cadre de ses prérogatives ne peut se voir allouer d'indemnité de procédure (art. 87 LPA). \* \* \* \* \*

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.