

La libre circulation des personnes dans l'Union européenne (1^{er} janvier - 31 décembre 2007)

SANS ÊTRE FONDAMENTALE pour la libre circulation des personnes, l'année 2007 est marquée par deux types de décisions. Les unes touchent aux aspects institutionnels de la politique migratoire dans le cadre de Schengen (deux arrêts Royaume-Uni c. Conseil). Les autres concernent les droits sociaux liés à la libre circulation des travailleurs (Hartmann et Geven) ou des étudiants considérés comme citoyens (Morgan).

1. — Si l'année 2007 s'est clôturée par l'élargissement de l'Espace Schengen, après quelques jurisprudences relatives à la mise en œuvre de cet acquis Schengen (*infra*, n° 3), on ne peut guère considérer qu'elle fut de grande importance en matière de libre circulation des personnes. Comme en 2006, l'essentiel de la jurisprudence sur la liberté de circulation interne cherche un équilibre entre les intérêts étatiques et les intérêts citoyens, au moyen des principes de proportionnalité et de proximité. Bien que la directive 2004/38 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres codifie cette circulation interne¹, la persistance de la Cour dans la recherche d'un équilibre *in concreto*, selon les éléments soumis au juge national, trace une large marge d'appréciation permettant une certaine variabilité, tant dans le temps pour les jurisprudences futures que dans l'espace selon les jurisprudences nationales. Au fond, pour reprendre la formule de Julien Gracq dont le décès, le 22 décembre 2007, marque la littérature française : « Le rassurant de l'équilibre c'est que rien ne bouge. Le vrai de l'équilibre, c'est qu'il suffit d'un souffle pour faire tout bouger ». *Le rivage des Syrthes*, dont est extraite cette phrase, n'est pas totalement étranger aux frontières et à la liberté de circulation, la devise des Aldobrandi, grande famille de la seigneurie imaginaire d'Orsenna étant : *Fines transcendam*. Du passage à la transgression des frontières il n'est qu'un pas que cette chronique ne franchira pas davantage, afin de ne pas verser dans la chronique littéraire, si ce n'est pour inviter à la (re)lecture de la belle plume de Gracq².

2. — La présente chronique respecte le plan tripartite établi depuis 1995. La première partie est consacrée à l'entrée et à l'immigration. Si l'activité législative s'est amoindrie en matière de politique migratoire et que les questions préjudicielles se font encore attendre, compte tenu des limites de l'article 68 CE, les actions en manquement introduites par la Commission se multiplient³. La Cour y fait droit à plusieurs re-

prises, constatant la non-transposition de différentes directives par différents Etats. La deuxième partie est consacrée à l'examen de la liberté de circulation interne. Outre quelques décisions relatives aux droits liés à la classique liberté de circulation des travailleurs, c'est la circulation de tout citoyen et des membres de sa famille qui intéresse davantage la recherche de l'équilibre des intérêts, lorsqu'il s'agit d'accorder un droit de séjour, une bourse d'étude, ou des droits sociaux. En troisième partie, la jurisprudence relative aux accords avec des Etats tiers n'est plus guère développée. D'une part, les pays d'Europe centrale et orientale ont intégré l'Union. D'autre part, l'actualité des relations avec les pays d'Afrique est plus dans la négociation délicate de nouveaux partenariats que dans les prétoires. Reste la Turquie dont les accords donnent encore lieu à quelques jurisprudences qui accentuent les limites de la souveraineté nationale en matière d'accès des Turcs au territoire, alors que les négociations politiques oscilleront, pour un temps encore, entre intégration et association.

Royaume-Uni et l'Irlande du Nord (B). On notera en outre, de façon anecdotique, l'annulation par la Cour, à la requête du Parlement européen, d'une décision de la Commission approuvant un projet relatif à la sécurité des frontières aux Philippines (« Philippine Border management Project »)⁵. L'anecdote est révélatrice. Le contrôle des frontières extérieures de l'Union dépasse largement leur tracé matériel. Ce contrôle est négocié avec des Etats tiers, notamment dans le cadre d'accords de réadmission⁶. Il vise à prémunir l'Europe contre l'immigration illégale et contre le terrorisme, dans le cadre d'une « politique européenne de voisinage ». La relativité de la notion de voisinage et de la proportionnalité des moyens utilisés au regard du but poursuivi mériteront encore d'être questionnés. En l'espèce, le Parlement a convaincu la Cour que l'objectif de lutte contre le terrorisme ainsi poursuivi dépassait les limites de la coopération au développement telles que fixées, à l'époque, dans le règlement 443/92 relatif à l'aide financière et technique et à la coopération économique avec les pays en développement d'Amérique latine et d'Asie⁷.

1

Entrée et immigration

3. — L'élargissement et l'approfondissement de la liberté de circulation interne à l'Union européenne ont, logiquement, conduit au renforcement du contrôle commun des frontières extérieures à l'Union et à l'élaboration progressive d'une politique commune d'asile et d'immigration qui trouve son fondement dans le titre IV du Traité CE⁴. Les premières affaires dont la Cour a à connaître concernent des recours directs à l'encontre du droit dérivé adopté dans le cadre de ce titre. Pour l'année 2007, il s'agit, d'une part, de recours en manquement de transposition introduits par la Commission (A), d'autre part, de recours en annulation dans le cadre de l'acquis Schengen, introduits par le

A. — Manquements de transposition (Belgique, Espagne, Luxembourg, Portugal)

4. — Ce n'est pas le lieu de présenter une analyse détaillée des textes de droit dérivé adoptés dans le cadre de la politique migratoire⁸. Pour les détails sur la transposition des directives dans tous les pays de l'Union, on suivra les travaux du réseau académique *Odysseus* d'études juridiques sur l'immigration et l'asile en Europe⁹. Dans l'ensemble, la Belgique n'est certes pas le plus mauvais élève de la classe européenne. En 2007 elle est toutefois condamnée, après le Portugal, pour non-transposition de la directive 2003/110 concernant l'assistance au transit dans le cadre de mesures d'éloignement par voie aérienne¹⁰.

(1) J.O., 2004, L 158; commentaires in J.T.D.E., 2005, p. 193 et C.D.E., 2006, p. 13.

(2) Les œuvres de Julien Gracq sont reprises en deux volumes dans la Bibliothèque de la Pléiade. Les extraits ici reproduits du *Rivage des Syrthes* sont dans le volume I, pp. 592 et 596.

(3) Les limites de l'article 68 CE à la saisine de la Cour de justice des Communautés européennes par voie de question préjudicielle dans le domaine de l'actuel titre IV du Traité CE (visa, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes) ne sont plus reprises dans les modifications introduites par le Traité de Lisbonne (article 267 nouveau, voir toutefois

les limites de l'article 276 nouveau relatives à l'ordre public et à la sécurité intérieure). Il en allait de même dans le Traité établissant une Constitution pour l'Europe. La suppression de ces limites dépendra donc des ratifications du Traité de Lisbonne. Voy. aussi COM (2006) 346, 28 juin 2006.

(4) Sur l'ensemble, Voy. J.-Y. Carlier, *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larquier, 2007, pp. 131 et s. (ci-après cité : *La condition des personnes*).

(5) C.J.C.E., 23 octobre 2007, aff. C-403/05, *Parlement c. Commission*, non encore publié au Rec.

(6) J.-Y. Carlier, *La condition des personnes*, op. cit., p. 180.

(7) J.O. L 52, p. 1. Depuis, les règlements 1905/2006 du 18 décembre 2006 et 1717/2006 du 15 novembre 2006 (J.O. L 378, p. 41 et L 327, p. 1) ont renforcé la référence à la lutte contre le terrorisme dans les programmes d'aide extérieure.

(8) J.-Y. Carlier, *La condition des personnes*, op. cit., pp. 140 et s.

(9) www.ulb.ac.be/assoc/odysseus.

(10) C.J.C.E., 8 novembre 2007, aff. C-3/07, *Commission c. Belgique* et 27 septembre 2007, aff. C-4/07,

La Cour reconnaît toutefois que la Belgique a transposé partiellement la directive en son article 5, § 2, par l'article 57, § 2, de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'action sociale telle que modifiée par les lois du 30 décembre 1992 et 15 juillet 1996 mais que, pour le surplus, selon une jurisprudence constante, « de simples pratiques administratives, par nature modifiables au gré de l'administration et dépourvues d'une publicité adéquate, ne sauraient être considérées comme constituant une exécution valable des obligations qui incombent aux Etats membres destinataires d'une directive » (point 12).

Bien qu'assurant à ce moment la présidence du Conseil, le Portugal est encore condamné avec le Luxembourg et l'Espagne, pour non-transposition de la directive 2003/109 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée¹¹. La directive, qui devait être transposée pour le 23 janvier 2006, a été transposée ultérieurement en Belgique, par la loi du 25 avril 2007 modifiant la loi organique relative aux étrangers du 15 décembre 1980¹². On conçoit les réticences des Etats à la transposition de cette directive qui crée un droit de séjour et un droit de circulation dans l'Union en faveur de l'étranger ayant obtenu le statut de résident de longue durée après cinq ans de séjour régulier sur le territoire d'un Etat membre. Plus que de politique migratoire, il y va d'une extension des bénéficiaires de la liberté de circulation interne à l'Union qui, dans le futur, fera vraisemblablement l'objet de jurisprudence de la Cour qui s'inspirera de sa jurisprudence relative à la classique liberté de circulation des personnes. Il reste que cette liberté de circulation de l'étranger résident de longue durée connaît des limites quant à l'accès au marché de l'emploi¹³. L'arrêt condamnant l'Espagne montre que la Cour ne se satisfait pas d'une transposition partielle ou approximative, exigeant notamment des précisions « sur les modalités procédurales d'obtention du statut de résident permanent » (point 15) et sur « les conditions de séjour en Espagne de ressortissants de pays tiers auxquels le statut de résident de longue durée a été octroyé par un autre Etat membre » (point 18). Pour la Saint-Nicolas des enfants, le Luxembourg est également condamné pour non-transposition de la directive 2003/86 relative au droit au regroupement familial¹⁴. On se souviendra que le Parlement européen n'avait pas obtenu l'annulation de cette directive dont il estimait qu'elle violait, à certains égards, le droit au respect de la vie familiale, particulièrement des enfants âgés de plus de douze ou de quinze ans¹⁵.

Commission c. Portugal, non encore publiés. Des procédures en manquement ont également été introduites contre l'Allemagne, Malte, l'Italie, le Luxembourg, l'Espagne et la Grèce.

(11) C.J.C.E., 27 septembre 2007, aff. C-5/07, *Commission c. Portugal*, 29 novembre 2007, aff. C-34/07, *Commission c. Luxembourg* et 15 novembre 2007, aff. C-59/07, *Commission c. Espagne*, non encore publiés. Des procédures ont également été introduites contre l'Italie, la Hongrie et la France. La législation portugaise a été adoptée en mai 2007.

(12) *M.B.*, 10 mai 2007.

(13) *Voy. J.-Y. Carlier, La condition des personnes, op. cit.*, pp. 77 et s.

(14) C.J.C.E., 6 décembre 2007, aff. C-57/07, *Commission c. Luxembourg*, non encore publié.

(15) C.J.C.E., 27 juin 2006, aff. C-540/03, *Parlement c. Conseil, Rec.*, 2006, p. I-05769; cette chronique, *J.T.D.E.*, 2007, p. 81, n° 5.

B. — Acquis Schengen (Royaume-Uni)

5. — La technique de coopération renforcée a été utilisée en matière de suppression des contrôles aux frontières intérieures et de renforcement des contrôles aux frontières extérieures depuis les Accords de Schengen de 1985 et la Convention d'application des Accords de Schengen de 1990¹⁶. Signés initialement entre cinq Etats (le Benelux, la France et l'Allemagne) le champ d'application territorial de ces Accords de Schengen a connu de nombreux élargissements pour atteindre vingt-quatre pays à la suite de l'extension, au 21 décembre 2007, à neuf nouveaux Etats : Estonie, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Malte, Pologne, Tchéquie, Slovaquie, Slovénie. Ce « beau cadeau pour les fêtes », ainsi présenté sur le site internet de la Commission européenne, n'a pas encore été déposé au sapin des Chypriotes, des Bulgares et des Roumains. Les heureux élus des nouveaux Etats membres doivent accepter l'ensemble des mesures adoptées en application de ces accords et synthétisées dans la formule de « l'acquis Schengen » intégré sous forme de protocole (n° 2) au Traité d'Amsterdam¹⁷.

Si, selon l'article 6 de ce protocole Schengen, deux pays tiers, l'Islande et la Norvège, « sont associés à la mise en œuvre de l'acquis de Schengen »¹⁸, et que la Suisse le sera ultérieurement¹⁹, selon l'article 4, deux Etats membres en sont dissociés. Plus exactement, l'Irlande et le Royaume-Uni « qui n'ont pas souscrit à l'acquis de Schengen, peuvent à tout moment demander de participer à tout ou partie des dispositions de cet acquis »²⁰. Cette manière d'*opting in* n'est pas pour plaire aux autres Etats membres, surtout lorsque le Royaume-Uni, délaissant ouvertement le menu, entend choisir uniquement à la carte les quelques mesures qui l'intéressent. Tel fut le cas à propos de deux règlements, l'un relatif à l'Agence européenne des frontières (Frontex)²¹, l'autre relatif aux nouveaux passeports intégrant des

(16) Sur Schengen, *Voy. J.-Y. Carlier, La condition des personnes, op. cit.*, pp. 34 et s. et p. 142.

(17) L'article 8 du protocole Schengen prévoit que « Aux fins des négociations en vue de l'adhésion de nouveaux Etats membres à l'Union européenne, l'acquis de Schengen et les autres mesures prises par les institutions dans le champ d'application de celui-ci sont considérés comme un acquis qui doit être intégralement accepté pour tous les Etats candidats à l'adhésion ». *Adde*, pour les nouveaux Etats, *J.O.* L 179.

(18) Cet élargissement a fait l'objet d'un accord avec l'Islande et la Norvège intégré par la décision 2007/511 du 15 février 2007, *J.O.* L 188/15.

(19) Négociations avec la Suisse, dites « Bilatérales II », *J.O.*, 2004, L 368/26 et L 370/78. *Voy. Ch. Kaddous et M. Jametti Greiner (dir.)*, *Accords bilatéraux II Suisse-UE*, Bruxelles, Bruylant, 2006. *Voy. la loi belge d'assentiment sur l'élargissement Schengen à la Suisse*, du 19 décembre 2007, *M.B.*, 22 janvier 2008.

(20) Le Danemark a bénéficié d'un statut spécial qui lui permet d'être associé à l'acquis Schengen tout en le maintenant en dehors du droit communautaire (article 3 du Protocole).

(21) Règlement 2007/2004 du 26 octobre 2004, portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne, *J.O.* L 349, p. 1. *Voy. aussi pour 2007*, le règlement 863/2007 du 11 juillet 2007 instituant un mécanisme de création d'équipes d'intervention rapide aux frontières et modifiant le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil pour ce qui a trait à ce mécanisme et définissant les tâches et compétences des agents invités. Le titre de ce règlement est condensé de manière évocatrice en anglais par le mot « RABITS », pour Rapid Border Action Teams, *J.O.* L 199, p. 30.

données biométriques²². Le Royaume-Uni entendait être associé à la négociation de ces règlements et les appliquer, tout en refusant d'adopter les mesures qui, en amont, servaient de base à ces deux règlements, étant des mesures relatives au contrôle des frontières extérieures. Ne l'entendant pas de cette oreille, les autres Etats membres ont refusé l'admission du Royaume-Uni à l'adoption de ces règlements, motif pour lequel le Royaume-Uni en poursuit l'annulation. Par deux arrêts de grande chambre, datés du 18 décembre 2007, la Cour rejette les deux recours en annulation²³. Deux logiques s'affrontaient. Pour le Royaume-Uni, soutenu par l'Irlande et la Slovaquie ainsi que par la Pologne dans la première affaire (*Frontex*), il y a lieu de faire une distinction au sein du « droit dérivé » Schengen entre les mesures « intégralement Schengen » et les mesures simplement « liées à Schengen ». Seules les premières relèveraient des « propositions et initiatives fondées sur "l'acquis de Schengen" », visées à l'article 5, § 1^{er}, premier alinéa du protocole, en manière telle que le Royaume-Uni ne pourrait y participer qu'après avoir souscrit préalablement aux dispositions donnant lieu à modification. A l'inverse s'agissant, comme en l'espèce, de mesures qui seraient simplement « liées à Schengen », le Royaume-Uni pourrait y prendre part sans participation à l'acquis qui fonde la mesure. Le Royaume-Uni laisse entendre que cette technique favorise une participation plus large aux coopérations renforcées et devrait donc être bénéfique à la cohérence de l'Union. A l'opposé, le Conseil, soutenu par la Commission, par l'Espagne et par les Pays-Bas dans la deuxième affaire (*Passeports*), souligne que cette distinction entre les mesures « intégralement Schengen » et celles « liées à Schengen » est étrangère aux textes et que telle distinction mettrait en cause l'intégrité et la cohérence de l'acquis Schengen. Selon la Commission, le protocole Schengen « envisagerait certes une participation partielle d'un Etat membre n'étant pas partie aux accords de Schengen, mais il n'irait pas jusqu'à prévoir un choix "à la carte" des Etats membres concernés, entraînant un patchwork de participations et d'obligations » (*Frontex*, point 50; *Passeports*, point 45). Suivant le point de vue du Conseil et les conclusions de l'avocate générale Verica Trstenjak²⁴, la Cour rejette la distinction entre les mesures « intégralement Schengen » et simplement « liées à Schengen » qui « ne trouve de fondement ni dans les Traités UE et CE ni dans le droit communautaire dérivé » (*Passeports*, point 52). Les mesures fondées sur l'acquis Schengen « doivent être conformes aux dispositions qu'elles mettent en œuvre ou dont elles constituent un développement, de sorte qu'elles présupposent l'accepta-

(22) Règlement 2252/2004 du 13 décembre 2004, établissant des normes pour les éléments de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports et les documents de voyage délivrés par les Etats membres, *J.O.* L 385, p. 1.

(23) C.J.C.E., 18 décembre 2007, aff. C-77/05, *Royaume-Uni c. Conseil (Frontex)* et aff. C-137/05, *Royaume-Uni c. Conseil (Passeports)*, non encore publiés.

(24) Conclusions datées, dans les deux affaires, du 10 juillet 2007. Les conclusions étant rédigées en slovène on notera des faiblesses dans la traduction, avec l'apparition en français de la notion de « droit secondaire » (*secondary law*) pour « droit dérivé » (points 86 et s. dans *Frontex*, points 80 et s. dans *Passeports*) alors même que les conclusions soulignent la teneur différente des versions linguistiques de l'acquis Schengen (respectivement points 87 et 81).

tion tant de ces dispositions que des principes qui en constituent le fondement ». En conséquence, « la participation d'un Etat membre à l'adoption d'une mesure en application de l'article 5, § 1^{er}, du protocole de Schengen n'est envisageable que pour autant que cet Etat a souscrit au domaine de l'acquis Schengen dans lequel s'inscrit la mesure à adopter ou dont elle constitue un développement » (*Fron-tex*, points 61 et 62; *Passeports*, point 50). Les deux règlements concernent le contrôle des frontières extérieures. Si le principal acquis Schengen est relatif à la suppression des contrôles aux frontières intérieures, celui-ci, comme l'a souligné l'avocate générale, « est nécessairement lié à l'uniformisation de la surveillance aux frontières extérieures », en manière telle que celle-ci « relève, elle aussi, de l'acquis Schengen » (conclusions, *Passeports*, point 102). Reste que c'est la souplesse même des coopérations renforcées, le *ius variandi*, qui est ainsi questionné. Dans la mesure où il serait difficile de cerner les mesures qui dépendent ou non de l'acquis préalable, sauf accord au sein du Conseil, la participation devrait être nulle ou totale, à moins d'insérer, entre la carte et le menu, le menu à choix multiples. On notera encore que, dans l'affaire relative aux passeports et aux données biométriques, l'avocate générale a fait observer que ce règlement « pourrait être problématique du point de vue des droits fondamentaux », visant les articles 8 tant de la Convention européenne des droits de l'homme que de la Charte des droits fondamentaux, tout en constatant que « le Royaume-Uni n'a pas attaqué ce règlement pour violation du droit fondamental à la protection des données à caractère personnel » (conclusions, point 126).

2

Séjour et circulation

6. — Le champ des bénéficiaires de la libre circulation des personnes n'a cessé de s'élargir. Bien que prenant acte de cet élargissement par une refonte globale, la directive 2004/38 n'a pas supprimé les différentes catégories de bénéficiaires : travailleur, demandeur d'emploi, étudiant, retraité, citoyen²⁵. Même si certaines décisions de 2007 concernent plusieurs catégories de bénéficiaires, la présentation distinguant des catégories permet un classement relativement clair : travailleur (A), citoyen (B), famille (C).

A. — Travailleur

7. — Les décisions relatives à la libre circulation des travailleurs concernent principalement

(25) Sur l'évolution de la libre circulation des personnes, Voy. Fr. Weiss et Fr. Wooldridge, *Free Movement of Persons within the European Community*, Kluwer Law International, 2007, 2^e éd.; L. Dubouis et Cl. Blumann, *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 2006, 4^e éd., pp. 43-76; J.-Y. Carlier, *La condition des personnes*, op. cit., pp. 26 et s. et C.D.E., 2006, p. 13.

le droit social (1^o) et la formation professionnelle (2^o). Certaines décisions, comme les affaires *ITC*, *Hartmann* et *Geven*, tranchent encore de belles questions de principe quant au champ des bénéficiaires de la libre circulation.

1. — Droit social (ITC; Hartmann; Geven; Commission c. Finlande, Suède et Royaume-Uni; Habelt, Möser et Wachter; Alevizos)

8. — L'affaire *ITC* est relative à la libre circulation tant des travailleurs que des services²⁶. La société Innovative Technology Center (ITC) est une agence de placement privée établie en Allemagne. L'agence fédérale de l'emploi (Bundesagentur für Arbeit) refuse de payer un bon de placement à l'ITC, au motif que l'emploi procuré n'était pas assujéti aux cotisations obligatoires de l'assurance sociale en Allemagne. En l'espèce les cotisations étaient payées aux Pays-Bas, lieu d'établissement de la société ayant engagé le demandeur d'emploi allemand à l'intermédiaire d'ITC. Pour condamner cette mesure, la Cour rappelle au préalable, en référence à *Clean Car Autoservice*²⁷, que la libre circulation des travailleurs inscrite à l'article 39 CE peut être invoquée non seulement par un travailleur ou un demandeur d'emploi mais comporte également « comme complément, le droit des employeurs de les engager » (point 23). Il en va de même, en l'espèce, d'une agence de placement servant d'intermédiaire car « pour être efficace et utile, le droit des travailleurs d'accéder à une activité salariée et de l'exercer sur le territoire d'un autre Etat membre sans discrimination doit également avoir comme complément le droit des intermédiaires, telle qu'une agence privée de placement, de les aider à se procurer un emploi dans le respect des règles en matière de libre circulation des travailleurs » (point 26). La Cour constate qu'en l'espèce il y a « une entrave pouvant dissuader le demandeur d'emploi ». Sans qualifier cette entrave à la libre circulation de discriminatoire ou d'indistinctement applicable, la Cour se contente d'affirmer qu'une « mesure qui entrave la libre circulation des travailleurs ne peut être admise que si elle poursuit un objectif compatible avec le Traité et se justifie par des raisons impérieuses d'intérêt général » (point 37). Sans doute faut-il considérer que l'on est en présence d'une entrave discriminatoire indirecte à laquelle s'applique un principe de proportionnalité stricte dont la charge de la preuve pèse sur l'auteur de l'entrave. En l'espèce, la Cour estime que les objectifs légitimes de lutte contre le chômage et de protection de l'assurance sociale nationale sont poursuivis par un moyen disproportionné. Elle considère qu'un « risque d'atteinte grave à l'équilibre financier » du système allemand de sécurité sociale n'est pas démontré dans la mesure où, d'une part, l'Allemagne ne serait plus tenue de verser des indemnités de chômage à ce travailleur, d'autre part, « le départ d'un travailleur vers un autre Etat membre [est] susceptible d'être compensé par l'arrivée d'un travailleur venant d'un autre Etat membre » (point 43). On

notera qu'interrogée sur l'application des dispositions relatives à la citoyenneté, la Cour estime qu'il « suffit de rappeler que l'article 18 CE... trouve une expression spécifique aux articles 39 CE et 49 CE » en manière telle qu'il « n'est pas nécessaire de se prononcer sur l'interprétation de l'article 18 CE » alors que parfois, lorsque la question préjudicielle y invitait, elle a accepté de se fonder directement sur l'article 18 CE conférant implicitement à la citoyenneté comme statut fondamental, une manière de priorité sur l'examen des autres catégories de bénéficiaires.

9. — Les arrêts *Hartmann* et *Geven*, prononcés en grande chambre, à la même date, concernent tous deux la condition de résidence, pour le bénéfice d'un avantage social en faveur du travailleur frontalier²⁸. La Cour juge qu'en refusant une allocation d'éducation au motif de l'absence de résidence dans l'Etat du lieu d'exercice du travail, il y a violation du droit communautaire dans *Hartmann*, mais non dans *Geven*. Cette réponse contrastée montre, si besoin en était encore, l'importance des faits de la cause, tels qu'analysés par le juge national, et l'appréciation *in concreto* de la proportionnalité. La législation allemande, de l'époque, limitait l'allocation d'éducation à la personne ayant sa résidence habituelle en Allemagne ou, à défaut, au travailleur frontalier venant d'un pays ayant une frontière commune avec l'Allemagne pour autant qu'il exerce une activité professionnelle dépassant le seuil de « l'emploi mineur » (point 5 des deux arrêts)²⁹. Mme Hartmann est l'épouse autrichienne d'un fonctionnaire allemand qui, tout en continuant à travailler en Allemagne, va résider avec son épouse en Autriche. Mme Geven est une hollandaise qui réside aux Pays-Bas et travaille en Allemagne. Toutes deux se voient refuser l'allocation d'éducation allemande au motif de l'absence de résidence dans ce pays. Dans les deux cas, la Cour estime que l'allocation d'éducation est un avantage social au sens du règlement 1612/68 (article 7, § 2), même si, comme dans *Hartmann*, c'est l'épouse du travailleur qui en bénéficie de façon dérivée. Dans les deux cas la Cour estime que la condition de résidence introduit une discrimination indirecte qui doit être soumise au principe de proportionnalité (*Hartmann*, point 28; *Geven*, points 18 et 19). Le caractère légitime de l'objectif « de politique familiale nationale visant à promouvoir la natalité » en Allemagne n'est pas analysé. Se centrant sur les moyens, la Cour constate qu'il y a des exceptions pour les travailleurs frontaliers dont l'activité professionnelle dépasse le seuil de l'emploi mineur. Par conséquent, la Cour en déduit que « la résidence n'était pas considérée comme le seul lien de rattachement à l'Etat membre concerné et qu'une contribution significative au marché du travail national constituait également un élément valable d'intégration à la société dudit Etat membre » (*Hartmann*, point 36). Or, sur ce critère, les faits des deux espèces diffèrent. Fonctionnaire à plein temps,

(28) C.J.C.E., 18 juillet 2007, aff. C-212/05, *Hartmann* et C-213/05, *Geven*, non encore publiés. Voy. également le commentaire de D. Martin, in *E.J.M.L.*, 2007, p. 457.

(29) La loi allemande relative à l'octroi de l'allocation et du congé d'éducation (Bundeserziehungsgeldgesetz) a, depuis, été modifiée. L'allocation d'éducation peut être versée aux conjoints de fonctionnaires allemands résidant dans d'autres Etats membres (conclusions, A.G. Geelhoed sur *Hartmann*, point 17).

(26) C.J.C.E., 11 janvier 2007, aff. C-208/05, *ITC*, Rec., 2007, p. I-00181.

(27) C.J.C.E., 7 mai 1998, aff. C-350/96, *Clean Car Autoservice*, Rec., 1998, p. I-2521; cette chronique, *J.T.D.E.*, 1999, p. 59, n° 13.

Mme Hartmann apporte telle contribution significative au marché du travail allemand. En d'autres termes, même s'il n'est pas travailleur frontalier au sens strict, il a un lien suffisamment étroit avec le marché du travail allemand. En revanche, si Mme Geven est bien travailleuse au sens de l'article 39 CE, parce qu'elle exerce des prestations réelles et effectives, ces prestations étant limitées à quinze heures par semaine peuvent être considérées comme ne dépassant pas le seuil de l'emploi mineur, ce qui conduit à l'exclusion du bénéfice de l'allocation d'éducation, mesure qui est jugée « appropriée et proportionnée » (point 29).

10. — Ainsi analysée, la différence entre les deux affaires paraît reposer uniquement sur l'importance du lien de proximité comme facteur de rattachement. Or, la question de fait est bien plus complexe dans l'affaire *Hartmann*. Elle porte sur le domaine des bénéficiaires de la libre circulation : s'agit-il d'un travailleur ou d'un citoyen? La Cour n'aborde que très partiellement ce point sous la première question de l'affaire *Hartmann*, alors que la Commission et l'avocat général Geelhoed l'invitaient à pousser le raisonnement bien plus avant. L'Allemagne, soutenue par le Royaume-Uni mais aussi par la Commission, et approuvée par l'avocat général, estimait que la libre circulation des travailleurs, protégée par l'article 39 CE, ne vise que « le déplacement d'une personne vers un autre Etat membre dans le but d'exercer une activité professionnelle » (arrêt, point 16; conclusions, point 29). En conséquence « une personne ... qui a simplement transféré son domicile dans [un autre] Etat membre... ne pourrait pas bénéficier des dispositions communautaires en matière de libre circulation des travailleurs » (arrêt, point 16). Tel n'est pas le point de vue de la Cour qui estime que « l'installation de M. Hartmann en Autriche à des fins non professionnelles ne justifie pas que lui soit déniée la qualité de travailleur migrant qu'il a acquise à partir du moment où, à la suite du transfert de son domicile en Autriche, il a exercé pleinement son droit à la libre circulation des travailleurs en se rendant en Allemagne pour y exercer une activité professionnelle » (arrêt, point 18). En conséquence, tout travailleur qui déplace sa résidence dans un autre Etat membre relèverait du champ d'application de la libre circulation des travailleurs. La Cour, toujours en grande chambre, confirmera ce point de vue, quelques mois plus tard dans l'affaire *Hendrix*³⁰. Pour asseoir ce raisonnement, la Cour utilise l'arrêt *Ritter-Coulais* dans lequel elle avait considéré que l'article 39 CE doit permettre à des Allemands travaillant en Allemagne mais résidant en France d'imputer les pertes de revenu, liées à la location de leur maison d'habitation en France, dans la détermination de leur impôt sur le revenu en Allemagne³¹. L'avocat général Geelhoed qui avait cité cette affaire démontrait toutefois, de façon convaincante, qu'elle était le fruit de l'évolution de la jurisprudence en matière de libre circulation du citoyen, que « la conséquence de l'approche suivie dans l'arrêt *Ritter-Coulais* est que la distinction entre la libre circulation des travailleurs et la libre circulation fondée sur la citoyenneté

européenne s'est estompée » (conclusions, point 38). En conséquence, il estimait, avec la Commission, que l'affaire *Hartmann* devrait être analysée sur pied de l'article 18 CE et non 39 CE, ce que la Cour ne fera pas. Et de fait, c'est bien par référence à la citoyenneté comme « statut fondamental » que l'exclusion des situations purement internes du champ d'application de la libre circulation des personnes s'est assouplie par la recherche de facteurs de rattachement avec un Etat membre autre que celui de résidence, telle la nationalité dans l'affaire *Garcia Avello*, s'agissant simplement de « ressortissants d'un Etat membre séjournant légalement sur le territoire d'un autre Etat membre »³². En outre, dans l'affaire *Martinez Sala*, c'est précisément à propos d'une allocation d'éducation que, compte tenu de l'incertitude sur la qualité de travailleur de Mme Martinez Sala, la Cour s'est, dix ans plus tôt, référée pour la première fois à la citoyenneté européenne pour reconnaître, sans discrimination, le bénéfice d'un droit social. Même si, à l'inverse de l'affaire *Hartmann*, il y allait du bénéfice de l'allocation d'éducation en Allemagne en tant que pays d'accueil et donc de résidence d'une Espagnole, la Cour indiquait par là que tel droit pouvait être attaché non seulement à la qualité de travailleur mais aussi à la seule qualité de citoyen³³. En revanche, je ne suivrai pas l'avocat général lorsqu'il estime que M. Hartmann n'est pas protégé en qualité de citoyen par l'article 18 CE, comme Mme D'Hoop et M. Pusa³⁴ au motif principal que si « chacune de ces personnes voyait ses droits amputés en application du droit de leur pays d'origine et que la cause directe en était le fait qu'elles avaient transféré leur résidence dans un autre Etat membre » tel n'est pas le cas de M. Hartmann qui « n'a subi aucun désavantage en ce qui concerne ses droits potentiels » (conclusions, points 82 et 83). Outre que cette affirmation n'est pas certaine et est relativisée par la précision selon laquelle M. Hartmann « ne semble pas pouvoir prétendre lui-même à une allocation d'éducation » (point 85), elle serait très factuelle en fonction de la portée exacte de la législation nationale concernée et, surtout, introduirait une distinction dans la protection des droits du citoyen européen qui circule selon que ceux-ci relèvent d'une obligation négative ou positive de l'Etat. A dire vrai l'avocat général souligne qu'avant tout changement de résidence, chaque citoyen européen devrait faire l'inventaire coûts/bénéfices des conséquences de ce choix en matière sociale, considérant qu'il n'y a pas plus de neutralité sociale que fiscale et que le déplacement peut avoir des conséquences sociales et fiscales négatives en l'absence d'harmonisation européenne de ces matières³⁵. Montrant bien qu'il y a une distinction implicite entre obligations négatives et positives, l'avocat général termine en reprenant les termes dans lesquels le gouvernement allemand s'est exprimé à l'audience : « si les Etats membres sont tenus de ne pas imposer de res-

trictions à leurs ressortissants désireux transférer leur résidence dans un autre Etat membre, ils ne sont pas tenus de leur octroyer une prime de départ » (conclusions, point 86). En réalité, il faut constater que les faits tels que rapportés par le juge national ne permettent guère de mesurer avec précision le gain ou la perte de droits des époux Hartmann. Pourraient-ils, comme l'évoque le gouvernement allemand, bénéficier d'une double allocation à charge de l'Allemagne et de l'Autriche, ou à l'inverse perdent-ils toute possibilité d'allocation en raison de la différence de lieu entre le travail et la résidence? La différence n'est pas mince lorsqu'il s'agit d'apprécier la proportionnalité *in concreto*. Poussée à l'extrême, l'hypothèse pourrait être la suivante : M. Hartmann, qui a obtenu gain de cause, aurait établi son domicile en Autriche dans le seul but de bénéficier d'une double allocation, alors que Mme Geven, qui est déboutée parce qu'elle ne dépasse pas le seuil de « l'emploi mineur », ne bénéficierait d'aucune allocation d'éducation. Elle subit la discrimination indirecte classique, liée au sexe, de la femme travaillant à temps partiel pour assurer l'éducation de l'enfant. Ne faudrait-il pas alors considérer que la disposition allemande, qui exclut le non-résident du bénéfice de l'allocation d'éducation au motif de l'exercice d'un « emploi mineur », est une disposition constitutive d'une discrimination indirecte? Tel est l'avis de l'avocat général qui la juge contraire à l'article 39 CE (conclusions, point 39). L'objectif démographique poursuivi par la mesure visant à permettre au travailleur de s'occuper de son enfant explique qu'en soient exclues, en Allemagne, les personnes exerçant une activité à temps plein. Elle explique mal, à l'inverse, que le travailleur frontalier en soit, lui, exclu s'il exerce une activité trop mineure. Le moyen paraît disproportionné. A ceci j'ajouterais que cette mesure est une disposition « apparemment neutre [qui] désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe » (directive 2006/54, art. 2, § 19). Dans ce cas, elle serait contraire au droit communautaire, non de la libre circulation mais de l'égalité des sexes, pour autant que l'on fasse entrer l'allocation d'éducation dans la rémunération (directive 2006/54) ou dans la relation d'emploi et de travail (directive 2000/78) ce qui, en soi, n'est pas évident mais mérite questionnement. Il resterait alors à examiner la proportionnalité au regard du principe d'égalité des sexes, domaine dans lequel la Cour, il est vrai, abandonne souvent une plus grande marge d'appréciation aux Etats. Sans doute la Cour rencontrera-t-elle de plus en plus de difficultés pour fixer les bases théoriques de l'examen *in concreto* de la proportionnalité³⁶. L'équilibre tient à un souffle. Sa stabilité appa-

(36) C.J.C.E., 26 avril 2007, aff. C-392/05, *Alevizos, Rec.*, 2007, I-03505. Dans un autre registre, s'agissant de taxes à l'immatriculation d'un véhicule en Grèce par un militaire grec stationné en Italie, la Cour est contrainte de soumettre sa réponse à la condition de nombreuses vérifications à effectuer par le juge national notamment celle « de vérifier si... la personne... n'est pas placée dans une situation moins favorable que celle dans laquelle se trouvent les personnes ayant résidé de manière permanente dans cet Etat membre et, le cas échéant, si une telle différence de traitement est justifiée par des considérations objectives indépendantes de la résidence des personnes concernées et proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national » (dispositif). En d'autres termes, une grande partie de la réponse à la question préjudicielle consiste simplement à inviter le juge national à appliquer le principe de proportionnalité.

(30) C.J.C.E., 11 septembre 2007, aff. C-287/05, *Hendrix*, non encore publié, point 47, examinée *infra*, n° 12.

(31) C.J.C.E., 21 février 2006, aff. C-152/03, *Ritter-Coulais, Rec.*, 2006, p. I-1711.

(32) C.J.C.E., 2 octobre 2003, aff. C-148/02, *Garcia Avello, Rec.*, 2003, p. I-11613, point 27.

(33) C.J.C.E., 12 mai 1998, aff. C-85/96, *Martinez Sala, Rec.*, 1998, p. I-2691.

(34) C.J.C.E., 11 juillet 2002, aff. C-224/98, *D'Hoop, Rec.*, 2002, p. I-6191, cette chronique *J.T.D.E.*, 2003, p. 80, n° 8; C.J.C.E., 29 avril 2004, aff. C-224/02, *Pusa, Rec.*, 2004, p. I-5763.

(35) Conclusions point 86, reprises par l'avocat général Damaso Ruiz-Jarabo Colomer dans l'affaire *Morgan*, point 125 (*infra*, n° 16).

rente montre que la construction d'une Europe sociale qui approfondirait à tout le moins la coordination des systèmes de sécurité sociale paraît, à terme, inévitable dès l'instant où les frontières se sont estompées non seulement entre les Etats mais aussi entre les catégories de bénéficiaires de la libre circulation, comme ici entre le travailleur et le citoyen. L'affaire *Morgan*, vue plus loin parce qu'ouvertement classée, elle, dans la libre circulation des citoyens, le confirme (*infra*, n° 16).

11. — L'affaire *Commission c. Finlande, Suède et Royaume-Uni* illustre bien la difficulté d'une plus grande coordination législative en matière de droits sociaux, plutôt qu'un examen *in concreto* des liens étroits requis pour bénéficier d'un droit social à charge d'un Etat membre³⁷. L'affaire concerne les prestations spéciales à caractère non contributif qui sont énumérées à l'annexe II bis du règlement 1408/71 et peuvent être réservées aux personnes qui résident sur le territoire de l'Etat membre qui les dispense. A la suite de diverses jurisprudences cette liste a été revue³⁸. Contre l'avis de la Commission, le Conseil et le Parlement ont accepté d'y inclure des allocations pour handicapés fournies dans trois Etats : Finlande, Suède et Royaume-Uni. A l'exception d'un type d'allocation du Royaume-Uni exclusivement destinée à favoriser la mobilité du handicapé, la Cour constate, avec la Commission, qu'il y va en réalité de prestations de maladie. N'ayant pas pour but unique d'assurer la protection spécifique des personnes handicapées en lien étroit avec leur environnement social dans l'Etat membre concerné, elles ne peuvent être qualifiées de spéciales et limitées aux handicapés résidant dans cet Etat. En conséquence la Cour annule ces dispositions. *A contrario*, la prestation prévue dans la loi hollandaise sur l'assurance contre l'incapacité de travail des jeunes handicapés est bien une prestation spéciale non contributive « liée au contexte socio-économique de l'Etat membre concerné puisqu'elle dépend du salaire minimal et du niveau de vie aux Pays-Bas »³⁹. En conséquence, elle figure à juste titre dans l'annexe II bis et peut être réservée aux personnes résidant sur le territoire des Pays-Bas, la condition de résidence étant « objectivement justifiée » (point 55). Encore faut-il que la mesure soit proportionnée car la Cour entend soumettre le règlement au principe de la libre circulation. Il appartiendra au juge national de s'assurer, dans le cas de M. Hendrix, handicapé hollandais qui a déplacé sa résidence en Belgique pour y vivre avec sa compagne, que l'exigence d'une condition de résidence sur le territoire national ne conduit pas à une « injustice majeure », exception à la condition de résidence prévue par la législation hollandaise elle-même. Pour ce faire le juge national doit tenir compte du fait que l'intéressé « a exercé son droit à la libre circulation des travailleurs et qu'il a conservé ses attaches économiques et

sociales aux Pays-Bas » (point 57). En d'autres termes, les liens étroits de rattachement pouraient, à défaut de résidence, se déduire de deux facteurs cumulés : la nationalité et les attaches économiques.

12. — Des prestations de vieillesse qui ne sont pas des prestations spéciales, ne peuvent être soumises à un critère de résidence en Allemagne. Dès lors, des périodes de cotisations accomplies durant la Deuxième Guerre mondiale sur le territoire des Sudètes (*Habelt*) ou en Poméranie (*Möser*), de même qu'en Roumanie de 1953 à 1970 (*Wachter*) doivent ouvrir le droit aux prestations de vieillesse à charge de l'Allemagne⁴⁰.

2. — Formation professionnelle (Lyyski)

13. — On sait, depuis *Gravier* en 1985, que l'accès à la formation professionnelle doit être possible sans discrimination pour les ressortissants d'un autre Etat membre⁴¹. A cet égard les mesures prises, par la Belgique, pour endiguer l'afflux d'étudiants français dans les disciplines paramédicales et par l'Autriche pour les étudiants allemands en médecine, posent problème en manière telle que la Commission avait réintroduit des procédures conduisant déjà à la condamnation de l'Autriche⁴². La Commission a toutefois annoncé, le 27 novembre 2007, qu'elle suspendait les procédures à l'encontre de la Belgique et de l'Autriche pour cinq ans. Ce long délai devrait aussi permettre des négociations avec les pays d'origine des étudiants⁴³. Cette souplesse se retrouve pour partie dans la jurisprudence de la Cour qui permet de limiter l'accès à une formation professionnelle provisoire « destinée à satisfaire à court terme à la demande d'enseignants qualifiés dans un Etat membre » aux candidats déjà employés dans un établissement scolaire dudit Etat, en l'espèce l'université d'Umeå en Suède. Encore faut-il que la mesure soit proportionnée et ne conduise pas à exclure toute candidature extérieure à l'établissement « sans appréciation préalable et individuelle de [ses] mérites »⁴⁴.

B. — Citoyen (*Morgan, Commission c. Luxembourg, Jipa*)

14. — L'affaire *Morgan* permet un lien entre ce domaine de la formation professionnelle et la question de la portabilité des droits sociaux, en l'occurrence de bourses d'études. Faisant l'objet d'une analyse détaillée et pertinente de Anne-Claire Simon dans ce journal, le commentaire se limite ici à l'essentiel⁴⁵. La Cour, en

grande chambre, condamne la législation allemande qui conditionne l'octroi d'une aide à la formation pour poursuivre des études dans un autre Etat membre au fait que celles-ci soient la continuation d'une formation suivie pendant au moins une année sur le territoire allemand. La portabilité des bourses d'études ne peut donc être soumise à une première phase d'étude nationale. A la différence des arrêts examinés ci-dessus, qui concernent également la portabilité de droits sociaux comme l'allocation d'éducation (*Hartmann, Geven*) ou l'allocation de handicapés (*Hendrix*), et dans lesquels la condamnation reposait principalement sur la libre circulation des travailleurs (article 39 CE), la condamnation est ici exclusivement fondée sur la citoyenneté de l'Union (articles 17 CE et 18 CE). Il est vrai que la formulation des questions de la juridiction nationale y invitait expressément et que l'extension de la libre circulation des travailleurs aux étudiants, avant même l'existence de la citoyenneté, s'était faite au départ, non de l'article 39 CE mais du principe d'égalité dans l'accès à la formation professionnelle⁴⁶. L'avocat général Damaso Ruiz-Jarabo Colomer dans des conclusions caractérisées, selon son habitude, par un ample cadre général et une fine analyse fondée sur des convictions exprimées clairement, reconnaît que la question eût pu être analysée sous l'angle de l'article 49 CE⁴⁷.

15. — Cette large condamnation fondée sur la citoyenneté, qui n'abandonne pas au juge national l'examen de la proportionnalité comme le proposait la Finlande (arrêt, point 21) n'est pas pour autant absolue. Trois freins au moins existent. Premièrement, un lien suffisamment étroit avec l'Etat qui délivre la prestation est requis. La Cour déduit ce « degré d'intégration » de la nationalité des requérants mais surtout du fait qu'elles « ont été élevées en Allemagne » (point 45). L'avocat général y ajoutait le lieu de résidence dans l'affaire *Bücher*. Deuxièmement, les limites qu'impose le droit communautaire sont conditionnées par l'existence même du droit à la bourse qui relève de la législation nationale⁴⁸. En d'autres termes comme dans certaines jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme, les Etats s'imposent des obligations conditionnelles⁴⁹. Le droit européen, de l'Union ou du Conseil de l'Europe, leur rappelle qu'une fois qu'ils mettent en œuvre tel droit, ils doivent respecter un certain niveau. Sans doute les Etats ne peuvent-ils supprimer totalement la portabilité des bourses d'études sans porter atteinte à la libre circulation. Comme le souligne Anne-Claire Simon dans l'analyse précitée, « toute réglementation nationale qui interdit la portabilité des aides constitue une restriction à la libre circulation de l'étudiant » contraire à l'article 18 CE⁵⁰. Il reste que les Etats pourraient supprimer toute bourse, portable ou non, sans enfreindre le droit commu-

(37) C.J.C.E., 18 octobre 2007, aff. C-299/05, *Commission c. Finlande, Suède et Royaume-Uni*, non encore publié.

(38) Règlement 1408/71, modifié par le règlement 647/2005, J.O. L 117, p. 1. C.J.C.E., 5 mars 1998, aff. C-160/96, *Molenaar*, Rec., 1998, p. I-843; 8 mars 2001, aff. C-215/99, *Jauch*, Rec., 2001, p. I-1901; 31 mai 2001, aff. C-43/99, *Leclere et Deaconescu*, Rec., 2001, p. I-4265.

(39) C.J.C.E., 11 septembre 2007, aff. C-287/05, *Hendrix*, non encore publié, point 55. Voy. également le commentaire de D. Martin, *E.J.M.L.*, 2007, p. 468.

(40) C.J.C.E., 18 décembre 2007, aff. C-396/05, C-419/05 et C-450/05, *Habelt, Möser et Wachter*, non encore publiés.

(41) C.J.C.E., 13 février 1985, aff. C-293/85, *Gravier*, Rec., 1985, p. 593.

(42) C.J.C.E., 7 juillet 2005, aff. C-147/03, *Rec.*, 2005, p. I-5969. Sur l'ensemble et pour des décisions en Belgique, Voy. J.-Y. Carlier, *La condition des personnes*, op. cit., p. 54.

(43) *Migrations News Sheet*, décembre 2007, p. 26.

(44) C.J.C.E., 11 janvier 2007, aff. C-40/05, *Lyyski*, Rec., 2007, p. I-0099, dispositif.

(45) C.J.C.E., 23 octobre 2007, aff. C-11/06 et C-12/06, *Morgan et Bücher*, non encore publié. A.-Cl. Simon, « La portabilité des bourses d'études dans l'Union européenne », *J.D.E.*, 2008, n° 145, p. 2.

(46) C.J.C.E., 26 février 1992, aff. C-357/89, *Raulin*, Rec., 1992, p. I-1027.

(47) Conclusions du 20 mars 2008, point 103. Ce qu'avait fait au demeurant l'avocat général Gordon Slynn dans l'affaire *Gravier* précitée, en 1985.

(48) Conclusions, points 88 et 123.

(49) C.E.D.H., 23 juillet 1968, aff. relative à « certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » (au principal); 29 février 1988, aff. *Bouamar c. Belgique*; 30 juillet 1998, aff. *Aerts c. Belgique*.

(50) A.-Cl. Simon, op. cit., *J.D.E.*, 2008, p. 6.

nautaire. L'hypothèse est assez théorique et pourrait se heurter, comme en matière de droits fondamentaux, à un principe de *stand still*. Plus subtilement les Etats pourraient introduire des conditions indistinctement applicables résistant mieux à un examen assoupli de proportionnalité fondé sur la présomption que, à la différence de l'entrave discriminatoire, fût-elle indirecte, l'entrave indistinctement applicable est *a priori* acceptable sauf si celui qui la subit en démontre le caractère disproportionné. Tel pourrait être le cas d'une condition, fondée sur l'excellence, exigeant de l'étudiant un niveau de réussite élevé, par exemple 70%, dès la première année. Tel niveau ne serait-il pas plus facile à atteindre en poursuivant les études dans le pays d'origine⁵¹? Troisièmement, divers abus peuvent être combattus par la législation nationale, notamment pour éviter le risque de cumul de bourses à charge de différents Etats (arrêt, point 49). Il est vrai que sur ce point, comme l'indiquaient l'Autriche, la Suède, le Royaume-Uni et la Commission, le risque de cumul existe, « en l'absence de dispositions de coordination entre les Etats membres » (point 47). Comme remarqué ci-dessus en commentaire des affaires *Hartmann* et *Geven*, il n'appartient qu'à ces acteurs de l'Union de favoriser telle évolution de l'Europe sociale.

16. — C'est encore au nom de la citoyenneté « statut fondamental » que la Cour approfondit l'analyse de l'exception classique à la libre circulation des personnes fondée sur l'ordre public⁵². En conséquence, les garanties de la directive 64/221 doivent également s'appliquer au citoyen de l'Union qui n'est pas en séjour régulier sur le territoire d'un autre Etat membre et ne permettent pas « un lien systématique et automatique entre une condamnation pénale et une mesure d'éloignement » comme le fait la législation des Pays-Bas qui sont condamnés en manquement (dispositif). L'on sait que la directive « refonte » 2004/38 s'est substituée notamment à la directive 64/221. Elle prévoit que l'actualité et la réalité de la menace doivent être vérifiées selon certains critères (article 33, § 2).

17. — La directive 2004/38 fait déjà l'objet de condamnation en manquement du Luxembourg, pour non-transposition⁵³ et d'une question préjudicielle relative à un ressortissant roumain⁵⁴. M. Jipa, ressortissant roumain, estime que la législation roumaine qui limite le droit de sortie dans certaines conditions porte atteinte à sa liberté de circulation en qualité de citoyen européen, garantie par l'article 18 CE et par la directive 2004/38. A ce stade, l'affaire se limite à une ordonnance présidentielle refusant de faire droit à la demande de procédure accélérée faite par le juge national qui se prévaut du fait qu'il doit lui-même se prononcer dans les cinq jours de la requête. L'ordonnance relève que « le délai accordé à la juridiction de renvoi pour statuer est déjà expiré lors de l'enregistrement de la demande de décision préju-

dicielle au greffe de la Cour » (point 7). Sur le fond, les réponses portées aux questions mériteront attention en ce qu'elles pourraient concerner les ressortissants de plusieurs nouveaux Etats membres.

C. — Famille (*Jia*, *Eind*)

18. — Prononcée en tout début d'année 2007, l'affaire *Jia* a été examinée dans la chronique précédente⁵⁵. Contre l'avis de l'avocat général Geelhoed, la Cour avait estimé que l'étranger membre de la famille d'un travailleur communautaire doit pouvoir le rejoindre dans un autre Etat membre que celui de nationalité du travailleur, même si au préalable il n'a pas séjourné régulièrement avec lui dans le premier Etat membre. Fin d'année 2007, toujours en grande chambre, la Cour tranche une nouvelle question relative au droit de séjour d'un étranger, membre de la famille d'un ressortissant d'un Etat membre, lorsque tous deux retournent dans le pays d'origine du travailleur communautaire⁵⁶. Ressortissant néerlandais, M. Eind s'est rendu au Royaume-Uni. Plus tard, il y est rejoint par sa fille, Rachel Eind, de nationalité surinamienne, arrivée directement du Surinam. Elle bénéficiera d'un droit de séjour au Royaume-Uni en qualité de membre de la famille d'un travailleur communautaire. Lorsque tous deux entrent aux Pays-Bas, le droit de séjour sera refusé à Rachel Eind au motif qu'elle ne disposait pas d'une autorisation de séjour provisoire préalable et que son père n'exerce pas d'activité réelle et effective aux Pays-Bas. La Cour admet la première motivation, non la seconde. La réponse n'est guère étonnante sur ce deuxième motif. Si besoin en était, la Cour confirme le droit inconditionnel au retour dans son propre pays du travailleur communautaire par la formule « Grzelczyk » du « statut de citoyen de l'Union qui a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des Etats membres » (point 32). En conséquence la vie familiale doit pouvoir se poursuivre dans le pays d'origine. « Le fait qu'un ressortissant d'un Etat tiers membre de la famille d'un travailleur communautaire, avant de séjourner dans l'Etat membre où ce dernier a exercé une activité salariée, ne disposait pas d'un droit de séjour fondé sur le droit national dans l'Etat membre dont ledit travailleur a la nationalité est sans incidence aux fins de l'appréciation du droit de ce ressortissant de séjourner dans cet Etat » (point 45). Si la Cour assoit cette affirmation sur *Mrax*⁵⁷, elle omet curieusement de citer *Jia* alors même que l'avocat général Mengozzi le faisait (conclusions, point 46). En revanche ce droit au regroupement familial ne se déduit pas automatiquement — « du seul fait » selon la formule de l'avocat général Mengozzi (conclusions, point 38) — du même droit reconnu dans un autre Etat membre. C'est regrettable et va à l'encontre du souci de reconnaissance de plein droit des jugements et actes publics en matière matrimoniale qui peut se déduire du

règlement Bruxelles IIbis. Certes, l'objet de l'acte est différent en ce que, d'une part, il établit le lien de famille et, d'autre part, il autorise un séjour limité au territoire de l'Etat concerné. Mais dès l'instant où ce séjour est précisément fondé sur le seul lien de famille avec un citoyen européen qui circule, quel motif y aurait-il à le soumettre à une nouvelle autorisation sachant que, selon la jurisprudence *Mrax*, celle-ci ne pourrait être exigée préalablement à l'accès au territoire et que, compte tenu du respect nécessaire de la poursuite de la vie familiale, elle ne pourra être refusée. En définitive la réponse négative à la première question n'a aucune portée pratique et était destinée, comme le relève l'avocat général, à clarifier la position des Pays-Bas dans l'interprétation de la jurisprudence *Akrich*⁵⁸ alors même que l'arrêt *Jia* y répondait déjà.

3

Accords (*Tum et Dari*, *Derin*, *Polat*)

19. — En Suisse, en application des accords bilatéraux, les ressortissants des anciens Etats membres de l'Union, auxquels viennent s'ajouter les ressortissants de Chypre et de Malte pour les nouveaux Etats membres et les ressortissants du Liechtenstein, de la Norvège et de l'Irlande, Etats membres de l'A.E.L.E., disposent depuis le 1^{er} juin 2007, comme les Suisses dans l'Union, de la libre circulation des personnes sans limite de quotas pour l'accès au marché suisse de l'emploi. Les ressortissants des autres nouveaux Etats membres devront attendre jusqu'en 2011 au moins.

20. — Quelques jurisprudences précisent la portée des accords avec la Turquie, particulièrement quant à l'entrée sur le territoire européen ou l'expulsion. S'agissant de l'entrée, des membres du parti du travail de Turquie ont tenté d'obtenir la condamnation des visas imposés aux Turcs par les Etats membres de l'Union. Le Tribunal de première instance rejette la requête pour des motifs procédurales liés à l'absence de précisions suffisantes⁵⁹. A la suite de questions soulevées par la House of Lords, l'arrêt *Tum et Dari* apporte des précisions plus intéressantes sur les possibilités d'accès au territoire d'un Etat membre par des ressortissants turcs qui entendent exercer la liberté d'établissement⁶⁰. A dire vrai, la liberté d'établissement, dont le protocole additionnel à l'accord d'association avec la Turquie prévoit la mise en œuvre progressive, n'est pas encore acquise à défaut de mesure d'exécution (article 41, § 2). Le même protocole prévoit toutefois une clause de *stand still* en ces termes : « Les parties contractantes s'abstiennent d'introduire entre elles de nouvelles restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services » (article 41, § 1^{er}). *Tum et Dari* sont deux ressortissants turcs qui

(51) Sur l'ensemble du principe de proportionnalité, Voy. J.-Y. Carlier, *La condition des personnes*, op. cit., p. 101.

(52) C.J.C.E., 7 juin 2007, aff. C-50/06, *Commission c. Pays-Bas*, non encore publié.

(53) C.J.C.E., 13 décembre 2007, aff. C-294/07, *Commission c. Luxembourg*, non encore publié.

(54) C.J.C.E., ordonnance 3 avril 2007, aff. C-33/07, *Jipa*, non encore publié. Questions publiées au J.O. C 140, p. 6.

(55) C.J.C.E., 9 janvier 2007, aff. C-1/05, *Jia*, Rec., 2005, p. I-0001; J.T.D.E., 2007, p. 84, n° 24. Voy. également le commentaire de D. Martin, E.J.M.L., 2007, p. 457.

(56) C.J.C.E., 11 décembre 2007, aff. C-291/05, *Eind*, non encore publié.

(57) C.J.C.E., 25 juillet 2002, aff. C-459/99, *Mrax*, Rec., 2002, p. I-6591.

(58) C.J.C.E., 23 septembre 2003, aff. 109/01, *Akrich*, Rec., 2003, p. I-9607.

(59) T.P.I., 29 novembre 2007, aff. T-250/07, *ISCI Partisi*, non encore publié.

(60) C.J.C.E., 20 septembre 2007, aff. C-16/05, *Tum et Dari*, non encore publié.

ont demandé l'asile au Royaume-Uni. La requête est rejetée sur pied de la Convention de Dublin, devenue depuis le règlement Dublin II, au motif qu'ils ont transité au préalable par l'Allemagne pour le premier, par la France pour le second. Ils sollicitent ensuite, au Royaume-Uni où ils sont restés, un visa en vue de l'établissement comme indépendants. L'examen en est refusé au motif qu'ils n'ont jamais eu accès légalement au territoire au préalable. Il est en effet acquis que si les ressortissants turcs bénéficient d'un droit de séjour, une fois remplies des conditions d'accès au marché de l'emploi, « la première admission d'un ressortissant turc sur le territoire d'un Etat membre est en principe exclusivement régie par le droit national dudit Etat » (point 57)⁶¹. Si la House of Lords s'interroge, c'est que le refus d'examen de la demande de visa pour établissement résulte d'une nouvelle législation anglaise (1994), plus stricte que celle du protocole (1973). La clause de *stand still* est-elle ainsi violée? Si la Cour avait déjà jugé que la clause de *stand still* s'appliquait en matière d'établissement et, corrélativement, de séjour, elle n'avait pas eu à se prononcer sur son application à une première admission⁶². C'est chose faite, positivement. La Cour estime, à l'encontre de l'avis de l'avocat général Geelhoed, que la clause de *stand still* prohibe « toutes nouvelles restrictions à l'exercice de la liberté d'établissement, y compris celles portant sur les conditions de fond et/ou de procédure en matière de première admission sur le territoire de cet Etat » (dispositif). Ce n'est pas dire que l'accès au territoire des ressortissants turcs échapperait désormais aux législations nationales en matière d'immigration. C'est dire que ces législations ne peuvent être plus strictes qu'en 1973. C'est d'importance, compte tenu de l'évolution des lois sur l'immigration dans les anciens Etats membres de l'Union depuis 1973, en raison de l'arrêt, à cette époque, de l'immigration de travail. « Cela [ébranle] le pouvoir exclusif des Etats membres... de fixer les conditions relatives à la première admission des ressortissants turcs »⁶³.

21. — Par deux arrêts, *Derin* et *Polat*, la Cour va préciser l'interprétation restrictive des possibilités d'expulsion d'un ressortissant turc qui bénéficie du droit de séjour, même à la suite d'une condamnation pénale⁶⁴. Bien que reprenant mot à mot dans le premier point de son dispositif, celui de l'arrêt *Derin*, l'arrêt *Polat* n'y fait pas référence pour confirmer que les seules possibilités d'expulsion d'un Turc ayant accès au marché de l'emploi, et par effet utile au droit de séjour, sont la violation de l'ordre public et l'absence pour une période significative et sans motifs légitimes. Or, l'atteinte à l'ordre public doit s'interpréter parallèlement au droit communautaire de la libre circulation et ne peut se déduire automatiquement d'une condamnation pénale (*Commission c. Pays-Bas*, supra, n° 18).

(61) Pour une synthèse, J.-Y. Carlier, *La condition des personnes*, op. cit., p. 71.

(62) C.J.C.E., 21 octobre 2003, aff. C-317/01 et C-369/01, *Abatay et Sahin, Rec.*, p. I-12301. La Cour y condamne l'exigence nouvelle d'un permis de travail pour des chauffeurs routiers.

(63) Conclusions, point 65, où le verbe est au conditionnel (ébranlerait). Cette hypothèse motivait le refus de l'avocat général d'appliquer au droit de séjour la jurisprudence relative aux conditions d'accès au territoire.

(64) C.J.C.E., 18 juillet 2007, aff. C-325/05, *Derin*; 4 octobre 2007, aff. C-349/06, *Polat*, non encore publiés.

Le dispositif de l'arrêt *Polat* (point 2) et les motifs de l'arrêt *Derin* (point 74) précisent que l'examen se fera *in concreto*, au regard du comportement personnel de l'intéressé en ce qu'il constituerait une menace réelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société. Il n'est rien là de très neuf et l'on pourrait même s'étonner de ce que la Cour ait jugé nécessaire de répondre aux questions au vu de sa jurisprudence antérieure⁶⁵. En réalité, les questions des deux juges nationaux étaient motivées par le risque de discrimination positive en faveur de ressortissants turcs, considérant que les ressortissants d'Etats tiers, membres de la famille d'un citoyen européen, pourraient faire l'objet d'autres motifs d'expulsion, car leur séjour ne deviendrait pas un droit autonome à l'âge de vingt et un ans. La Cour écarte ce risque au motif que le membre de la famille d'un travailleur communautaire bénéficie d'un accès plus large au marché de l'emploi (point 65) et que, avant vingt et un ans, son droit au regroupement familial est inconditionnel, ce qui n'est pas le cas du membre de la famille d'un travailleur turc. Ce dernier argument est toutefois affaibli par la jurisprudence *Eind* précitée (n° 20) qui, pour le regroupement familial, maintient un droit de contrôle à l'admission de l'Etat membre concerné, fût-il assez théorique. A dire vrai, la directive 2004/38, visée trop tôt par le juge national dans l'affaire *Polat*, donnera largement accès à un droit de séjour autonome pour le membre de la famille, notamment par le mécanisme du droit de séjour permanent (article 16).



Conclusion

22. — Proximité et proportionnalité demeurent, en 2007, les deux principes qui guident la jurisprudence communautaire, notamment en matière de libre circulation des personnes. Le premier est hérité des techniques de droit international privé⁶⁶. Il consiste à rechercher les liens étroits qui permettent de rattacher la situation transfrontière à l'ordre juridique d'un Etat. Divers facteurs y contribuent : nationalité, résidence, volonté. En droit communautaire, le principe de proximité ne conduit pas, comme en droit international privé, à désigner l'Etat dont le seul droit sera applicable, mais l'Etat membre qui sera responsable de la mise en œuvre du droit communautaire dans l'exercice même de son propre droit. Il est davantage règle d'applicabilité que de conflit. L'Etat ne pourra décliner cette responsabilité que si le principe de proportionnalité l'y autorise. Celui-ci, tenant compte de l'absence de l'un ou l'autre facteur de rattachement, constatant par exemple que l'intéressé n'a pas la nationalité

(65) Notamment, C.J.C.E., 2 juin 2005, aff. C-136/03, *Dörr et Ünal, Rec.*, p. I-4759 et C.J.C.E., 16 février 2006, aff. C-502/04, *Torun, Rec.*, p. I-1563.

(66) P. Lagarde, « Le principe de proximité - Cours général de droit international privé », *Recueil des cours de l'académie de droit international*, La Haye, t. 196, 1986-I, pp. 13-237; M. Fallon, « Le principe de proximité dans le droit de l'Union européenne », in *Le droit international privé : esprit et méthodes - Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 241-262.

de l'Etat membre concerné ou n'y dispose pas d'une résidence, mesurera l'équilibre des intérêts en présence : ceux de la collectivité nationale concernée qui sauvegarde ses objectifs légitimes, d'une part, ceux de l'individu dans ses droits fondamentaux, telle la libre circulation, d'autre part. Tous deux se situent toutefois dans le cadre particulier d'un ordre juridique communautaire au sein duquel la citoyenneté de l'Union s'impose comme statut fondamental. Ce principe de proportionnalité est l'héritage des jurisprudences constitutionnelles et de la jurisprudence strasbourgeoise en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁶⁷. La jurisprudence communautaire paraît ainsi bien ancrée au sein de deux techniques anciennes, héritées de deux disciplines, qu'elle adapte au contexte d'un ordre juridique propre. Selon la formule gracquienne, rien ne bouge, l'équilibre rassure. Mais les principes doivent se confronter à l'exercice de terrain. Il advient que le juge communautaire s'adonne à l'examen *in concreto* lorsqu'il est suffisamment informé des éléments de fait. Il advient aussi, par défaut d'information ou par souci de respect de la complémentarité du mécanisme de juge à juge, qu'il en abandonne l'exercice à la juridiction nationale. Dans l'un et l'autre cas, les marges d'appréciation sont telles que des réponses contrastées peuvent apparaître. Il suffit alors d'un souffle pour que tout bouge et le vrai de l'équilibre peut inquiéter. En ces occurrences, par exemple en matière de portabilité de droits sociaux comme les prestations favorisant l'éducation (*Hartman et Geven*) ou la formation (*Morgan*), une intervention du législateur communautaire, qui dépend de la volonté politique des Etats, serait utile. Elle permettrait aussi de sceller les fondements d'une Europe plus préoccupée des réalités sociales.

Jean-Yves CARLIER(*)

(67) S. van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme - Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis et Bruylant, 2001, 777 p.

(*) Professeur à l'Université de Louvain et à l'Université de Liège (Belgique), avocat. Les commentaires éventuels relatifs à la présente contribution peuvent être adressés à jean-yves.carlier@uclouvain.be.



Manuels Larcier

Droit communautaire
Droit institutionnel et droit matériel
Théorie, exercices et éléments de méthodologie

Antoine Masson

Théorie
 Exercices
 Méthodologie

39,00 €
Éd. 2008 • 544 p.
978-2-8044-2903-4

Les notions essentielles du droit communautaire en un seul volume !

Découvrez-le en visitant le site www.larcier.com

commande@deboeckservices.com
Larcier c/o De Boeck Services sprl • Fond Jean-Pâques 4
B-1348 Louvain-la-Neuve • ☎ (010) 48 25 00 • 📠 (010) 48 25 19
larcier e.mail : commande@deboeckservices.com