

La libre circulation des personnes dans l'Union européenne

(1^{er} janvier - 31 décembre 2004)

rait de l'association par voie d'accords sur le mode de l'article 310 CE, tant par son contenu que par les partenaires potentiels (24). Au-delà de l'interrogation quant à l'objet du partenariat, l'on ne peut manquer d'apercevoir le déséquilibre qui surviendrait dans le cas d'une application partielle ou sectorielle de l'accuis à un Etat partenaire — privilégié — qui ne serait pas dans la capacité de participer à l'élaboration de ces normes, c'est-à-dire à la prise de décision.

Cela signifie-t-il que les négociations devront nécessairement se clôturer par l'adhésion de la Turquie? Rien n'est moins certain. Ainsi que l'article 49 UE le prévoit, les modalités de l'adhésion seront précisées dans un accord d'adhésion, qui devra être adopté à l'unanimité par le Conseil sur recommandation de la Commission, et après avis conforme du Parlement européen. Cet accord est alors repris dans le traité d'adhésion, qui n'entre en vigueur qu'après la ratification par chaque Etat membre. Le dépôt de candidature, l'octroi du statut de candidat et la décision d'entamer des négociations ne confèrent certes en aucun cas à l'Etat tiers qui est candidat un droit à devenir membre de l'Union européenne (25). Par ailleurs, par leur décision d'ouvrir des négociations, les Etats membres ne s'engagent pas à conclure le traité d'adhésion (26). Tout au plus le principe de bonne foi suppose-t-il que « les parties doivent adopter des positions suffisamment souples en vue d'aboutir, par des concessions réciproques, à un compromis qui satisfasse l'une et l'autre » (27). En définitive, ce sont les Etats membres et eux seuls qui décident de l'élargissement d'une organisation qu'ils ont créée ou à laquelle ils ont adhéré par la suite. L'on saisit donc bien toute l'importance des ratifications du traité d'adhésion conformément aux procédures constitutionnelles, par voie parlementaire ou référendaire. C'est précisément cette dernière possibilité qui laisse penser que l'adhésion de la Turquie à l'Union européenne est loin d'avoir été acquise lors du sommet de Bruxelles.

Judicaël ETIENNE
Assistant de recherche
Université catholique de Louvain

par la *Convention européenne*, Paris, éd. 10/18, 2003, pp. 227 et s. et O. Duhamel, *Pour l'Europe - Le texte intégral de la Constitution européenne*, Paris, Seuil, 2003, p. 232. Le premier se réfère aux Etats qui ne souhaiteraient par rejoindre l'Union ou qui ne le pourraient pas.

(24) L'amendement de la Conférence intergouvernementale qui a supprimé dans l'article I-57 la référence aux accords d'association qui s'y trouvait dans la version du Traité élaboré par la Convention, confirme qu'il ne s'agit pas d'une redite malheureuse de l'article III-324, qui lui reprend le contenu de l'article 310 CE. Un indice quant aux partenaires et au contenu de ces accords *spécifiques* pourrait être trouvé dans la politique de voisinage proposée par la Commission. Voy. à ce sujet la communication de la Commission au Conseil sur les propositions de la Commission en faveur de plans d'action dans le cadre de la politique européenne de voisinage (P.E.V.), COM (2004) 795 pénal du 9 décembre 2004.

(25) En ce sens, H.-H. Herrfeld, *op. cit.*, p. 215.

(26) E. Zoller, *La bonne foi et le droit international public*, Paris, Pedone, 1977, pp. 64 et s., pour qui « la simple obligation de négociation n'emporte jamais obligation de conclure l'accord ».

(27) *Ibidem*, p. 60.

1. — Alors que de nouveaux textes ont été adoptés pour le contrôle de l'entrée sur le territoire européen dans le cadre de la politique d'immigration et d'asile, la jurisprudence de 2004 relative à la libre circulation des personnes concerne en priorité les droits rattachés à la citoyenneté européenne, devenue « statut fondamental ». Si un droit de séjour est largement reconnu au citoyen en attribuant effet direct à l'article 18 CE (*Chen*), l'exercice de ce droit peut connaître des limites, particulièrement dans l'octroi de droits sociaux, qui sont interprétés avec plus ou moins de souplesse (*Trojani*, *Collins*). Une sorte de principe de proximité semble se dégager de la jurisprudence. Plus il y a un lien étroit entre le citoyen et l'Etat de résidence, plus largement des droits sociaux lui seraient reconnus et inversement. En conséquence, bien que formellement liée à la nationalité, la citoyenneté européenne devient, fondamentalement, une citoyenneté de résidence.

1

Entrée

2. — Introduit lors du Traité d'Amsterdam, le nouveau titre IV du Traité C.E. (art. 61 à 69) est intitulé « visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes ». Il fixait un délai de cinq ans pour que le Conseil arrête, dans le cadre de la mise en place progressive d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, des mesures concernant le contrôle des frontières extérieures et la politique d'asile et d'immigration (art. 61, *a et b*). Ce délai de cinq ans expirait le 31 avril 2004. De nouveaux textes, relatifs principalement aux réfugiés, ont été formellement adoptés juste avant cette échéance, d'autres doivent encore l'être.

A. — Visa et contrôle juridictionnel (aff. *Georgescu*)

3. — Le droit dérivé relatif aux visas est adopté depuis plus longtemps dans la mesure où cette question est préparée de longue date, à la suite de sa communautarisation dès le Traité de Maastricht. Il s'agit principalement des règlements relatifs à la liste des pays tiers dont les ressortissants doivent avoir un visa (1) et de ceux relatifs à la forme d'un visa commun (2). Trois textes complémentaires ont été élaborés en 2004. Le premier est une décision sur les points de passages des frontières (3). La

deuxième décision établit un système d'information en matière de visa (4). Le troisième texte, plus important, est un règlement établissant une agence des frontières extérieures, qui devrait conduire, pour 2007, à une sorte de police européenne des frontières extérieures à l'Union (5).

4. — Une première affaire *Georgescu* (6) permet de rappeler le contrôle juridictionnel limité de la Cour sur l'ensemble de ce titre IV. L'affaire concerne le règlement 539/2001 précité, entré en vigueur le 10 avril 2001 (note 1). En annexe du règlement figurent deux listes : d'une part, une liste de pays dont les ressortissants doivent être munis d'un visa pour rentrer en Europe (annexe I, dite liste noire), d'autre part, une liste de pays dont les ressortissants sont exemptés du visa (annexe II, dite liste blanche). La Roumanie figurait, dès ce moment, sur la liste blanche avec toutefois une condition suspensive de « mise en application... décidée ultérieurement par le Conseil » (art. 8, § 2). En conséquence, les Roumains sont demeurés soumis au visa jusqu'au 1^{er} janvier 2002 (7). Mme *Georgescu* est entrée en Allemagne le 15 novembre 2001, sans visa en manière telle qu'elle est poursuivie en vue d'être condamnée à une amende de 360 € pour entrée et séjour illégaux. Le juge allemand examine l'application du principe du « traitement le plus favorable, en vertu duquel l'auteur d'une infraction n'est pas sanctionné, ou l'est dans une moindre mesure, si, dans l'intervalle, la loi pénale a été abrogée ou modifiée d'une manière qui favorise l'auteur de l'infraction » (pt 21), sauf, selon le droit pénal allemand, s'il s'agissait d'une loi limitée dans le temps. Le juge allemand interroge la Cour sur le sens à donner à cette condition suspensive ayant pour conséquence que, au moment du jugement, Mme *Georgescu* ne doit plus être en possession d'un visa : s'agissait-il d'une loi limitée dans le temps? Par ordonnance, la Cour se déclare manifestement incompétente « dans la mesure où la décision au principal sera susceptible d'un recours juridictionnel de droit interne » (pt 32), alors que l'article 68 C.E. limite la compétence de la Cour pour l'ensemble du titre IV aux questions préjudicielles soulevées « dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne ». En l'espèce, l'incompétence est évidente (8). D'autres cas pourraient

(4) *J.O.*, 2004, L 213/5. Ce système est connu sous le nom de Visa Information System (VIS).

(5) Règlement 2007/2004, *J.O.*, 2004, L 349/1.

(6) C.J.C.E., 31 mars 2004, aff. C-51/03, *Georgescu*, non encore publiée au *Recueil*.

(7) Date de l'entrée en vigueur du règlement 2414/2001 du 7 décembre 2001, *J.O.*, L 327, p. 1.

(8) Pour une application identique de l'art. 68 CE au regard du règlement 44/2001 du 22 décembre 2000,

être plus complexes. Le recours interne doit-il être effectif (9)? Si oui, l'on pourra se référer à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en application de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme pour considérer que, pour être effectif en droit et en fait, un recours doit être suspensif de plein droit, dans certaines matières comme l'expulsion (10).

Si, en octobre 2004, le Conseil estimait qu'il était encore trop tôt pour lever cette limite à la compétence de la Cour, le Traité constitutionnel la supprimera s'il est ratifié.

B. — Asile et immigration

5. — Le plus important texte adopté en 2004, à la veille de l'échéance du 1^{er} mai, concerne l'asile. Il s'agit de la directive 2004/83, du 29 avril 2004, « concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale

concernant la compétence judiciaire (Bruxelles I), voy. C.J.C.E., 10 juin 2004, aff. C-555/03, *Warbecq c. Ryanair*, non encore publiée au *Recueil*, se déclarant manifestement incompétente pour répondre à une question du tribunal du travail de Charleroi. Pour une application plus délicate de la notion de juridiction d'appel au regard du protocole à l'ancienne Convention de Bruxelles sur la compétence judiciaire, lorsqu'il s'agit d'une juridiction de premier et de dernier niveaux, voy. C.J.C.E., 5 févr. 2004, aff. C18/02, *Torline*, non encore publiée au *Recueil*.

(9) Cela n'est pas évident si l'on raisonne par parallélisme avec la jurisprudence communautaire. Ainsi encore en 2004, le tribunal a considéré que « l'absence de recours juridictionnel ne saurait fonder par elle-même un titre de compétence communautaire propre dans un système juridique fondé sur le principe des compétences d'attribution, *T.P.I.*, 7 juin 2004, aff. T-338/02, *Segi*, non encore publiée au *Recueil*. L'association basque *Segi* attaquait la position commune 2001/931/PESC prise en application de la résolution 1373 (2001) du 28 septembre 2001 du Conseil de sécurité des Nations unies, la mettant sur la liste des groupes terroristes. Le tribunal reconnaît que *Segi* ne dispose d'aucun recours effectif, national ou international, mais ajoute que cela ne lui ouvre pas un recours communautaire, pour le motif précité. En revanche, le tribunal estime qu'il lui appartient de vérifier si il n'y a pas eu détournement du droit communautaire par choix d'une base juridique, dans le domaine J.A.I., excluant la compétence juridictionnelle. Ceci permet de compléter l'interprétation de l'article 68 CE en cela qu'il appartiendra bien à la juridiction communautaire de décider ce qui entre dans son champ de compétence et de dire s'il y va de « mesures ou décisions... portant sur le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure » au sens de l'article 8, § 2, CE (dans le même sens, C.J.C.E., 12 mai 1998, aff. C-170/96, *Commission c. Conseil*, *Rec.*, 1998, p. I-2763, à propos des visas de transit aéroportuaire).

(10) C.E.D.H., 5 févr. 2002, *Conka c. Belgique*. Encore faut-il que l'art. 13 de la Convention européenne des droits de l'homme puisse être invoqué à propos d'un grief défendable au regard d'une autre disposition de la Convention européenne des droits de l'homme. A l'inverse, la Cour européenne des droits de l'homme a exclu l'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (procès équitable) dans le domaine des expulsions, C.E.D.H., 5 oct. 2000, *Maouia c. France*, req. 39652/98.

et, et relative au contenu de ces statuts » (11). Ce long titre est souvent résumé par les mots « directive qualification ». Il s'agit des critères permettant de qualifier une personne de réfugié ou de bénéficiaire de la protection subsidiaire. La notion de « réfugié » est définie au sens de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés modifiée par le protocole de New York du 31 janvier 1967. Ces instruments internationaux sont ratifiés par l'ensemble des Etats membres de l'Union. Le réfugié y est défini comme toute personne craignant avec raison d'être persécutée du fait de cinq causes : la race, la religion, la nationalité, l'appartenance à un certain groupe social et l'opinion politique. La directive donne des critères minimum commun d'interprétation de cette définition. Sur ce point, elle est plus libérale que certaines positions nationales et qu'une position commune adoptée antérieurement dans le cadre de la coopération intergouvernementale dans les matières de justice et d'affaires intérieures (12).

A défaut de transposition dans le délai requis, certaines dispositions sont suffisamment claires et précises pour être jugées d'effet direct. Même avant l'échéance de transposition, les Etats membres doivent « s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par la directive » (13). Ainsi, sur la question controversée de l'auteur de la persécution, la directive qualifie les persécutions émanant d'acteurs privés dans la mesure où l'Etat, ou une organisation internationale, n'est pas en mesure de protéger la personne sans exiger, comme le faisaient les jurisprudences française et allemande, que l'Etat « tolère ou encourage » ces persécutions (art. 6). La directive prévoit également une protection subsidiaire pour les personnes qui, bien que ne rentrant pas dans la définition du réfugié au sens de la Convention de Genève, sont victimes d'« atteintes graves » que sont la peine de mort, la torture ou les traitements inhumains ou dégradants et « des menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle ou en cas de conflit armé » (art. 15, C). Cette dernière catégorie nécessitera des précisions jurisprudentielles (14). Enfin, la directive précise le statut,

(11) *J.O.*, 2004, L 304/12. Pour une analyse du projet, voy. Th. Spijkerboer, « Full circle? The personal scope of international protection in the Geneva Convention and the draft directive on qualifications », in C. Dias Urbano de Sousa et Ph. De Bruycker (éd.), *L'émergence d'une politique européenne d'asile*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 167. Pour une analyse du texte adopté, J.-Y. Carlier, « Asile : identification et statut des personnes à protéger », in Fr. Julien-Lafrière (dir.), *Politique européenne d'asile et d'immigration - Bilan après cinq ans*, Bruxelles, Bruylant, à paraître.

(12) Position commune du 4 mars 1996 concernant l'application harmonisée de la définition du terme réfugié au sens de la Convention de Genève, du 28 juillet 1951, relative au statut des réfugiés, *J.O.*, 1996, L 63/2.

(13) C.J.C.E., 5 févr. 2004, aff. C-157/02, *Rieser international transport*, non encore publiée au *Recueil*, à propos de la libre circulation des marchandises, en l'espèce, de péages excessifs sur les autoroutes autrichiennes.

(14) La directive doit être transposée pour le 10 octobre 2006. La France a anticipé la transposition dans sa loi du 10 décembre 2003 relative au droit d'asile, *J.O. fr.*, 11 déc. 2003, p. 21080. Voy. D. Turpin, « Les nouvelles lois sur l'immigration et

c'est-à-dire les droits accordés à ces personnes. La personne bénéficiant de la protection subsidiaire a moins de droits que le réfugié, notamment au regard des droits sociaux et du droit au travail. L'harmonisation du contenu de la protection devrait conduire à l'harmonisation des procédures. Toutefois, le projet de directive « procédure d'asile » n'a pu être adopté faute de consensus, notamment sur la liste de pays tiers sûrs, vers lesquels des candidats réfugiés pourraient être renvoyés pour l'examen de leur demande (15).

6. — S'agissant de l'immigration, à l'exception de la publication en 2004 de la directive 2003/109 relative aux résidents de longue durée (16), c'est principalement en matière d'immigration irrégulière que des textes ont été adoptés en 2004. Il s'agit, notamment, de textes en matière de transmission des données relatives aux passagers (17), d'expulsion individuelle ou collective (18) et d'accords de réadmission avec des pays tiers (19).

De façon générale, selon le « programme de La Haye », adopté lors du sommet des chefs d'Etat et de gouvernement de novembre 2004, la politique d'immigration et d'asile devrait connaître une deuxième phase en deux temps : évaluation pour 2007 et nouveaux textes pour 2010.

2

Séjour

7. — Si les questions de citoyenneté (A) et de droits fondamentaux (B) prennent de plus en plus d'importance, ce n'est pas pour effacer les questions classiques liées à l'exercice d'un travail, à la sécurité sociale et à la fiscalité (C).

A. — Citoyenneté (aff. *Chen, Collins, Trojani, Pusa*)

8. — La formule *Grzelczyk*, selon laquelle « le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des Etats

l'asile dans le contexte de l'Europe et de la mondialisation », *Rev. crit. d.i.p.*, 2004, p. 311.

(15) COM (2000) 578, amendée par COM (2002) 362 et, pour une procédure unique, COM (2004) 503.

(16) *J.O.*, 2004, L 16/44. On notera aussi que le Forum des migrants, organisation qui représentait les étrangers résidents de longue durée auprès de la Commission européenne jusqu'à ce que celle-ci lui retire sa confiance et son financement pour fautes de gestion, a vu son pourvoi contre l'arrêt du tribunal de première instance qui avait confirmé la décision de la Commission rejeté pour tardiveté, C.J.C.E., 19 févr. 2004, aff. C-369/03, non encore publiée au *Recueil*.

(17) Directive 2004/82, *J.O.*, 2004, L 261/64.

(18) Décision sur les coûts d'expulsion, *J.O.*, 2004, L 60/55 et sur les vols conjoints pour l'expulsion, *J.O.*, 2004, L 261/28.

(19) Hong Kong, *J.O.*, 2004, L 17/23 et L 64/38; Macao, *J.O.*, L 143/97, de même que, non encore publiés, avec le Sri Lanka et l'Albanie et, en négociation, avec la Russie, le Pakistan, le Maroc, l'Ukraine, l'Algérie, la Turquie, la Chine. Voy. aussi les communications sur l'immigration et l'intégration, COM (2004) 508 et sur les liens entre l'immigration légale et illégale, COM (2004) 412.

membres », poursuit son succès (20). Trois des quatre affaires ici citées la reprennent (21). Tantôt, le juge national se place directement sur le terrain de la citoyenneté (*Pusa*), tantôt, il l'évoque comme complément aux dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs (*Chen et Collins*). Ce n'est pas dire que cette dernière est devenue sans intérêt. C'est en réalité que se développe une distinction entre le migrant économique, travailleur ou assimilé, et le migrant non économique, en sa qualité de citoyen. Ce dernier bénéficie de moins de droits que le premier qui est censé se prendre en charge financièrement de par son travail. Aussi, afin d'éviter le « tourisme social » (22), le droit communautaire a prévu que le citoyen qui circule devra bénéficier de moyens de subsistance suffisants. Ce critère donne à la directive séjour généralisé le sobriquet de « Playboy directive » (23). Toutefois, des citoyens entendent se prévaloir de leur droit de séjour mais aussi de droits sociaux à partir du principe de non-discrimination. La Cour tente de préciser l'étendue du droit de séjour et des droits sociaux qui en découlent. En 2004, son enseignement peut se synthétiser comme suit :

1. — Tout citoyen, quel que soit le mode d'acquisition de sa nationalité, son âge et la source de ses moyens de subsistance, bénéficie du droit de séjour (*Chen*).

2. — Ce droit s'étend à la famille nucléaire, conjoint, descendants, ascendants, quelle que soit leur nationalité (*Chen*).

3. — Ce droit emporte un principe d'égalité entre citoyens migrants et sédentaires (*Pusa*) sous la réserve des droits sociaux (*Trojani*).

4. — Ce droit au séjour peut être refusé en l'absence de moyens de subsistance suffisants mais dans le respect du principe de proportionnalité. Une demande d'aide sociale à la suite de la perte de moyens de subsistance ne conduira pas automatiquement à la perte du droit de séjour (*Trojani*).

5. — La reconnaissance préalable d'un droit de séjour, même provisoire, conduit à reconnaître un droit à une aide sociale (*Trojani*), qui peut être conditionnée par un « lien réel », comme la résidence, entre le citoyen et l'Etat d'accueil (*Collins*).

9. — L'agencement entre le droit de séjour et les droits sociaux est complexe et s'apparente parfois au cercle vicieux; tantôt dans lequel le citoyen ne peut entrer (pas de séjour sans moyen de subsistance et donc pas de droits sociaux), tantôt hors duquel l'Etat ne peut sortir (obligation d'accorder un droit social en raison du droit de séjour reconnu antérieurement). Les

(20) C.J.C.E., 20 sept. 2001, aff. C-184/99, *Grzelczyk*, *Rec.*, p. I-6193, pt 13; *J.T.D.E.*, 2002, p. 71, déjà reprise dans C.J.C.E., 11 juin 2002, aff. C-224/98, *D'Hoop*, *Rec.*, p. I-6191, pt 28; 17 sept. 2002, aff. C-413/99, *Baumbast*, *Rec.*, p. I-7091, pt 82; 2 oct. 2003, aff. C-148/02, *Garcia Avello*, *Rec.*, p. I-11613, pt 22; *J.T.D.E.*, 2004, p. 74.

(21) C.J.C.E., 23 mars 2004, aff. C-138/02, *Collins*, non encore publiée au *Recueil*, pt 61; 29 avril 2004, aff. C-224/02, *Pusa*, non encore publiée au *Recueil*, pt 16 et 19 oct. 2004, aff. C-200/02, *Chen*, non encore publiée au *Recueil*, pt 25.

(22) Expression utilisée à plusieurs reprises dans les conclusions des avocats généraux Colomer dans *Collins*, pt 75 (*infra*, n° 14), Geelhoed dans *Trojani*, pt 13 et 18 (*infra*, n° 15).

(23) Directive 90/364 du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour, *J.O.*, 1990, L 180/26.

critères sont, d'une part, l'ordre chronologique — le droit de séjour précède le droit social — et, d'autre part, le lien réel entre le citoyen et le pays concerné. Si la jurisprudence tente de réaliser un équilibre entre les intérêts du citoyen et les finances publiques des Etats, ces derniers pourraient restreindre l'accès au séjour des désargentés par crainte de se trouver ensuite contraints d'accorder certains droits sociaux. A long terme, seule l'harmonisation des droits sociaux minimum est de nature à supprimer les risques de tourisme social. Les élargissements de l'Union ne facilitent pas les tentatives d'harmonisation. La Cour sera donc appelée à poursuivre ce difficile exercice d'équilibre. Un examen plus détaillé de ses arrêts n'en a que plus d'intérêt.

1. — Chen

10. — Ressortissante chinoise, Mme Chen travaille, avec son mari chinois pour une société, établie en Chine, fabriquant et exportant des produits chimiques (note 21). Pour cet emploi, ils viennent fréquemment en Europe, particulièrement au Royaume-Uni. Ils souhaitent avoir un deuxième enfant mais se heurtent à la politique de l'enfant unique en Chine (24). Mme Chen décide donc d'accoucher en Europe et, plus précisément, en Irlande du Nord, ce qui permet à son enfant, Catherine, de bénéficier de la nationalité irlandaise par le *ius soli*. Elle s'installe ensuite au Pays de Galles. Le Royaume-Uni lui refuse, ainsi qu'à Catherine, un droit de séjour de longue durée. Saisie par la commission de recours en matière d'immigration, la Cour va reconnaître le droit au séjour de la mère et de l'enfant. Le caractère particulier des faits de la cause ne doit pas voiler l'incidence quantitative et qualitative de l'arrêt.

Quantitativement, en novembre 2004, le ministre de la Justice d'Irlande évaluait à seize mille le nombre d'étrangers ayant, en vingt mois, revendiqué le droit de séjour en Irlande à la suite de la naissance d'un enfant irlandais (25). Qualitativement, l'arrêt permet à la Cour de préciser l'interprétation extensive du droit fondamental au séjour reconnu par l'article 18 C.E. à tout citoyen. En l'espèce, le citoyen est l'enfant Catherine. Il importe peu qu'il s'agisse d'un bébé. La jouissance des droits ne doit pas être confondue avec leur exercice. Catherine jouit du droit au séjour « reconnu directement » par l'article 18, § 1^{er}, C.E. Certes, ce droit est reconnu « sous réserve des limitations et conditions » prévues par le Traité et par le droit dérivé, parmi lesquelles celle de « disposer... de ressources suffisantes », selon la directive 90/364 sur le droit de séjour généralisé (*supra*, note 23). Cette formulation n'impose pas que ces ressources doivent être propres à l'intéressée et ne pourraient, comme en l'espèce, provenir de sa maman. L'objectif est que « les bénéficiaires du droit de séjour ne doivent pas devenir une charge déraisonnable pour les finances publiques de l'Etat membre d'accueil » (arrêt, pt 32 et quatrième considérant de la directive). En d'autres termes, qui peuvent généraliser cet enseignement à d'autres hypothèses, « une exigence relative à la provenance des ressources... constituerait une ingérence disproportionnée dans l'exercice du droit fondamental de libre circulation et de séjour » (pt 33).

(24) Sur des cas de reconnaissance de la qualité de réfugié pour ce motif, voy. J.-Y. Carlier, *Qu'est-ce qu'un réfugié?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 752.

(25) *Migration News Sheet*, déc. 2004, p. 4.

Si l'enfant citoyenne bénéficie d'un droit autonome au séjour, sa mère étrangère doit bénéficier d'un droit équivalent, que l'avocat général qualifiait de dérivé, dans le cadre du respect de la vie familiale, au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (26) et que la Cour préfère déduire de l'effectivité du droit de séjour de l'enfant dans la mesure où le refus de séjour opposé au parent gardien « priverait de tout effet utile le droit de séjour » de l'enfant (arrêt, pt 45).

11. — Pour reconnaître le droit de séjour de cette enfant irlandaise, la Cour devait aussi rejeter deux exceptions : la situation purement interne et l'abus de droit.

12. — La situation purement interne résulte du rattachement politique de l'Irlande du Nord au Royaume-Uni : il n'y a pas circulation entre deux Etats membres. Toutefois, par sa naissance dans l'île, fût-ce en dehors de l'Eire, l'enfant est irlandaise. Comme dans *Garcia Avello*, la Cour introduit une sorte de fiction de circulation (27). Ce n'est plus la personne mais la nationalité qui circule. Satisfaisant en son résultat tendant à réduire l'exclusion des situations purement internes, cet artifice démontre la nécessité d'affranchir les droits liés à la citoyenneté du critère de circulation. Bien que le législateur ne se soit pas prononcé ouvertement, la Cour pourrait, pour franchir ce pas, s'attacher au libellé même de l'article 18 C.E., qui reconnaît à « tout citoyen... le droit... de séjourner librement sur le territoire des Etats membres » et non sur les territoires des autres Etats membres (28).

13. — L'abus de droit était invoqué au motif que Mme Chen avait sciemment accouché en Irlande en vue de permettre à son enfant d'être citoyenne européenne. Rappelant ses jurisprudences *Micheletti* (29) et *Garcia Avello* (*supra*, note 27), la Cour estime qu'il « n'appartient pas à un Etat membre de restreindre les effets de l'attribution de la nationalité d'un autre Etat membre, en exigeant une condition supplémentaire pour la reconnaissance de cette nationalité en vue de l'exercice des libertés fondamentales prévues par le Traité » (arrêt, pt 39, reproduisant *Micheletti*, pt 10). Ce faisant, n'est-ce pas au tour de la Cour de confondre le droit et son exercice? Si des conditions ne peuvent être ajoutées pour l'accès à la citoyenneté, l'exercice des droits y afférents est parfois soumis, par la Cour, à la condition du « lien réel », par exemple pour les droits sociaux (30). Sans par-

(26) Concl. de l'avocat général Tizzano, 18 mai 2004, pts 88 à 105.

(27) C.J.C.E., 2 oct. 2003, aff. C-148/02, *Garcia Avello*, *Rec.*, p. I-11613; *J.T.D.E.*, 2004, p. 74.

(28) Italiques ajoutées. En revanche, la nouvelle directive 2004/38 limite les bénéficiaires au « citoyen qui [...] séjourne dans un Etat membre autre que celui dont il a la nationalité... » (*infra*, note 39).

(29) C.J.C.E., 7 juill. 1992, aff. C-369/90, *Micheletti*, *Rec.*, p. I-4239. L'avocat général analyse plus en détail la notion d'abus de droit au regard de C.J.C.E., 9 mars 1999, aff. C-212/97, *Centros*, *Rec.*, p. I-1459 et 14 déc. 2000, aff. C-110/99, *Emsland-Stärke*, *Rec.*, p. I-11569.

(30) C.J.C.E., *D'Hoop*, *op. cit.*, note 20 et *Collins*, *op. cit.*, note 21, analysés *infra*, n° 14. En matière de séjour, la Cour a aussi introduit des distinctions critiquables, entre nationaux et citoyens (C.J.C.E., 11 avril 2000, aff. C-356/98, *Kaba I*, *Rec.*, p. I-2623).

ler d'abus de droit, on reconnaît un certain malaise dans l'instrumentalisation de la nationalité. L'avocat général Tizzano relevait que « le problème, si on peut parler de problème, réside dans le critère d'attribution de la nationalité adopté par la législation irlandaise, le *ius soli*, ... on aurait pu tempérer [ce] critère en y ajoutant une condition de résidence stable du parent sur le territoire de l'île d'Irlande » (concl., pts 124-125). L'avocat général ajoute que l'on « pourrait envisager des soupçons d'abus dans presque tous les cas d'acquisition intentionnelle de la nationalité d'un Etat membre, ce qui pourrait paradoxalement amener à soumettre la *jouissance* des droits découlant de la citoyenneté de l'Union à la condition du caractère involontaire de l'acquisition de la nationalité » (concl., pt 127, italiques ajoutées). Précisément, la suggestion faite au législateur national pour les conditions d'accès à la nationalité ne pourrait-elle être reportée en aval par un critère de proximité nécessitant un « lien réel » pour l'exercice des droits liés à la citoyenneté? Il ne s'agit pas de nier la nationalité acquise, ni même de refuser de retenir d'office la nationalité d'un Etat membre lorsqu'un binational possède cette nationalité et celle d'un Etat tiers. Il s'agit, ensuite, de mesurer à l'aune de la proximité et de la proportionnalité l'exercice des droits liés à cette citoyenneté. Ce faisant, la jurisprudence *Micheletti* est respectée si l'on admet que retenir la nationalité d'un Etat membre n'est pas tant l'expression d'une approche fonctionnelle permettant de donner effet au droit communautaire, que la prolongation du critère de la nationalité effective, au titre de nationalité du for au sens de l'article 3 de la Convention de La Haye du 12 avril 1930 pour la codification du droit international en matière de nationalité (31). Dans ce cas, on constate que le « for » concerné est le for européen, en manière telle qu'il y a toujours lieu de retenir la nationalité donnant accès à la citoyenneté européenne (32). Ce n'est qu'ensuite dans l'exercice des droits liés à la citoyenneté que le contrôle de proximité et de proportionnalité vient à s'opérer, tantôt pour le droit de séjour, tantôt pour un droit social, comme dans l'affaire *Collins*.

2. — Collins

14. — Américano-Irlandais, né aux Etats-Unis, Brian Francis Collins a travaillé principalement aux Etats-Unis et en Afrique (note 21). Il a séjourné brièvement pour études et travail occasionnel au Royaume-Uni. Près de vingt ans plus tard, il y revient et se revendique de sa nationalité irlandaise pour bénéficier d'un droit de séjour, chercher un emploi et demander une allocation de recherche d'emploi. Cette allocation lui est refusée pour défaut de résidence habituelle au Royaume-Uni. La Cour considère que la conjonction du statut de demandeur d'emploi avec le « statut fondamental » de ci-

(31) Convention de La Haye, art. 3 « [...] un individu possédant deux ou plusieurs nationalités pourra être considéré par chacun des Etats dont il a la nationalité comme son ressortissant ».

(32) Cette interprétation de *Micheletti* permet de concilier le droit international et le droit communautaire bien qu'elle soit peu conforme à la lettre de l'arrêt (partic. pt 10) et au raisonnement de l'avocat général Tesouro, qui voyait dans la « nationalité effective » une « notion qui remonte à la période romantique des relations internationales » (concl., *Micheletti*, pt 5).

toyen ne permet plus « d'exclure du champ d'application de l'article [39, § 2, C.E.], qui est une énonciation du principe fondamental de l'égalité de traitement garanti par l'article [12, C.E.], une prestation de nature financière destinée à faciliter l'accès à l'emploi sur le marché du travail d'un Etat membre » (arrêt, pt 63). La Cour revoit ainsi sa jurisprudence *Lebon* pour donner effet à la citoyenneté et particulièrement au principe de non-discrimination entre citoyens (33).

L'égalité de traitement est toutefois modalisée par deux principes concurrents : le principe de proximité et le principe de proportionnalité. Le principe de proximité permet de considérer comme « légitime qu'un Etat membre n'octroie une allocation [sociale] qu'après que l'existence d'un lien réel du demandeur d'emploi avec le marché du travail de cet Etat a pu être établie ». La Cour précise que « l'existence d'un tel lien pourrait être vérifiée, notamment, par la constatation que la personne en cause a, pendant une période d'une durée raisonnable, effectivement et réellement cherché un emploi dans l'Etat membre en question » (arrêt, pt 70). C'est reprendre les termes de la jurisprudence *Antonissen* qui se prononçait, non sur le droit social, mais sur le droit de séjour et démontrer par là que le principe de proximité peut s'appliquer aux deux (*supra*, n° 13). Le principe de proportionnalité vient, à son tour, modaliser le principe de proximité considérant que, « si une période de résidence est requise [...], elle ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour [...] s'assurer que l'intéressé est réellement à la recherche d'un emploi », en manière telle que l'application de cette condition de résidence « doit reposer sur des critères clairs et connus à l'avance » et bénéficier « d'une voie de recours de nature juridictionnelle » (arrêt, pt 72) (34).

Les critères de proximité et de proportionnalité, qui permettent à l'Etat d'exiger une certaine durée de résidence avant le bénéfice de droits sociaux, ne paraissent pas contraires à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui a, elle aussi, éliminé le critère de nationalité en matière de droits sociaux, inclus dans le droit de propriété, en ces termes : « seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la

(33) C.J.C.E., 18 juin 1987, aff. C-316/85, *Lebon, Rec.*, p. 2811 : « l'égalité de traitement en ce qui concerne les avantages sociaux et fiscaux ne profite qu'aux travailleurs et non pas aux ressortissants des Etats membres qui se déplacent pour chercher un emploi » (dispositif, pt 3), rappelé dans C.J.C.E., 26 févr. 1991, aff. C-292/90, *Antonissen, Rec.*, p. I-773 par l'avocat général Darmon en ses conclusions, pt 38, tout en expliquant déjà cette exclusion comme suit : « on doit ajouter que la mise en œuvre, par les autorités nationales, du contrôle de la recherche sérieuse, effective et constante d'un emploi devrait [...] permettre de déceler les personnes qui ne recherchent pas vraiment un emploi. Celles-ci [...] ne pourraient alors se prévaloir d'un droit de séjour, même si elles sont arrivées depuis peu de temps sur le territoire de l'Etat membre d'accueil, ni abuser, par conséquent, d'avantages sociaux » (concl., pt 39).

(34) A l'inverse, dans l'affaire *D'Hoop*, la Cour, qui avait déjà utilisé cette notion de « lien réel », avait considéré qu'en l'espèce le critère de la nationalité du diplôme (belge) pour bénéficier d'une allocation de chômage d'attente (en Belgique) était disproportionné, C.J.C.E., 11 juill. 2002, aff. C-224/98, *D'Hoop, Rec.*, p. I-6191.

Convention [européenne des droits de l'homme] une différence de traitement *exclusivement* fondée sur la nationalité » (35). L'adverbe « exclusivement » indique qu'un critère de résidence, qui viendrait s'ajouter au critère de nationalité, pourrait ne pas être condamnable. A la différence de *Collins*, le citoyen désargenté qui n'entre pas dans les catégories d'agent économique sera plus fermement, mais non absolument, exclu du droit de séjour et des droits sociaux.

3. — Trojani

15. — Michel Trojani est un Français sans logis qui vit en Belgique dans un foyer de l'Armée du salut, en exerçant quelques prestations en échange de son hébergement (36). Il dispose d'un titre de séjour provisoire et demande une aide sociale (*minimex*) pour vivre de manière autonome. Celle-ci lui est refusée. Le tribunal du travail de Bruxelles s'interroge sur la conformité de ce refus avec le principe de non-discrimination entre travailleurs (salariés, indépendants ou prestataires de services) ou, tout simplement, entre citoyens européens.

Ecartant l'hypothèse du travailleur indépendant ou du prestataire ou bénéficiaire de service, qui ne correspond pas à la situation de l'intéressé, la Cour abandonne au juge national le soin de décider si Trojani est un travailleur salarié exerçant des activités réelles et effectives contre rémunération, pour se centrer sur la citoyenneté (37). La Cour relève que, « si les Etats membres peuvent conditionner le séjour d'un citoyen de l'Union économiquement non actif à la disponibilité de ressources suffisantes, il n'en découle pas pour autant qu'une telle personne ne peut pas bénéficier, pendant son séjour légal dans l'Etat membre d'accueil, du principe fondamental relatif à l'égalité de traitement, tel que consacré à l'article 12 CE » (pt 40) (38) En d'autres termes : pas de séjour « citoyen » sans moyens de subsistance mais le

(35) Italiques ajoutées. C.E.D.H., 30 sept. 2003, aff. *Koua Poirrez c. France*, req. 40892/98, cette chronique, *J.T.D.E.*, 2004, p. 77, n° 10 et C.E.D.H., 16 sept. 1996, *Gaygusuz c. Autriche, Rec.*, 1996, IV. L'affaire *Koua Poirrez* avait également fait l'objet d'une décision à Luxembourg, se limitant à constater l'existence d'une situation purement interne, C.J.C.E., 16 déc. 1992, aff. C-206/91, *Rec.*, p. I-6685; voy. J. Callewaert, « Paris, Luxembourg, Strasbourg : trois juges, une discrimination. L'interaction entre les ordres juridiques national, communautaire et conventionnel à l'épreuve de la pratique (en marge de l'arrêt *Koua Poirrez*) », *R.T.D.H.*, 2005, p. 159.

(36) C.J.C.E., 7 sept. 2004, aff. C-456/02, *Trojani*, non encore publiée au *Recueil*.

(37) L'avocat général Geelhoed estimait clairement que Trojani n'est pas travailleur (concl., pt 51 à 61).

(38) Plus rigoureux, l'avocat général exigeait un séjour illimité (et non simplement légal) pour qu'il y ait discrimination au regard de la nationalité et non simplement au regard du séjour selon la distinction critiquable et peu transposable de la jurisprudence *Kaba I* (C.J.C.E., 11 avril 2000, aff. C-356/98, *Rec.*, p. I-2623, critiquée in *J.T.D.E.*, 2004, p. 58, n° 18-19) à laquelle renvoie la jurisprudence *Kaba II*, référencée en conclusions, note 34 (C.J.C.E., 6 mars 2003, aff. C-466/00, *Rec.*, p. I-2219). A l'inverse, la Cour avait été moins rigoureuse dans *Martinez-Sala* où elle s'était contentée d'un séjour légal passé (« déjà été autorisée à y résider », pt 60), non d'un séjour légal au moment de la demande de prestations sociales (C.J.C.E., 12 mai 1998, aff. C-85/96, *Martinez-Sala, Rec.*, p. I-2691).

citoyen qui séjourne légalement pourra bénéficier d'une aide sociale en application du principe d'égalité, étant entendu que, dans ce cas, « il ne remplit plus les conditions auxquelles est soumis son droit de séjour » et pourrait être expulsé, mais « pas automatiquement » (pt 45).

4. — Pusa

16. — De même que le demandeur d'emploi, futur travailleur, (*Collins*) le retraité, ancien travailleur, va bénéficier du principe d'égalité accentué par la citoyenneté (*Pusa*, note 21). Heikki Antero Pusa, Finlandais retraité résidant en Espagne subit, en Finlande, une saisie sur sa pension de retraite pour une ancienne dette. Il se plaint de ce que la quotité saisissable est calculée sur le montant brut de sa pension en Finlande, sans déduction des impôts qu'il paye en Espagne en vertu de la Convention contre la double imposition. C'est au regard de la citoyenneté « statut fondamental » (pt 16) que la Cour condamne cette « différence de traitement [qui] ne saurait être justifiée » (pt 33) d'avec le citoyen sédentaire. Est ainsi condamné un désavantage lié à la libre circulation, non une discrimination fondée sur la nationalité. L'Etat peut toutefois exiger de son ressortissant qu'il apporte la preuve de ce qu'il a effectivement acquitté ou est tenu d'acquitter l'impôt dans son pays de résidence. Si le critère de proportionnalité est ainsi traduit, aucun critère de proximité n'est exigé. L'arrêt *Pusa* montre aussi que les questions nouvelles de citoyenneté ne sont pas étrangères aux questions classiques de libre circulation des travailleurs, comme la pension et l'impôt (*infra*, n° 25).

5. — Directive 2004/38

17. — La citoyenneté, statut fondamental, tend sinon à s'affranchir complètement des questions liées aux migrations économiques, du moins à les englober. C'est ce qui a conduit le législateur européen à codifier le droit de séjour des citoyens dans la directive 2004/38 du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres (39). La directive devra être transposée pour le 30 avril 2006 (art. 40). Elle remplace les anciens textes catégoriels et intègre les acquis de la jurisprudence (40).

Le troisième considérant souligne que la citoyenneté de l'Union devrait constituer le statut de base des ressortissants des Etats membres lorsqu'ils exercent leur droit de circuler et de séjourner librement. Il est rappelé qu'il « convient d'éviter que les personnes exerçant leur droit de séjour ne deviennent une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale de l'Etat membre d'accueil pendant une première période de séjour » (considérant 10). Chaque Etat est libre d'accorder ou non des droits sociaux aux citoyens autres que les agents économiques pendant la première période de trois mois ou plus pour les demandeurs d'emploi. Le souci d'équilibre entre droit de

séjour et moyens de subsistance a pour conséquence, selon la formule puisée dans la jurisprudence, qu'une « mesure d'éloignement ne peut pas être la conséquence automatique du recours à l'assistance sociale ». « L'Etat membre d'accueil devrait examiner si, dans ce cas, il s'agit de difficultés d'ordre temporaire et prendre en compte la durée du séjour, la situation personnelle et le montant de l'aide accordée, afin de déterminer si le bénéficiaire constitue une charge déraisonnable pour son système d'assistance sociale et de procéder, le cas échéant, à son éloignement » (considérant 16 et art. 14). En outre, la directive exclut l'éloignement de l'agent économique, en ce compris le demandeur d'emploi, pour toute autre raison que l'ordre public ou la sécurité publique (*idem*). Comme en écho de l'affaire *Chen*, chaque Etat peut « adopter des mesures nécessaires pour se préserver de l'abus de droit ou de la fraude » (considérant 28 et art. 35). Les mariages blancs sont expressément visés.

On notera deux nouveautés relatives à la famille. La notion de conjoint est élargie au partenariat enregistré, si celui-ci est reconnu par la législation de l'Etat membre d'accueil (considérant 5 et art. 2, § 2, b). Par ailleurs, un droit autonome au séjour est expressément reconnu aux membres de la famille après décès, départ ou dissolution du lien conjugal moyennant certaines conditions de durée (un an pour le décès, trois ans pour la dissolution) ou de circonstances (violence, garde des enfants...) (art. 12-13).

Trois types de séjour sont envisagés. Premièrement, le séjour de moins de trois mois acquis sans aucune formalité. Deuxièmement, le séjour de trois mois à cinq ans conditionné par un enregistrement si l'Etat d'accueil l'exige et la possession de moyens de subsistance suffisants. Troisièmement, c'est la principale nouveauté, au-delà de cinq ans de résidence dans un Etat, tout citoyen y bénéficie d'un droit de séjour permanent, qui est inconditionnel et n'est donc plus soumis à la condition des moyens de subsistance suffisants. Il est trop tôt pour juger des mesures de transposition prises par les Etats membres (41). La directive rappelle qu'elle « respecte les droits et libertés fondamentaux » (considérant 31). La jurisprudence en donne également quelques exemples.

B. — Droits fondamentaux (aff. *Orfanopoulos*)

18. — Les droits fondamentaux tracent de plus en plus fréquemment leur grille de lecture dans l'interprétation des violations du droit communautaire. Tant le droit communautaire que les droits de l'homme concernés peuvent varier. Ainsi, en matière de libre circulation des marchandises, la liberté d'expression doit être respectée. Cela ne conduit pas à condamner la législation nationale autrichienne, qui interdit toute référence au fait que la marchandise provient d'une faillite, lorsqu'est annoncée la vente de marchandises issues d'une faillite, mais qui ne font plus partie de la masse de celle-ci (*Karner*) (42).

(41) Le réseau Odysseus et le département de droit international de l'U.C.L. consacrent un colloque à cette directive, à Louvain-la-Neuve, le 22 avril 2005, www.ulb.ac.be/assoc/odysseus.

(42) C.J.C.E., 25 mars 2004, aff. C-71/02, *Herbert Karner Industrie*, non encore publiée au *Recueil*.

Ce contrôle des droits fondamentaux s'accroît lorsque sont en cause des droits qui touchent plus directement le citoyen. Cela ne va pas jusqu'à accepter la procédure accélérée pour garantir le droit de vote des Néerlandais résidents d'Aruba, dans l'éventualité d'un futur référendum qui serait organisé aux Pays-Bas sur le projet de traité établissant une constitution pour l'Europe (*Eman*) (43), ni à modifier, en raison du droit à un recours effectif, la jurisprudence *Pequeños Agricultores* (44) refusant d'élargir l'accès d'une personne au recours en annulation, si elle n'est directement et individuellement concernée « même s'il s'avérait que les règles procédurales nationales n'autorisent le particulier à mettre en cause la validité de l'acte communautaire constaté qu'après avoir enfreint celui-ci » (*Jégo-Quéré*) (45).

En revanche, la condamnation pour violation de « l'effet utile des garanties procédurales » est acquise lorsque la transparence citoyenne est violée, parce que le refus d'accès à certains documents a été absolu, sans examen des possibilités d'accès partiel à ces documents (*Mattila*) (46). De même, en matière de pension de survie, l'égalité de traitement entre hommes et femmes a pour conséquence qu'un transsexuel doit pouvoir épouser une personne de son ancien sexe, conformément à la jurisprudence *Goodwin* de la Cour européenne des droits de l'homme (47), pour lui permettre de bénéficier de la pension de survie réservée, au Royaume-Uni, au seul conjoint marié survivant (48).

19. — La référence aux droits de l'homme s'aiguise encore lorsqu'il convient de mesurer une exception à la libre circulation fondée sur l'ordre public. En matière de libre circulation des services, « le droit communautaire ne s'oppose pas à ce qu'une activité économique, consistant en l'exploitation commerciale de jeux de simulation d'actes d'homicides, fasse l'objet d'une mesure nationale d'interdiction adoptée pour des motifs de protection de l'ordre public, en raison du fait que cette activité porte atteinte à la dignité humaine » (*Omega*) (49).

(43) C.J.C.E., ordonnance du président, 23 août 2004, aff. C-300/04, *Eman*, non encore publiée au *Recueil*.

(44) C.J.C.E., 25 juill. 2002, aff. C-50/001, *Union de Pequeños Agricultores*, *Rec.*, p. I-6677. Sur l'ordonnance du Tribunal de première instance et l'évolution de la jurisprudence, voy. P. Nihoul, « Le recours des particuliers contre les actes communautaires de portée générale - Nouveaux développements dans la jurisprudence », *J.T.D.E.*, 2003, p. 38; R. Mehdi, « La recevabilité des recours formés par les personnes physiques et à l'encontre d'un acte de portée générale : l'aggiornamento n'aura pas lieu », *R.T.D.E.*, 2003, p. 23; P. Gilliaux, « L'arrêt *Union de Pequeños agricultores* : entre subsidiarité juridictionnelle et effectivité », *C.D.E.*, 2003, p. 177.

(45) C.J.C.E., 1^{er} avril 2004, aff. CC-263/02P, *Jégo-Quéré*, non encore publiée au *Recueil*, pt 35.

(46) C.J.C.E., 22 janv. 2004, aff. C-353/01P, *Mattila*, non encore publiée au *Recueil*.

(47) C.E.D.H., 11 juill. 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni*, *Rec. Arrêts et décisions*, 2002, VI.

(48) C.J.C.E., 7 janv. 2004, aff. C-117/01, *K.B.*, non encore publiée au *Recueil*; *J.T.D.E.*, 2004, p. 81.

(49) C.J.C.E., 14 oct. 2004, aff. C-36/02, *Omega Spielhallen*, non encore publiée au *Recueil*. Sur la dignité humaine dans les jeux, comparez avec les affaires de « lancer de nains », qui posaient des questions plus complexes de concurrence entre le respect de la dignité humaine et la liberté individuelle s'agissant

(39) *J.O.*, 2004, L 158/77 et *J.O.*, 2004, L 229/35 comportant un rectificatif précisant la date de transposition.

(40) Règlement 1612/68 pour les articles 10 et 11, et l'ensemble du texte pour les directives 64/221, 68/360, 72/194, 73/148, 75/34, 75/35, 90/364, 90/365, 93/96. Dans l'affaire *Collins* (*supra*), l'avocat général Colomer tirait argument de la non-abrogation totale du règlement 1612/68 pour justifier les limites à l'ouverture des droits sociaux.

En conséquence, la police de Bonn peut interdire une installation « laserdrome » où, au moyen de mitraillettes à laser, l'on « joue à tuer des personnes ». Pour mesurer la dignité humaine, la Cour nuancé quelque peu sa jurisprudence *Schindler* (50) précise, sur demande du juge national, qu'il ne faut pas nécessairement « une conception partagée par l'ensemble des Etats membres [...] pour apprécier la proportionnalité de toute mesure nationale qui restreint l'exercice d'une activité économique » (pt 37) (51).

L'exception d'ordre public évaluée à l'aune des droits fondamentaux s'inscrit également dans la libre circulation des personnes pour les affaires jointes *Orfanopoulos et Oliveri* (52). La question porte sur l'expulsion d'Allemagne de deux toxicomanes, l'un grec, l'autre italien, pour motif d'ordre public, avec la circonstance, notamment, que le premier a épousé une Allemande et que le second, né en Allemagne, est gravement malade (V.I.H./sida). L'examen des éléments de fait relève d'une analyse assez classique de la proportionnalité au regard de la violation de la vie familiale en cas d'expulsion (art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme), telle que pratiquée par la Cour européenne des droits de l'homme, dont la Cour de justice cite une jurisprudence (53). Cela permet aussi à la Cour de rappeler que toute mesure d'ordre public doit, pour être justifiée, « être fondée exclusivement sur le com-

portement personnel de l'individu », car « la notion d'ordre public suppose l'existence, en dehors du trouble pour l'ordre social que constitue toute infraction à la loi, d'une menace réelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société » (pt 66). Cette menace doit être « actuelle » (pt 67), c'est-à-dire être appréciée « à l'époque ou intervient l'expulsion » (pt 79), en manière telle que ne peut être acceptée « l'expulsion du territoire [qui] est prononcée de manière automatique à la suite d'une condamnation pénale » (pt 70). Il appartient au juge national de décider si, selon sa législation, cette sanction est automatique et si la décision est soumise à un avis indépendant ou à un recours qui permet « un examen exhaustif de l'opportunité de la mesure envisagée » (pt 110) et non un simple contrôle de légalité (pt 113). On notera, qu'en Belgique, si le contrôle exercé par le Conseil d'Etat en matière d'expulsion des étrangers est un « simple » contrôle de légalité, celui-ci ne doit pas être jugé contraire au droit communautaire, dans la mesure où, d'une part, il y va d'un contrôle de légalité externe et interne, et que, d'autre part, l'expulsion d'un citoyen européen est, en principe, soumise à l'avis préalable de la commission consultative des étrangers.

La directive 2004/38 sur la libre circulation des citoyens (*supra*, n° 17) confirme l'évolution de la jurisprudence tendant à restreindre l'usage de l'exception d'ordre public. Ainsi, selon l'article 27, § 2, alinéa 2, « le comportement de la personne concernée doit représenter une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société ». La directive va plus loin en renforçant la protection du citoyen européen résident de longue durée. D'une part, s'il bénéficie du droit de séjour permanent — acquis après cinq ans — seules des « raisons impérieuses d'ordre public ou de sécurité publique » permettraient l'expulsion. D'autre part, s'il séjourne depuis plus de dix ans ou est mineur d'âge, seuls « des motifs graves de sécurité publique » permettraient l'expulsion (art. 28, §§ 2 et 3).

C'est encore au regard de la citoyenneté européenne que l'affaire *Orfanopoulos* apporte deux précisions intéressantes. La première est, une fois de plus, la référence même à cette citoyenneté comme « statut [qui] a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des Etats membres » (pt 65), avec pour conséquence de renforcer « une interprétation particulièrement restrictive des dérogations » à la liberté de circuler (*idem*). La deuxième précision concerne le rôle du juge national dans la détermination du statut qui favorisera au mieux la libre circulation de la personne. En effet, « il appartient à la juridiction de renvoi d'établir sur quelles dispositions de droit communautaire, outre l'article 18, § 1^{er}, CE, un ressortissant d'un Etat membre [...] peut, le cas échéant, s'appuyer » (pt 54 et dispositif, pt 4). En d'autres termes, la libre circulation ouverte à tout citoyen bien que reposant sur un statut fondamental, demeure la bouée de secours générale. D'autres statuts, comme celui de travailleur ou de demandeur d'emploi, offrent parfois une protection renforcée qu'il appartient au juge national d'activer (54).

(54) Ainsi, dans C.J.C.E., 16 déc. 2004, aff. C-293/03, *My*, non encore publiée au *Recueil*, la Cour considère que « l'article 18 C.E. qui énonce, de manière générale, le droit pour tout citoyen de l'Union de cir-

20. — La Cour a rappelé que le travailleur est celui qui exerce des prestations réelles et effectives contre rémunération, sous la direction de quelqu'un (55). Cette définition ne fait plus guère l'objet de débats de principe. Il appartient au juge national d'en évaluer la concrétisation dans chaque cas d'espèce. En revanche, il reste quelques débats sur la reconnaissance des formations et diplômes (1^o) ainsi que sur les effets de la libre circulation en matière de sécurité sociale et de fiscalité (2^o).

1. — **Reconnaissance des formations, des diplômes, des permis**
(*aff. Commission c. Portugal, c. France, c. Espagne, Beuttenmüller, Krüger*)

21. — La Commission est encore amenée à attaquer les Etats qui entendent protéger leur marché du travail en réservant certains emplois ou services à des entreprises nationales par des agréments préalables détournant la législation communautaire en matière de professions. Les actions de la Commission visent la reconnaissance générale des formations professionnelles et des diplômes (56). Ainsi, le Portugal est condamné en manquement pour sa législation relative au secteur des services de sécurité (57). Cette législation est contraire aux trois libertés de circulation (travail, établissement, services), en exigeant notamment comme conditions que les opérateurs étrangers qui exercent au Portugal soient des personnes morales, y disposent d'un siège ou d'un établissement permanent et d'une autorisation délivrée par les autorités portugaises, sans qu'il soit tenu compte des justifications et garanties déjà présentées dans l'Etat membre d'origine. La Belgique avait été condamnée de même pour sa législation sur les entreprises de gardiennage (58). La France est condamnée pour sa législation relative à la profession d'éducateur spécialisé dans la fonction publique hospitalière et dans la fonction publique territoriale (59). A l'occasion de cette affaire, la Cour rappelle que, selon sa jurisprudence *Morgenbesser* de 2003 (60), la prise en considération de la qualification professionnelle pour accéder à une profession réglementée doit se baser non seulement sur les diplômes, mais aussi sur l'expérience professionnelle

culer et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, trouve une expression spécifique dans l'article 39 CE... [en manière telle que]... dans la mesure où la juridiction de renvoi interroge également la Cour sur l'interprétation à donner de cette dernière disposition, il convient d'abord de se prononcer sur ce point » (pt 33).

(55) C.J.C.E., 7 sept. 2004, aff. *Trojani*, *op. cit.*, note 36, ici pt 15.

(56) Notamment, la directive 92/51 du 18 juin 1992 relative à un deuxième système général de reconnaissance des formations professionnelles, *J.O.*, 1992, L 209/25 et la directive 89/48 du 21 décembre 1988 relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur, qui sanctionne des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans (bac +3), *J.O.*, 1989, L 19/6.

(57) C.J.C.E., 29 avril 2004, aff. C-1711/02, *Commission c. Portugal*, non encore publiée au *Recueil*.

(58) C.J.C.E., 9 mars 2000, aff. C-355/98, *Commission c. Belgique*, *Rec.*, p. I-1221.

(59) C.J.C.E., 7 oct. 2004, aff. C-402/02, *Commission c. France*, non encore publiée au *Recueil*.

(60) C.J.C.E., 13 nov. 2003, aff. C-313/01, *Morgenbesser*, non encore publiée au *Recueil*; *J.T.D.E.*, « Chronique », 2004, p. 79, pt 16.

de personnes naines voulant exercer cette profession (Comité dr. h. Nations unies, 15 juill. 2002, *Wackenheim c. France*, *R.T.D.H.*, 2003, p. 1017, obs. M. Levinet). Le même type de débat peut entourer la prostitution.

(50) C.J.C.E., 24 mars 1994, aff. C-275/92, *Schindler*, *Rec.*, p. I-1039.

(51) Il est intéressant de rapprocher les arrêts *Karner* (*supra*, note 42) et *Omega*. Dans *Karner*, la Cour a préféré se placer sur le terrain de la libre circulation des marchandises et, dans *Omega*, pour un motif de fait peu convaincant, sur celui de la libre circulation des services (pt 27). Les deux arrêts adoptent une position souple pour écarter l'argument d'irrecevabilité tiré de la situation purement interne par la prise en compte de « l'entrave potentielle au commerce intra-communautaire » (*Karner*, pt 20) ou de la restriction au « développement futur de relations contractuelles » (*Omega*, pt 21).

(52) C.J.C.E., 29 avril 2004, aff. C-482/01 et C-493/01, *Orfanopoulos et Oliveri*, non encore publiée au *Recueil*.

(53) C.E.D.H., 2 août 2001, *Boutif*. D'autres jurisprudences auraient pu inspirer la C.J.C.E., notamment au regard de la violation de la vie privée. Pour des synthèses de jurisprudence, voy. S. Sarolea, « Quelles vies privée et familiale pour l'étranger? Pour une protection non discriminatoire de ces vies par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.Q.D.I.*, 2000, vol. 13.1, p. 247, et P.-F. Docquir, « Droit à la vie privée et familiale des ressortissants étrangers : vers la mise au point d'une protection floue du droit de séjour? », *R.T.D.H.*, 2004, p. 921. Dans le cas d'espèce, la situation de santé de M. Oliveri, dont l'arrêt relève « qu'il devrait bientôt succomber à sa maladie » et ajoute, de façon assez étonnante, qu'il « serait à craindre qu'il ne recevrait pas les soins médicaux appropriés et nécessaires en Italie » (pt 38), aurait pu être examinée au regard de C.E.D.H., 2 mai 1997, *D. c. Royaume-Uni*, et la précision de recours particuliers à l'encontre de l'expulsion de citoyens européens justifiée comme n'étant pas une discrimination fondée sur la nationalité au regard de la Cour européenne des droits de l'homme, 7 août 1996, *C. c. Belgique*.

(pt 45). Une semaine plus tard, devant la même chambre, l'Espagne échappe à la condamnation en manquement pour sa législation en matière de contrôleurs aériens, le recours de la Commission étant déclaré irrecevable (61). La Cour considère que celle-ci ne l'a pas mise en mesure de statuer utilement en visant conjointement les deux directives (bac +3 et formations professionnelles), sans préciser les manquements respectifs à l'une ou à l'autre et en modifiant, en cours de procédure, les arguments justifiant l'application de l'une ou de l'autre (62). La Commission n'avait guère procédé différemment dans les autres procédures. Sans doute, la Cour a-t-elle profité, pour rappeler à la Commission la nécessaire précision de ses actions en manquement, de ce que, en l'espèce, la violation du droit communautaire par l'Espagne était moins flagrante. En effet, si l'Espagne a manqué d'intégrer la profession de contrôleur aérien dans la liste des professions réglementées, les conditions d'accès à cette profession ne paraissent pas comporter de critères indirectement discriminatoires comme dans les autres législations ayant emporté condamnation.

22. — Plus complexe est la reconnaissance de diplômes lorsque la durée du cycle d'études se modifie dans le temps. Tel est l'objet de l'affaire *Beuttenmüller* (63). L'administration supérieure des écoles de Stuttgart refuse de reconnaître, pour la détermination de son grade, l'équivalence du diplôme d'enseignant des écoles primaires que Mme Beuttenmüller, institutrice autrichienne venue s'installer en Allemagne, avait obtenu en Autriche, en 1978, au motif que l'intéressée a obtenu son diplôme d'institutrice après deux années d'études et non trois comme en Allemagne. Or, en Autriche aussi, la durée d'étude a été allongée de deux à trois ans; mais, pour sauvegarder les droits acquis, les lauréats des anciens cours bénéficient des mêmes droits en ce qui concerne l'accès à la profession et son exercice. En conséquence, les autorités autrichiennes délivrent une attestation, selon laquelle le diplôme obtenu après un cycle de deux ans est équivalent au diplôme actuel obtenu après un cycle de trois ans. Dans ces conditions, la Cour impose de reconnaître l'équivalence de ce diplôme sur pied de la directive 89/48 dont l'article 1^{er}, a, alinéa 2, assimile au diplôme obtenu après trois années d'études, le diplôme qui « sanctionne une formation [...] reconnue par une autorité compétente dans cet Etat membre [d'origine], comme étant de niveau équivalent et qu'il y confère les mêmes droits d'accès à une profession réglementée ou d'exercice de celle-ci ». Il appartiendra à la juridiction nationale de déterminer si ces conditions sont remplies mais la Cour précise qu'est ainsi sauvegardé « le droit d'exercer une profession réglementée et non pas la rémunération et les autres conditions de travail », malgré l'usage du mot « exercice »,

qui avait pour seul objet de sauvegarder les droits acquis par la poursuite de l'exercice de la profession (pt 44).

Il n'est pas certain, qu'en l'espèce, ce n'était pas, précisément, au regard de l'exercice d'une activité professionnelle, et non de l'accès à cette activité, qu'il convenait de raisonner. Il ressort de l'exposé des faits que Mme Beuttenmüller a exercé, en Allemagne « les fonctions d'institutrice » et « d'enseignant dans les écoles publiques ». Ce qui est en cause n'est pas l'accès à ces fonctions mais le grade barémique qui lui est reconnu, ou plutôt refusé, par l'administration supérieure des écoles. En matière de profession, qu'elle soit réglementée ou non, comme en matière de fonction publique, seul l'accès à une profession, non son exercice, pourrait être soumis à certaines conditions. S'agissant de l'administration allemande des postes, la Cour soulignait, il y a trente ans, dans l'affaire *Sotgiu*, que les intérêts que l'exception fonction publique permet aux Etats membres de protéger « sont satisfaits par la possibilité de restreindre l'admission de ressortissants étrangers à certaines activités dans l'administration publique », ajoutant que « par contre, cette disposition ne saurait justifier des mesures discriminatoires en matière de rémunération ou d'autres conditions de travail à l'encontre de travailleurs *une fois admis* au service de l'administration » (64). Ne faut-il pas raisonner de même, *a fortiori* lorsque l'exception fonction publique n'est même pas invoquée par l'Etat concerné?

23. — On notera, par ailleurs, que pour juger des droits de l'intéressée, la Cour donne effet direct à certaines dispositions des deux directives (89/48 et 92/51) (pt 49, 50, 54, 59) tout en rappelant, d'une part, que la première (bac +3) doit l'emporter sur la seconde (bac +1) (pt 60) et, d'autre part, que si le particulier peut se prévaloir directement des dispositions « inconditionnelles et suffisamment précises » (pt 54), l'Etat « qui a manqué à l'obligation qui lui incombe de transposer dans son ordre juridique national les dispositions d'une directive ne peut pas opposer aux citoyens communautaires les limitations qui découlent de ces dispositions, pas plus qu'il ne peut exiger d'eux l'exécution d'obligations prévues par cette directive » (pt 63). En conséquence, l'Allemagne ne peut utiliser la dérogation à la reconnaissance d'un diplôme motivée par le fait que, chez elle, ce diplôme ne serait acquis qu'après quatre années d'études, conformément à l'article 3, dernier alinéa, de la directive 92/51, outre qu'en l'espèce, la Cour n'accepte pas que trois années d'études plus une année de stage professionnel constitueraient « un cycle d'études postsecondaires d'une durée supérieure à quatre ans » au sens de cet article (pt 64).

Bien que ces dispositions ne soient pas nécessairement applicables à tout diplôme et à toute situation, les raisonnements relatifs à l'équivalence de diplômes pour des cycles de durée différente dans le pays d'origine pourraient inspirer des raisonnements similaires sur les modifications de titres par application anticipée des réformes liées au processus de Bologne. Ainsi, certaines universités françaises, qui

délivraient un titre, de maîtrise après quatre années d'études, délivrent déjà un titre de maîtrise un, la cinquième année constituant un master deux. En conséquence, les étudiants communautaires qui, avec une maîtrise française de quatre ans, étaient admis en troisième cycle en Belgique (D.E.S.) rencontrent aujourd'hui des difficultés s'ils proviennent d'une des rares universités délivrant déjà un diplôme master un, non s'ils proviennent d'une université délivrant encore un diplôme de maîtrise. Si, en 2008, une fois l'ensemble du cycle de Bologne établi, ce refus d'inscription en troisième cycle se justifiera en l'absence d'un diplôme mentionnant cinq années d'études (3 + 2), dans la période transitoire, ce refus introduit entre étudiants communautaires une discrimination à raison de la seule appellation du titre choisi par l'université d'origine. Une attestation de l'autorité de l'Etat d'origine du diplôme, certifiant l'équivalence entre le master un et la maîtrise, devrait permettre, pour la période transitoire, l'accès au troisième cycle.

24. — La reconnaissance mutuelle concerne aussi, en matière de libre circulation des personnes, les permis de conduire. La Cour doit rappeler, singulièrement à l'égard des Pays-Bas, que le droit communautaire « s'oppose à une réglementation d'un Etat membre qui prévoit, dans certaines circonstances, à la charge des titulaires d'un permis de conduire délivré par un autre Etat membre [en l'espèce, un permis à durée illimitée délivré par l'Allemagne], qui se sont établis sur son territoire, une obligation d'échanger ledit permis contre un permis de conduire national (en l'espèce hollandais, valable dix ans) » (65). Il peut certes en résulter des discriminations à rebours pour les Hollandais, mais celles-ci, selon une jurisprudence constante qui résiste mal au développement de la citoyenneté européenne comme statut fondamental, « doivent être résolues dans le cadre du système juridique interne dudit Etat » (pt 36). Faut-il rappeler que, en 1982, dans ses conclusions sur l'affaire *Morson et Jhanjan*, l'avocat général Sir Gordon Slynn avait justifié le caractère « absurde » des conséquences de l'exclusion des situations purement internes par le motif que « les droits qui découlent du Traité reposent sur le principe de la libre circulation des travailleurs et non sur un droit de séjour, sur tout le territoire de la Communauté (66)? Aujourd'hui, n'y a-t-il pas un droit de séjour sur tout le territoire de la Communauté? Toute-

(65) C.J.C.E., 29 janv. 2004, aff. C-253/01, *Krüger*, non encore publiée au *Recueil*, dispositif.

(66) C.J.C.E., 27 oct. 1982, aff. C-35 et 36/82, *Morson et Jhanjan*, concl., 6 oct. 1982, *Rec.*, p. 3723. Dans C.J.C.E., 16 déc. 2004, aff. C-293/03, *My*, non encore publiée au *Recueil*, la Cour a refusé, comme le proposait la Commission, d'assimiler une période d'activité dans un service public international (en l'espèce, le Conseil des Communautés à Bruxelles), à une période de travail dans le service public d'un autre Etat membre (que la Belgique). Refusant cette « fiction juridique » (pt 42), la Cour règlera les droits à la pension de ce fonctionnaire européen non sur pied de la libre circulation mais sur pied de l'article 10 CE et du statut des fonctionnaires. Toutefois, selon l'expression de l'avocat général Tizzano, l'on peut considérer que « bien que M. My n'ait pas franchi de frontière physique à l'intérieur de l'Union pour travailler auprès du Conseil, il a de fait franchi une frontière juridique, en passant d'un ordre juridique national à un autre ordre juridique, internationalement reconnu » (concl., 9 sept. 2004, pt 91).

(61) C.J.C.E., 14 oct. 2004, aff. C-55/03, *Commission c. Espagne*, non encore publiée au *Recueil*.

(62) Voy. également C.J.C.E., 7 sept. 2004, aff. C-469/02, *Commission c. Belgique*, *infra*, n° 26, où la Cour, tout en condamnant pour manquement, déclare irrecevables certains griefs qui « n'ont été formulés qu'à une date ultérieure à l'envoi de l'avis motivé » alors qu'ils étendent ou modifient l'objet du litige (pt 18 et 19).

(63) C.J.C.E., 29 avril 2004, aff. C-102/02, *Beuttenmüller*, non encore publiée au *Recueil*.

(64) C.J.C.E., 12 févr. 1974, aff. C-152/73, *Sotgiu*, *Rec.*, p. 153, pt 4 (italiques ajoutées); reproduit dans C.J.C.E., 15 mars 1989, aff. jointes C-389/87 et 390/87, *Echternach et Moritz*, *Rec.*, p. 723, pt 14.

fois, en l'espèce, il n'y a pas vraiment discrimination à rebours car l'interdiction d'imposer l'échange du permis de conduire ne supprime pas le contrôle des conditions imposées par la législation du pays d'accueil, les Pays-Bas, relatives au renouvellement du permis de conduire, et il appartient au titulaire du permis étranger de rapporter la preuve qu'il remplit ces conditions.

2. — *Sécurité sociale et fiscalité*
(*aff. Commission c. Belgique,*
Betriebskrankenkasse der Robert Bosch,
Commission c. Grèce, Gaumain-Cerri,
Skalka, Baldinger)

D'autres chroniques du *J.T.D.E.* étant consacrées à la sécurité sociale et à la fiscalité, seuls quelques arrêts importants liés à la libre circulation sont ici mentionnés (67).

25. — S'agissant du remboursement des frais médicaux, la Cour avale la pratique d'une caisse allemande d'assurance maladie « consistant à rembourser intégralement les frais médicaux exposés par ses affiliés à l'occasion d'un séjour dans un autre Etat membre, lorsque ces frais n'excèdent pas un montant de 200 DEM » (68). Cette pratique, plus souple que la procédure de substitution prévue au règlement 574/72 (69) à défaut de remboursement sur place, correspond, tout bien pesé, à « l'objet de contribuer à faciliter la libre circulation » (pt 19) (70).

26. — La Belgique est condamnée en manquement pour sa législation, qui n'avait été que partiellement modifiée (71), soumettant l'octroi et le paiement des allocations d'interruption de carrière à la condition que la personne concernée ait sa résidence ou son domicile en Belgique (72). Comme moyen de défense, la Belgique avait notamment affirmé que l'interruption de carrière « ne pouvait en aucun cas être assimilée à une forme de chô-

mage indemnisé » (pt 6). Or, la Cour sera vraisemblablement amenée à se prononcer également sur la condition de résidence en Belgique pour le bénéfice des allocations de chômage. Selon une question du tribunal du travail de Bruxelles, une telle condition pourrait être contraire au principe de liberté de circulation des citoyens lorsque, comme en l'espèce, il y va d'une personne dispensée de pointage qui ne doit plus être disponible sur le marché de l'emploi : faut-il encore, dans ce cas, considérer que la condition de résidence est constitutive d'un « lien réel » nécessaire (73)?

27. — Telle n'est en tout cas pas la position de la Cour à propos de l'assurance vieillesse d'une personne assistant une personne dépendante. Le refus par l'organisme d'assurance, qui paye l'assurance dépendance d'une personne handicapée, de prendre en charge les cotisations d'assurance vieillesse de la tierce personne qui assiste la personne dépendante, au motif que cette tierce personne, ou éventuellement la personne handicapée elle-même, réside sur le territoire d'un autre Etat membre est contraire au droit communautaire (74). Si, pour ce faire, la Cour qualifie ces prestations de prestations maladie en espèces (pt 27), c'est surtout en s'abstenant d'examiner la qualité de travailleur au sens de l'article 39 C.E., des tierces personnes assistantes que la Cour innove, considérant qu'il suffit de constater que « ces tierces personnes ont la citoyenneté de l'Union conférée par l'article 17 C.E. » (pt 33). Si la formule de la citoyenneté comme statut fondamental n'est pas reproduite, ses conséquences le sont « le statut de citoyen de l'Union permet à ceux des ressortissants des Etats membres qui se trouvent dans la même situation d'obtenir dans le domaine d'application du traité, sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique » (pt 34). C'est par référence expresse à l'affaire *D'Hoop* que la Cour reproduit ce principe d'égalité (75). Toutefois, à la différence de l'affaire *D'Hoop*, la Cour va considérer, qu'en l'espèce, « le critère de résidence [...est constitutif...] d'une discrimination » (pt 35) sans examiner expressément la proportionnalité éventuelle de l'exigence d'un « lien réel », mais en se contentant d'évoquer « la finalité de l'activité exercée par la tierce personne ».

28. — C'est également la finalité d'une prestation en faveur d'anciens prisonniers de guerre qui permet, inversement, de la limiter aux nationaux de l'Etat concerné, car il s'agit de prestations « liées aux services rendus par les citoyens en temps de guerre à leur propre pays et dont le but essentiel est d'offrir à ceux-ci un avantage en raison des épreuves endurées pour ce pays » (76). En l'espèce, M. Baldinger enga-

gé à l'âge de dix-huit ans dans la Deutsche Wehrmacht, de janvier à mai 1945, détenu deux ans et demi en U.R.S.S., ne pourra bénéficier de l'indemnité que la loi autrichienne accorde à ses nationaux, anciens prisonniers de guerre car, installé en Suède, il a renoncé à sa nationalité autrichienne pour devenir suédois. La vraie interrogation, du point de vue de la discrimination, consistait à comparer son cas à celui d'un Autrichien, qui se serait installé dans un autre Etat membre, comme la Belgique, dont il aurait pu acquérir la nationalité sans renoncer à sa nationalité d'origine.

29. — Quelques arrêts concernent les pensions. La Grèce est condamnée en manquement pour non-transposition de la directive 98/49 relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire des travailleurs salariés et non salariés qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (77).

L'affaire *Skalka*, du nom d'un Autrichien retraité à Ténériffe, exclut que le retraité puisse trouver les moyens de subsistance suffisants nécessaires à sa libre circulation dans un « supplément compensatoire », qui complète la pension de retraite insuffisante (78). Ce « supplément compensatoire » est, en effet, une prestation spéciale non contributive au sens de l'article 4, § 2bis du règlement 1408/71, en manière telle que son bénéfice peut être soumis à une condition de résidence dans le pays d'octroi, en l'espèce l'Autriche. Il y a, là aussi, une forme implicite de « lien réel » avec le pays qui accorde un droit social. « Nous n'irons pas tous à Ténériffe » pourrait en être le refrain.

30. — Dans le domaine fiscal, la Cour est également amenée à rappeler que toute entrave disproportionnée à la libre circulation est condamnable. La distinction entre l'entrave discriminatoire indirecte et l'entrave indistinctement applicable n'est pas toujours claire et, ici comme ailleurs, le principe de proportionnalité devrait être affiné par une présomption de disproportionnalité, lorsque l'entrave est discriminatoire et, inversement, de proportionnalité lorsqu'elle est indistinctement applicable. La Cour condamne pour violation de l'article 39 CE la déduction fictive d'un impôt dans l'Etat d'emploi (Allemagne), pour le calcul d'une allocation complémentaire temporaire, qui va frapper plus fortement le travailleur résident dans un autre Etat membre où il est imposé (79) ou encore une imposition forfaitaire qui ne permet aucun abattement lorsque la résidence dans l'Etat d'accueil (Suède) est limitée dans le temps (80). En revanche, n'est pas contraire à l'article 39 CE une taxe indirecte sur le véhicule importé (en Autriche) par un travailleur, cette taxe sur la consommation étant calculée à

(67) En 2003, voy. M. De Wolf et J. Malherbe, « Droit fiscal (1^{er} mars 2002 - 1^{er} mars 2003) », *J.T.D.E.*, 2003, p. 173 et, pour une présentation générale de la jurisprudence, J.-P. Kepenne et S. Van Raepenbusch, « Les principaux développements de la Cour de justice et du Tribunal de première instance, année 2003 », *C.D.E.*, 2004, n° 3-4, p. 437 et n°s 5-6 à paraître.

(68) C.J.C.E., 14 oct. 2004, aff. 193/03, *Betriebskrankenkasse der Robert Bosch*, non encore publiée au *Recueil*.

(69) Règlement 574/72 du 21 mars 1972 fixant les modalités d'application du règlement 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (*J.O.*, L 74/1), dans sa version modifiée et mise à jour par le règlement 2001/83 du 2 juin 1983, tel que modifié par le règlement 1399/1999 du 29 avril 1999 (*J.O.*, L 164/1). On notera qu'en 2004, le règlement 1408/71, plusieurs fois modifié, a été remplacé par le règlement 883/2004 du 29 avril 2004 portant coordination des systèmes de sécurité sociale, *J.O.*, 2004, C 166/1.

(70) Objectif que la Cour avait déjà relevé dans différentes affaires, en cas de pratiques de remboursement plus avantageuses pour les affiliés, dont C.J.C.E., 12 juill. 2001, aff. C-368/98, *Kranbrackel e.a.*, *Rec.*, p. I-5363, pt 36.

(71) A.R. 12 déc. 2001, *M.B.*, 18 déc. 2001, p. 43639.

(72) C.J.C.E., 7 sept. 2004, aff. C-469/02, *Commission c. Belgique*, non encore publiée au *Recueil*.

(73) T.T. Bruxelles, 8 sept. 2004, aff. *De Cuyper*, R.G. n° 1203/01-1810/01, non publié.

(74) C.J.C.E., 8 juill. 2004, aff. C-502/01 et C-3/02, *Gaumain-Cerri et Barth*, non encore publiée au *Recueil*.

(75) C.J.C.E., 11 juill. 2002, aff. C-224/98, *D'Hoop*, *Rec.*, p. I-6191, pt 28.

(76) C.J.C.E., 16 sept. 2004, aff. C-386/02, *Baldinger*, non encore publiée au *Recueil*. Pour une autre affaire militaire, relative au droit à des allocations de chômage dans le pays de résidence (Allemagne) après avoir effectué un service militaire dans le pays de nationalité (Espagne), voy. C.J.C.E., 11 nov.

2004, aff. C-372/02, *Adanez-Vega*, non encore publiée au *Recueil*.

(77) *J.O.*, 1998, L 209/46; C.J.C.E., 7 oct. 2004, aff. C-341/03, *Commission c. Grèce*, non encore publiée au *Recueil*.

(78) C.J.C.E., 29 avril 2004, aff. C-160/02, *Skalka*, non encore publiée au *Recueil*.

(79) C.J.C.E., 16 sept. 2004, aff. C-400/02, *Merida*, non encore publiée au *Recueil*, relative à un employé frontalier travaillant dans les forces armées françaises stationnées en Allemagne.

(80) C.J.C.E., 1^{er} juill. 2004, aff. C-169/03, *Wallentin*, non encore publiée au *Recueil*, relative à un étudiant allemand, stagiaire en Suède.

partir du montant de T.V.A. déjà payé, mais la majoration de 20% de cette taxe est contraire à l'article 90 CE (81).

3

Accords

A. — Turquie (aff. *Ayaz, Öztürk*)

31. — La notion de membre de la famille d'un travailleur turc est entendue largement et comprend le beau-fils âgé de moins de vingt et un ans (82).

Par un arrêt *Öztürk*, de la grande chambre, la Cour renforce la sécurité sociale du travailleur turc qui accomplit sa carrière dans différents Etats membres (83). M. Öztürk réside en Allemagne. Il a travaillé en Autriche et en Allemagne, où il termine sa carrière comme chômeur. L'Allemagne lui accorde une pension de vieillesse anticipée. L'Autriche la lui refuse, pour la période des prestations effectuées en Autriche, parce qu'il n'a pas bénéficié, pendant une certaine période précédant la demande, de prestations de chômage en Autriche. La Cour estime que ce refus est une discrimination indirecte contraire à l'article 3, § 1^{er}, de la décision 3/80 du Conseil d'association (84). Pour condamner cette discrimination indirecte, la Cour écarte la justification déduite d'un « objectif légitime de politique sociale » (85), car si cette prestation « participe assurément d'une politique nationale de l'emploi, elle ne constitue pas pour autant une prestation de chômage mais une pension de vieillesse » (86). Rappelons qu'il peut se déduire de l'ensemble de la jurisprudence que, si la libre circulation des travailleurs turcs au sein de l'Union n'est pas reconnue par l'accord d'association, ceux-ci bénéficient déjà d'un certain droit de séjour découlant de l'accès au marché de l'emploi, selon des conditions de durée d'emploi. Ce droit de séjour est, à l'origine, conditionné par une première autorisation délivrée par l'Etat d'accueil et, ensuite, limité au territoire de cet Etat. En outre, le principe de non-discrimination conduit à reconnaître le cumul de certains droits sociaux au travailleur turc qui a été autorisé par différents Etats membres à séjourner et à travailler sur leur territoire. En d'autres termes, les Etats détiennent toujours les clés de l'accès à leur territoire mais ils doivent savoir que lorsque celui-ci a été ouvert, lorsqu'ils ont fait appel au travailleur turc, le principe de non-dis-

crimination conduira à devoir reconnaître certains droits qu'ils croyaient réservés aux citoyens européens.

B. — P.E.C.O. (aff. *Panayotova*)

32. — L'affaire *Panayotova* concerne des prostituées bulgares, polonaises et slovaques voulant s'établir comme indépendantes aux Pays-Bas (87). La Cour confirme sa jurisprudence antérieure permettant d'exiger l'obtention préalable d'une autorisation de séjour provisoire pour contrôler le projet d'établissement depuis le pays d'origine (88). En conséquence, même si les intéressées sont entrées légalement sur le territoire, l'Etat membre n'est pas obligé de mettre en place une procédure de demande d'établissement dans le pays d'accueil, plutôt que depuis le pays d'origine car cela entraînerait « le risque d'un afflux de demandes formulées à l'occasion de séjours à des fins touristiques » (pt 24). Toutefois, cette procédure depuis le pays d'origine doit être « aisément accessible et propre à garantir aux intéressés que leur demande sera traitée dans un délai raisonnable et avec objectivité, d'éventuels refus d'autorisation devant en outre pouvoir être mis en cause dans le cadre d'un recours juridictionnel [...] effectif [...] » (pt 27). Il reste qu'il paraîtra difficile à un commerçant ou à une P.M.E., par exemple, d'envisager de s'établir dans l'Union sans pouvoir s'y rendre pour examiner les potentialités ou encore de devoir, une fois cela fait comme touriste, interrompre ses contacts et démarches pour retourner dans le pays d'origine y introduire sa demande qui, dût-elle être traitée dans un délai raisonnable, prendra quelques temps. Certes, l'élargissement limite l'enseignement de cette jurisprudence à la Bulgarie et à la Roumanie mais, d'une part, il pourrait demain concerner d'autres Etats; d'autre part, il introduit clairement, en matière d'établissement, un traitement très différencié, selon qu'il y a ou non adhésion, dont les pays signataires d'accords ne sont probablement guère conscients.

C. — Tous Etats tiers (aff. *Commission c. Autriche et Luxembourg*)

33. — Le principe de non-discrimination a aussi conduit la Commission à agir contre les Etats qui ont tendance à maintenir des discriminations à l'égard de travailleurs ressortissants d'Etats tiers.

Il peut s'agir du principe de non-discrimination inscrit dans tous les accords qui conduit à la condamnation de l'Autriche en manquement pour le refus du droit à l'éligibilité au sein des chambres du travail, non seulement de travailleurs ressortissants d'Etats membres de l'Union ou de l'Espace économique euro-

péen, mais aussi de travailleurs ressortissants de pays tiers, avec lesquels la Communauté a conclu des accords prévoyant le principe de non-discrimination, en ce qui concerne les conditions de travail, ce qui est le cas, par exemple, des accords A.C.P. avec tous les pays Afrique - Caraïbes - Pacifique (89). La Cour avait déjà condamné cette discrimination, s'agissant de travailleurs turcs (90). Elle étend cette condamnation aux autres accords, ce qui n'était pas évident (91), au motif principal de l'objectif et de l'économie de ces accords, « puisque le fait d'accorder aux travailleurs, ressortissants de pays tiers, parties à de tels accords et régulièrement occupés sur le territoire d'un Etat membre, le bénéfice des mêmes conditions de travail qu'aux travailleurs ressortissants des Etats membres, constitue un élément important destiné à créer un cadre approprié pour l'intégration graduelle desdits travailleurs migrants dans l'Etat membre d'accueil » (pt 53).

Il peut s'agir aussi du principe de non-discrimination en matière de libre prestation de services qui doit permettre, selon les jurisprudences *Rush Portuguesa* et *Vander Elst* (92), à une entreprise établie dans un Etat membre de prester des services dans un autre Etat membre sans condition préalable pour ses travailleurs détachés, ressortissants d'Etats tiers (93). Cela n'empêche pas, le cas échéant, l'Etat d'accueil d'exiger le signalement préalable des travailleurs détachés pour permettre le contrôle du respect de la législation sociale (pt 31) et pour vérifier « que l'entreprise établie dans un autre Etat membre, qui détache sur son territoire des travailleurs d'un Etat tiers, ne se sert pas de la liberté de prestation des services dans un but autre que l'accomplissement de la prestation concernée, par exemple celui de faire venir son personnel aux fins de placement ou de mise à la disposition de travailleurs » (pts 39 et 46). C'est également cette crainte qui a conduit l'Allemagne et l'Autriche à refuser, pour une période transitoire, aux nouveaux Etats membres, dans le cadre des accords d'élargissement, non seulement comme les autres Etats, la libre circulation des travailleurs, mais aussi la liberté de prestation de services dans certains domaines particuliers, comme la construction.

Ces questions relatives aux nouveaux citoyens de l'Union ne manqueront pas de nourrir de futures jurisprudences. Pour l'heure, dans la jurisprudence de 2004, la citoyenneté se voit consacrée comme statut fondamental et le citoyen bénéficie d'une attention particulière lorsque ses droits fondamentaux sont en cause.

Jean-Yves CARLIER
Professeur à l'U.C.L.
Avocat

(81) C.J.C.E., 29 avril 2004, aff. C-387/01, *Weigel*, non encore publiée au *Recueil*.

(82) C.J.C.E., 30 sept. 2004, aff. C-275/02, *Ayaz*, non encore publiée au *Recueil*. La Cour avait déjà fait de même dans le cadre de l'accord de coopération avec le Maroc, dans C.J.C.E., 11 nov. 1999, aff. C-179/98, *Mesbah*, *Rec.*, p. I-7955.

(83) C.J.C.E., 28 avril 2004, aff. C-373/02, *Öztürk*, non encore publiée au *Recueil*.

(84) Décision 3/80 du 19 sept. 1980 du Conseil d'association C.E.-Turquie, relative à l'application des régimes de sécurité sociale des Etats membres des Communautés européennes aux travailleurs turcs et aux membres de leur famille, *J.O.*, 1983, C 110/60.

(85) Pt 59 (y lire « justification » et non « juridiction ») et pt 66.

(86) Pt. 67.

(87) C.J.C.E., 16 nov. 2004, aff. C-327/02, *Panayotova e.a.*, non encore publiée au *Recueil*.

(88) C.J.C.E., 27 sept. 2001, aff. C-63/99, *Gloszczuk*, *Rec.*, p. I-6369; C-235/99, *Kondova*, *Rec.*, p. 6427 et C-257/99, *Barkoci et Malik*, *Rec.*, p. I-6557. S'agissant de prostituées et de l'absence d'atteinte à l'ordre public à défaut de mesures à l'encontre des prostituées nationales, voy. C.J.C.E., 20 nov. 2001, aff. 268/99, *Jany*, *Rec.*, p. I-8615 et 18 mai 1982, aff. C-115 et 116/81, *Adoui et Cornuaille*, *Rec.*, p. 1665.

(89) C.J.C.E., 16 sept. 2004, aff. 465/01, *Commission c. Autriche*, non encore publiée au *Recueil*.

(90) C.J.C.E., 8 mai 2003, aff. C-171/02, *Wählergruppe*, *Rec.*, p. I-4301.

(91) *J.T.D.E.*, 2004, p. 79, n° 18.

(92) C.J.C.E., 27 mars 1990, aff. C-113/89, *Rush Portuguesa*, *Rec.*, p. I-1417; 9 août 1994, aff. C43/93, *Vander Elst*, *Rec.*, p. I-3803.

(93) C.J.C.E., 21 oct. 2004, aff. C-445/03, *Commission c. Luxembourg*, non encore publiée au *Recueil*.