

La libre circulation des personnes dans l'Union européenne

(1^{er} janvier - 31 décembre 2003)

1. — *Garcia Avello*. Voilà le nom de l'affaire à retenir pour 2003, en matière de libre circulation des personnes et ce, à double titre : d'une part, l'affaire porte sur la question du double nom, d'autre part, elle accentue la prise en compte de la citoyenneté européenne.

2. — Cette année, à la différence des chroniques antérieures (1), seules quelques remarques sont consacrées à l'entrée sur le territoire commun (frontières extérieures) et à la circulation interne (frontières intérieures), l'ensemble de l'examen étant consacré aux droits liés au séjour autour de différentes rubriques.

1

Frontières extérieures et intérieures (aff. *Gözütok et Brügger*)

3. — L'élaboration de la législation relative au franchissement des frontières extérieures en application du titre IV du Traité (visa, asile, immigration) se poursuit. Les principaux textes adoptés en 2003 concernent les procédures d'asile (2) et le regroupement familial (3). La doctrine rend compte de ces évolutions et relève majoritairement une tendance à l'harmonisation par le bas et à un renforcement de la lutte contre l'immigration illégale au détriment d'une réelle politique d'immigration légale (4).

(1) *J.T.D.E.*, 1995, p. 97; 1996, p. 63; 1997, p. 193; 1999, p. 56; 2000, p. 54; 2001, p. 54; 2002, p. 65; 2003, p. 79.

(2) Directive 2003/9/C.E., du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres, *J.O.C.E.*, L 31, 6 févr. 2003, p. 18; règlement (C.E.) 343/2003, 18 févr., établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, *J.O.C.E.*, L 50, 25 févr. 2003, p. 1. Ce règlement, dit règlement Dublin II, reprend, avec quelques modifications, les critères de la Convention de Dublin, ayant le même objet, adoptée dans le cadre du troisième pilier.

(3) Directive 2003/86, 22 sept. 2003 relative au droit au regroupement familial des ressortissants d'Etats tiers, *J.O.C.E.*, L 251/2, 3 oct. 2003. Le Parlement européen a annoncé un recours en annulation à l'encontre de cette directive. A propos des visas, voy. aussi le règlement n° 453/2003 du 6 mars 2003 modifiant le règlement n° 539/2001 du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa, *J.O.C.E.*, L 69, 13 mars 2003, p. 10; à propos des rapatriements, voy. la directive 2003/110 du 25 novembre 2003 concernant l'assistance au transit dans le cadre des mesures d'éloignement par voie aérienne, *J.O.C.E.*, L 321, 6 déc. 2003.

(4) Ph. De Bruycker (dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'immigration*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 466 p.; Fr. Dehousse et I. Garcia Martinez, « La politique européenne d'immigration et

Ces textes sont également un bel exemple de l'Europe à géométrie variable qui se construit. Trois pays, le Royaume-Uni (5), l'Irlande (6) et le Danemark (7), tantôt participent, tantôt ne participent pas à cette nouvelle politique commune. Le « projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe » eût permis deux avancées notables en amont et en aval des textes. En amont, il était prévu de renoncer au sein du Conseil, au critère de l'unanimité qui paralyse actuellement plusieurs projets de textes et conduit à l'harmonisation par le bas. En aval, il était prévu d'étendre à son rôle habituel la compétence de la Cour, actuellement limitée par l'article 68 C.E. Sans doute faudra-t-il attendre encore plusieurs années avant que ces obstacles ne soient franchis. Avant cela, la jurisprudence de la Cour, en matière de politique migratoire et d'asile, demeurera très limitée.

4. — Il reste que des affaires relatives à la liberté interne de circulation sont liées à la politique migratoire comme le montre encore, en 2003, l'affaire *Akrich* examinée plus loin (n° 12).

Les affaires jointes *Gözütok et Brügger* (8) montrent que la liberté de circulation interne conduit à l'ouverture de l'ordre juridique européen à la circulation non seulement des décisions civiles (9) mais aussi des décisions pénales. La Cour y dit pour droit que le principe *non bis in idem* du droit pénal, consacré à l'article 54 de la Convention d'application des Accords de Schengen (C.A.A.S.) s'applique non seulement à la reconnaissance d'un jugement prononcé dans un autre Etat partie à la C.A.A.S., mais « également à des procédures d'extinction de l'action publique » (dispositif). En l'espèce, un Turc qui a bénéficié d'une transaction avec le parquet aux Pays-Bas relativement à des faits de stupéfiant ne peut plus faire l'objet de poursuites en Allemagne (*Gözütok*) et, de même, un Allemand qui a bénéficié d'une transaction avec le parquet d'Al-

d'asile », *Studia diplomatica*, 2002, n° 1, pp. 1-106. Pour l'évolution des textes, voy. la mise à jour bisannuelle du tableau de bord de la Commission sur la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, COM (2003), 291 final.

(5) Le Royaume-Uni participe à la directive 2003/9 (normes minimales d'accueil d'asile), au règlement 343/2003 (Dublin II), mais pas à la directive 2003/86 (regroupement familial).

(6) L'Irlande participe au règlement 343/2003 (Dublin II) mais pas à la directive 2003/9 (normes minimales d'accueil d'asile) ni à la directive 2003/86 (regroupement familial).

(7) Le Danemark ne participe à aucun des trois textes, mais reste lié avec les Etats de l'Union par l'ancienne Convention de Dublin.

(8) C.J.C.E., 11 févr. 2003, aff. jtes C-187/01 et C-385/01, *Gözütok et Brügger*, *Rec.*, p. I-1345 et concl. av. gén. Damas Ruiz-Jarabo Colomer, 19 sept. 2002, nourries de quelques références littéraires dont le *Don Quichotte* de Cervantès (note 13).

(9) Voy. pour les textes, J.-Y. Carlier, M. Fallon et B. Martin-Bosly, *Code judiciaire européen*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

lemagne, à la suite de l'agression d'une dame en Belgique, ne peut plus faire l'objet de poursuites dans ce pays (*Brügger*). Pour justifier que le principe *non bis in idem* s'étende aux transactions, même en l'absence d'intervention de toute juridiction, la Cour souligne que « l'article 54 des C.A.A.S. qui a pour objectif d'éviter qu'une personne, par le fait d'exercer un droit de libre circulation, ne soit poursuivie pour les mêmes faits sur le territoire de plusieurs Etats membres, ne peut utilement contribuer à la réalisation complète de cet objectif que s'il est également applicable à des décisions mettant définitivement fin aux poursuites pénales dans un Etat membre, bien qu'elles soient adoptées sans l'intervention d'une juridiction et ne prennent pas la forme d'un jugement » (pt 38).

2

Citoyenneté (aff. *Garcia Avello, Stylianakis*)

5. — L'affaire *Garcia Avello* (10) permet à la Cour de réutiliser la formule *Grzelczyk* : « le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des Etats membres » (11). Ressortissant espagnol, M. Garcia Avello réside en Belgique avec son épouse belge, Mme Weber. Ils ont deux enfants, nés en Belgique, qui possèdent la double nationalité. Les parents souhaitent que, conformément à la loi espagnole les enfants portent le premier nom du père, suivi de celui de leur mère, soit « Garcia Weber ». La Belgique refuse. Considérant les enfants comme belges et leur appliquant la loi belge qui impose le nom du père, ils sont inscrits à l'acte de naissance sous le patronyme « Garcia Avello ». Une procédure administrative en changement de nom est refusée par le ministre de la Justice. Saisi d'un recours, le Conseil d'Etat interroge la C.J.C.E. : n'y a-t-il pas violation des « principes du droit communautaire en matière de citoyenneté européenne et de liberté de circulation des personnes »? La Cour va favoriser le port du double nom par ces enfants, en manière telle que l'affaire serait mieux nommée « Garcia Weber ». En son dispositif, la Cour dit pour droit que « Les articles 12 C.E. et 17 C.E. doi-

(10) C.J.C.E., 2 oct. 2003, aff. C-148/02, *Garcia Avello*, non encore publiée au *Recueil*.

(11) Ici au point 22 de l'arrêt *Garcia Avello*, cette formule est utilisée pour la première fois dans C.J.C.E., 20 sept. 2001, aff. C-184/99, *Grzelczyk*, *Rec.*, p. I-6193, pt 31 (voy. cette chronique, *J.T.D.E.*, 2002, p. 71; *adde* : Fr. David, « La citoyenneté de l'Union, statut fondamental des ressortissants des Etats membres », *R.T.D.E.*, 2003, pp. 561-578; L. van Brien, *Chron. dr. soc.*, 2003, p. 269). La formule a déjà été reprise dans C.J.C.E., 11 juill. 2002, aff. C-224/38, *D'Hoop*, *Rec.*, p. I-6191, pt 28 et 17 sept. 2002, aff. C-413/99, *Baumbast*, *Rec.*, p. I-7091, pt 82.

vent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à ce que, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, l'autorité administrative d'un Etat membre refuse de donner une suite favorable à une demande de changement de nom pour des enfants mineurs résidant dans cet Etat et disposant de la double nationalité dudit Etat et d'un autre Etat membre, alors que cette demande a pour objet que ces enfants puissent porter le nom dont ils seraient titulaires en vertu du droit et de la tradition du second Etat membre ».

6. — Comme l'indiquent les références aux articles 12 C.E. et 17 C.E., le principe de non-discrimination et la citoyenneté européenne vont constituer le moyen central de la motivation. Encore faut-il, au préalable, accepter que l'on soit dans le champ d'application du Traité. Ce n'était guère évident. La Belgique, soutenue en cela par le Danemark et par les Pays-Bas, voyait là une situation purement interne : celle d'enfants belges en Belgique. Il n'y a jamais eu circulation de ces enfants. L'avocat général constatait que la question du nom concernait aussi le père, demandeur au litige, qui, lui, avait circulé dans l'Union. La Cour a préféré ne pas s'arrêter à cet argument et retenir simplement que les enfants eux-mêmes « sont des ressortissants d'un Etat membre [l'Espagne] séjournant légalement sur le territoire d'un autre Etat membre [la Belgique] » (pt 27). Ne peut-on opposer à ce raisonnement que les intéressés sont belges pour la Belgique? Non dit la Cour car « 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 ». Faut-il en déduire que tout citoyen européen binational, possédant les nationalités de deux Etats membres, pourrait pour toutes les questions de statut personnel liées à la loi nationale se prévaloir de l'une ou l'autre de ses nationalités, indépendamment de son lieu de résidence et de naissance? Contrairement à une interprétation mesurée de l'arrêt *Micheletti* (12), l'effacement du principe de la nationalité effective en cas de plurinationalité serait alors complet, pour le bénéficiaire, non pas tant d'une nationalité fonctionnelle que d'une véritable option de nationalité laissée aux individus selon les effets de droit recherchés. C'est ce que semble affirmer la Cour lorsqu'elle indique que la Convention de La Haye du 12 avril 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, en son article 3, « comporte non pas une obligation mais une simple faculté pour les parties contractantes de faire prévaloir » la nationalité du for (pt 28). De même, l'avocat général Jacobs affirmait que « l'on ne saurait accepter qu'une nationalité éclipe l'autre selon l'endroit fortuit où [les personnes] se trouvent ». Ces affirmations pourraient emporter deux conséquences qui n'ont peut-être pas été suffisamment mesurées, quant au champ d'application du droit communautaire.

(12) C.J.C.E., 7 juillet 1992, aff. C-369/90, *Micheletti, Rec.*, p. I-4239. Pour une interprétation d'effectivité y voyant une référence à la nationalité du for de l'ordre juridique européen permettant d'écarter la nationalité d'un Etat tiers, alors que celle-ci était plus effective en fait, voy. cette chronique, *J.T.D.E.*, 2000, p. 60, n° 25, à propos de C.J.C.E., 11 nov. 1999, C-179/98, *Mesbah, Rec.*, p. I-7955.

D'une part, *rationae materiae*, tout le statut personnel, et pas seulement le nom, pourrait être concerné. Demain, un homosexuel belgo-italien, né et vivant en Italie, devrait pouvoir y épouser un Belge, conformément à leur loi nationale commune. D'autre part, *rationae personae*, les droits du citoyen se détachent de la nécessaire circulation pour s'étendre aux sédentaires. En l'espèce, seule la nationalité, et non plus les personnes concernées, paraît encore circuler. On ne se plaindra pas de cette évolution déjà relevée dans l'affaire *Carpenter*, mais il conviendrait de l'aborder clairement plutôt que par la fiction d'une prétendue mobilité. Or, la Cour se refuse à le faire, ce qui conduit à souligner que les deux conséquences potentielles, ici dégagées, de l'arrêt *Garcia Avello*, ne peuvent être considérées comme nécessaires. Ainsi, pour la deuxième, sur le champ d'application personnelle, la Cour a rappelé au préalable que « la citoyenneté de l'Union, prévue à l'article 17 C.E., n'a pas pour autant pour objectif d'étendre le champ d'application matériel du Traité également à des situations purement internes n'ayant aucun rattachement au droit communautaire » (pt 26). De même, pour la première conséquence, s'agissant du champ d'application matériel, non seulement l'ensemble du statut personnel n'est pas visé en l'espèce, mais même un droit au double nom à la naissance n'est pas affirmé, s'agissant seulement d'affirmer le droit à demander et à obtenir le changement de nom, lorsqu'une telle procédure est possible (13). En cela, l'arrêt *Garcia Avello* pourrait n'être qu'un arrêt de circonstance motivé par une certaine faveur donnée au choix quant au port du nom qui transparait assez clairement dans le considérant selon lequel « un système permettant la transmission d'éléments du nom de famille des deux parents, loin de provoquer une confusion sur le lien de filiation des enfants, peut contribuer au contraire à renforcer la reconnaissance de ce lien par rapport aux deux parents » (pt 42). Un tel système est d'ailleurs à l'étude dans différentes propositions de modification de la législation belge relative au nom. Il reste que, sans l'affirmer ouvertement, l'arrêt *Garcia Avello* est riche de potentialités en questions de principe pour permettre au citoyen de s'affranchir d'une obligatoire mobilité, fût-elle fictive, pour obtenir certains droits comme l'illustrera l'affaire *Akrich* (*infra*, n° 12).

7. — Il suffit de parcourir l'arrêt *Stylianakis* pour constater que si ces potentialités existent, elles ne sont pas utilisées systématiquement (14). Ressortissant grec, ayant pris l'avion d'Héraklion à Marseille, Georgios Stylianakis estime que la surtaxe imposée par la Grèce pour les vols supérieures à 750 km est une discrimination indirecte portant atteinte à sa liberté de circuler dans l'Union en qualité de citoyen (15).

(13) On relèvera à cet égard qu'une jurisprudence nationale est allée plus loin, en accordant non pas simplement un changement de nom, mais la rectification de l'acte de naissance d'un binational belgo-brésilien pour lui permettre de porter le double nom selon le droit brésilien (Civ. Bruxelles, 29 avril 2003, note M. Fallon, « Plurinationalité : vers l'abandon d'une préférence inconditionnelle pour la nationalité belge? », *R.T.D.F.*, 2003, n° 4, p. 786).

(14) C.J.C.E., 6 févr. 2003, aff. C-92/01, *Stylianakis, Rec.*, p. I-1291.

(15) Depuis, à la suite de l'introduction d'une procédure en manquement, la Grèce a modifié cette législation.

La Cour considère également que « en dépit du caractère apparemment neutre du critère de différenciation du montant de la taxe employé, la taxe la plus lourde concerne spécifiquement les vols autres qu'intérieurs » (pt 26). La condamnation de cette taxe est tempérée dans le dispositif de l'arrêt, non dans le dispositif des conclusions de l'avocat général Alber, par le principe de proportionnalité, en taxes devenant acceptables s'il est démontré qu'elles « rémunèrent des services aéroportuaires nécessaires au traitement des passagers et que le coût desdits services fournis aux passagers à destination des autres Etats membres est supérieur dans la même proportion au coût de ceux nécessaires au traitement des passagers des vols intérieurs ». A dire vrai, les conclusions de l'avocat général ne sont pas critiquables sur ce point : si elles ne reprennent pas, dans le dispositif, cette atténuation, c'est parce qu'elles considèrent qu'en l'espèce « force est au contraire de constater que le prélèvement perçu auprès des passagers n'est assorti d'aucune contrepartie » (16).

L'essentiel est toutefois ailleurs, dans le fondement de la condamnation. Si cette taxe est condamnée, ce ne sera pas au titre de la liberté de circulation des citoyens (art. 18 C.E.) mais au titre de la liberté de prestation de service (art. 49 C.E.) et du droit dérivé en matière de transport aérien (17). N'évoquant pas la citoyenneté « statut fondamental », selon la formule *Grzelczyk*, la Cour préfère l'ancienne jurisprudence classique constatant que, lorsque la liberté de circulation « trouve une expression spécifique » (pt 18), comme ici dans « les dispositions assurant la libre prestation des services, il « n'est pas nécessaire de se prononcer sur l'interprétation de l'article [18 C.E.] » (pt 20). Où l'on voit que la citoyenneté « statut fondamental » demeure une roue de secours...

Le caractère subsidiaire de la citoyenneté est encore plus apparent dans les conclusions de l'avocat général. Se référant, comme le fera la Cour, à la jurisprudence *Skanavi*, pour estimer qu'en l'espèce « une prise de position par rapport à l'article 18 C.E. devient sans objet » (pt 36 des conclusions), l'avocat général Alber précise que « ce n'est qu'à titre subsidiaire », pour le cas où la Cour ne le suivrait pas, qu'il examine s'il y a, en l'espèce, violation de l'article 18 C.E. Or, l'avocat général va conclure à l'absence de violation de l'article 18 C.E. D'une part, le citoyen européen peut « quitter la Grèce autrement que par avion », car l'article 18 C.E. n'emporte pas « un droit illimité de se déplacer avec un moyen de locomotion déterminé d'un Etat membre à un autre » (pt 38). D'autre part, le montant de la taxe concernée — 20 € — « ne rend pas plus difficile l'exercice du droit tiré de l'article 18 C.E. au point de justifier la thèse d'une atteinte au droit à la libre circulation au sein de l'Union » (pt 39). Enfin, si le citoyen invoque la discrimination, on notera que le critère de 750 km est « un critère objectif dont l'application n'engendre pas de discrimination » (pt 40). « Partant, on doit conclure que l'article 18 C.E. ne s'oppose pas à l'application du régime de taxation litigieuse » (pt 40). Où

(16) Voy. pt 3.

(17) Règlement (C.E.E.) 2408/92 du 23 juill. 1992, concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires, *J.O.C.E.*, L 240, p. 8.

l'on voit que la citoyenneté est encore une roue de secours mal gonflée...

En effet, rien n'indique pourquoi les arguments opposés à l'article 18 C.E. ne pouvaient pas l'être à l'article 49 C.E. Pourquoi la liberté de circulation du citoyen serait-elle une liberté de circulation moins forte que celle des services et ne serait-elle protégée qu'à l'encontre des discriminations directes et importantes? En réalité, ces conclusions sont à l'opposé des conclusions de l'avocat général Léger dans la jurisprudence *Skanavi* invoquée (18). L'affaire *Skanavi* est la première affaire dans laquelle la juridiction nationale interrogeait expressément la Cour sur les nouvelles dispositions de l'article 8A du Traité C.E. (devenu 18 C.E.) relatives à la circulation des citoyens, au regard des problèmes de reconnaissance et d'échange des permis de conduire entre Etats membres (19). La Cour a suivi l'avocat général pour constater que la question pouvait être réglée à partir de l'article 43 C.E. (ex-52) relatif à la liberté d'établissement en manière telle qu'il n'était « pas nécessaire de se prononcer sur l'interprétation de l'article 8A » (pt 22), d'autant qu'en l'espèce un élément de droit rendait l'application des dispositions relatives à la citoyenneté complexe : leur entrée en vigueur étant postérieure aux faits, seules les dispositions de la loi pénale allemande en cause permettaient au juge national d'appliquer rétroactivement une loi pénale plus favorable. Pourquoi faire compliquer quand l'on pouvait faire simple en constatant qu'il y avait une possible violation de la liberté d'établissement, indépendamment des nouvelles dispositions relatives à la citoyenneté? Au demeurant, ajoutait l'avocat général « toute réglementation incompatible avec l'article [43 C.E.] l'est nécessairement avec l'article [18 C.E.] » (pt 21). Pourquoi n'en irait-il plus de même aujourd'hui au regard de l'article 49 C.E. (20)?

3

Droits fondamentaux (aff. *Schmidberger, Rechnungshof, Koua Poirrez, Kaba II*)

8. — Si les droits fondamentaux — au sens des droits de l'homme — sont généralement invoqués pour favoriser la libre circulation, ils peuvent aussi être la cause d'une entrave à la libre

(18) C.J.C.E., 29 févr. 1996, aff. C-193/94, *Skanavi et Chryssanthakopoulos, Rec.*, p. I-929.

(19) Pour des décisions de 2003 relatives à la libre circulation des véhicules et à l'immatriculation, voy., C.J.C.E., 2 oct. 2003, aff. C-232/01, *van Lent, Rec.*, à paraître (liberté des travailleurs d'avoir en *leasing* une voiture immatriculée dans un autre Etat membre); 2 oct. 2003, aff. C-12/02, *Grilli, Rec.*, à paraître (liberté de circulation d'un véhicule avec des plaques provisoires à l'exportation).

(20) Voy. en ce sens, les conclusions de l'avocat général Jacobs, du 20 novembre 2003 dans l'affaire pendante C-224/02, *Pusa* relative à la saisie sur pension d'un retraité finlandais résidant en Espagne : « Il faut donc conclure — dans la ligne des décisions de la Cour dans les affaires *d'Hoop* et *Baumbast* et en complément de celles-ci — que, sous réserve des limitations prévues à l'article 18 C.E. même, aucun désavantage injustifié ne peut être imposé à un citoyen de l'Union, quel qu'il soit, qui cherche à exercer son droit de circulation ou de séjour » (pt 22).

circulation. Ainsi en va-t-il d'une manifestation en faveur de l'environnement qui bloque une importante autoroute pendant plus de trente heures. Afin d'être indemnisé, un transporteur allemand invoque la responsabilité de l'Etat autrichien qui a autorisé cette manifestation (21). L'arrêt *Schmidberger*, du nom du transporteur, concerne en l'espèce la circulation des marchandises, mais eût posé les mêmes questions en matière de libre circulation des personnes. La Cour estime qu'il faut rechercher un « juste équilibre » dans la « balance des intérêts » (pt 81) entre la liberté fondamentale de circulation consacrée par le Traité C.E. et le droit fondamental à la liberté d'expression consacré par la C.E.D.H.

En l'espèce, au vu de l'ensemble des circonstances, compte tenu du fait que « les autorités compétentes disposent d'un large pouvoir d'appréciation » (pt 82), ne pas avoir interdit le rassemblement n'emportait pas une violation du droit communautaire. S'agissant des possibilités de limiter davantage dans le temps et dans l'espace la manifestation (test d'interchangeabilité), la Cour note que « si les autorités nationales compétentes doivent chercher à limiter autant que possible les effets qu'une manifestation sur la voie publique ne manque pas d'avoir sur la liberté de circulation, il n'en demeure pas moins qu'il leur appartient de mettre cet intérêt en balance avec celui des manifestants, qui visent à attirer l'attention de l'opinion publique sur les objectifs de leur action » (pt 90).

9. — A l'inverse, les droits de l'homme peuvent être invoqués en vue d'éviter une mesure qui serait constitutive d'une entrave à la liberté de circulation. Dans l'affaire *Rechnungshof*, la Cour va examiner en détail la compatibilité avec les droits de l'homme, particulièrement avec l'article 8 de la C.E.D.H. prescrivant le respect de la vie privée, de la législation autrichienne sur la limitation du traitement des fonctionnaires (22). En vertu de la législation, les entités publiques doivent communiquer à la Cour des comptes (*Rechnungshof*) les traitements et pensions dépassant un certain niveau (14 × 4.710 € en 2000) ainsi que les noms des bénéficiaires. Ces données sont reprises dans un rapport annuel qui est rendu public. Des entreprises publiques, dont la radio nationale (*Österreichischer Rundfunk*) et des journalistes se sont opposés à cette obligation, arguant d'une atteinte à la vie privée. La Cour laisse entendre qu'une telle législation ne serait pas contraire au respect de la vie privée « à condition qu'il soit établi que la large divulgation non seulement du montant des revenus [...], mais également des noms des bénéficiaires de ces revenus, est nécessaire et appropriée à l'objectif de bonne gestion des ressources publiques poursuivi par le constituant » (dispositif). Les motifs du raisonnement montrent un souci important du respect de la collaboration entre les juridictions. D'une part, l'utilisation du principe de proportionnalité qui apparaît clairement dans le dispositif précité (objectifs légitimes, moyens efficaces et nécessaires) résulte de nombreuses références à la jurisprudence de

(21) C.J.C.E., 12 juin 2003, aff. C-112/00, *Schmidberger, Rec.*, p. I-5659.

(22) C.J.C.E., 20 mai 2003, aff. jtes C-465/00, C-138/01 et C-139/01, *Rechnungshof c. Österreichischer Rundfunk et al.; Neukomm et Lauerman c. Österreichischer Rundfunk, Rec.*, p. I-4989.

la Cour européenne des droits de l'homme (23). D'autre part, la mise en œuvre concrète du principe de proportionnalité dans le cas d'espèce est abandonnée à la compétence du juge national que la Cour ne laisse pas sans guide puisqu'il est chargé « en particulier, d'examiner si un tel objectif n'aurait pu être atteint de manière aussi efficace par la transmission des informations nominatives aux seules instances de contrôle » (test d'interchangeabilité pour mesurer la nécessité du moyen).

Cette leçon des droits de l'homme appliquée au droit communautaire est possible parce que la Cour a estimé que la question posée rentrait dans le champ d'application du droit communautaire par la directive 95/46 C.E., du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (24). A l'inverse, l'avocat général Tizzano ne voyait pas de rattachement possible au droit communautaire, considérant notamment comme « artificielle » et « non convaincante », « la tentative de faire entrer cette activité dans le champ d'application du droit communautaire en invoquant son incidence éventuelle sur la libre circulation des travailleurs qui est garantie par l'article 39 C.E. » (25). Dès lors, le respect des droits fondamentaux « ne constitue pas un objectif autonome de la directive » (26), dont le but est de « favoriser la libre circulation des données à caractère personnel ». A l'inverse, la Cour en déduit que « puisque toute donnée à caractère personnel est susceptible de circuler entre les Etats membres, la directive 95/46 impose en principe le respect des règles de protection de telles données à l'égard de tout traitement de ces dernières » (27). En d'autres termes, la circulation conduit à l'harmonisation, l'harmonisation conduit à l'examen de toute règle de droit interne. Par une sorte de jeux de dominos, les droits fondamentaux étendent leur emprise au-delà des domaines strictement liés à la libre circulation (28). De là à considérer que, puisque tout citoyen est susceptible de circuler, ses droits fondamentaux entrent toujours dans le champ d'application du droit communautaire, il y a un pas supplémentaire à franchir qui nécessiterait au moins la possible référence à un texte de droit dérivé, comme ceux élaborés en application du principe général de non-discrimination inscrit à l'article 13 C.E.

10. — S'agissant du principe de non-discrimination à raison de la nationalité, l'ouverture potentielle est la combinaison des articles 12 C.E. et 18 C.E. Cela permettrait de condamner les discriminations à rebours et de poursuivre les liens entre Luxembourg et Strasbourg, en termes de collaboration non de confrontation. L'affaire *Koua Poirrez* en est une belle illustration.

(23) Voy. pts 64 à 90. Un argument invoqué par les requérants eût mérité un examen plus approfondi : la violation combinée des articles 8 et 14 de la C.E.D.H. (pts 61 et 62). N'y a-t-il pas discrimination dans la protection de la vie privée, d'une part, entre employés des entreprises privées et publiques, d'autre part, entre employés en dessous et au-dessus du seuil de rémunération fixé?

(24) *J.O.C.E.*, L 281, p. 31.

(25) Concl. av. gén. Tizzano, 14 nov. 2002, pt 46.

(26) *Idem*, pt 53, italiques dans le texte.

(27) Arrêt, pt 40.

(28) Arrêt, pt 42.

Non, votre chroniqueur ne perd pas ses repères spatio-temporels ! Il est vrai qu'en 2003, l'arrêt *Koua Poirrez* est prononcé à Strasbourg (29), mais il n'est que le prolongement de l'arrêt *Koua Poirrez* prononcé en 1992 à Luxembourg (30). Ettien Koua Poirrez est un Ivoirien, handicapé depuis l'âge de sept ans. Adopté par M. Bernard Poirrez, ressortissant français, il vit en France. Une allocation de handicapé lui est refusée au motif qu'il ne remplit pas les critères fixés par la législation française de l'époque : être français ou ressortissant d'un pays avec lequel un accord de réciprocité a été signé. En 1992, à la question de la juridiction française, la Cour de Luxembourg répond, de façon classique, que « les articles 7 (devenu 12 C.E.) et 48 (devenu 39 C.E.) § 2, du Traité C.E.E. doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à ce que le bénéficiaire d'une prestation telle qu'une allocation pour adultes handicapés, prévue par la législation d'un Etat membre, soit refusé à un membre de la famille d'un ressortissant communautaire qui n'a jamais fait usage du droit de libre circulation à l'intérieur de la Communauté » (31). En d'autres termes, une situation purement interne échappe au droit communautaire de la libre circulation, partant la discrimination à rebours n'est pas condamnable. Onze ans plus tard, Ettien Koua Poirrez va obtenir gain de cause à Strasbourg.

La Cour européenne des droits de l'homme confirme et élargit dans *Koua Poirrez* sa jurisprudence *Gaygusuz* (32). D'une part, elle estime que des allocations sociales, fussent-elles non contributives comme des allocations pour handicapés, entrent dans le patrimoine d'une personne et sont protégées au titre du droit de propriété (Protocole 1, art. 1^{er}, C.E.D.H.). D'autre part, il y a dans le refus d'accès à ce droit en raison de la nationalité, une discrimination au regard de l'article 14 de la C.E.D.H. car « seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité » (33). Faut-il maintenir cette dichotomie aujourd'hui ? L'ordre juridique communautaire doit-il demeurer le parent pauvre des droits de l'homme ? Certes, des situations peuvent, en raison de leur objet ou de la nationalité des personnes concernées, échapper à sa juridiction. Mais, lorsqu'il y va de citoyens de l'Union ou

de membres de leur famille, faut-il maintenir l'exigence de mobilité interne à l'Union ? En 1982, dans l'affaire *Morson et Jhanjan*, qui sert de référence au rejet des situations internes (34), la Commission, pour appuyer ce rejet, avait souligné que « les problèmes [de discrimination à rebours] qui résulteraient [de la thèse des situations internes] ne pourraient être résolus que dans le cadre d'un droit de séjour généralisé lié à la qualité de ressortissant de la C.E.E. » (35). Ne faut-il pas prendre note aujourd'hui du droit de séjour généralisé dont dispose le citoyen européen ? Un tel constat n'entraînerait pas la suppression de tout traitement différencié. D'une part, il reste les traitements différenciés entre les citoyens de l'Union et les ressortissants d'Etats tiers, dont certains seront interrogés à Strasbourg (36). D'autre part, entre citoyens, il reste des traitements différenciés qui n'atteignent pas le niveau de la discrimination.

11. — Que ce soit devant les juridictions constitutionnelles nationales, à Luxembourg ou à Strasbourg, la frontière entre traitement différencié et discrimination n'est pas toujours aisée à trancher (37). Les prolongements de l'affaire *Kaba* le montrent. Ressortissant yougoslave, M. Kaba vit avec son épouse française au Royaume-Uni. Il se plaint de ne pas pouvoir obtenir l'autorisation de séjourner indéfiniment au Royaume-Uni parce que son épouse française n'y réside pas encore depuis quatre ans, alors qu'un délai de résidence de douze mois seulement est exigé, lorsque le conjoint est un national ou une personne établie.

Dans un premier arrêt *Kaba*, la Cour a dit pour droit que cela ne constituait pas une discrimination contraire à l'article 12 C.E. (38). La juridiction nationale (*Immigration Adjudicator*) qui ne semble guère convaincue par cette réponse, interroge à nouveau la Cour. Constatant que l'avocat général se serait trompé dans ses conclusions et que le requérant n'a pas été autorisé à répondre à ces conclusions la juridiction nationale demande s'il n'y a pas violation des droits de la défense, contraire à l'article 6 de la C.E.D.H. Renversant l'ordre des questions, la Cour estime que l'avocat général n'a

pas commis d'erreur et, qu'en conséquence, à défaut de problème de fond, il ne saurait y avoir de problème de procédure et de violation des droits de la défense (39). Quelle que soit la position adoptée sur le fond (40), la Cour paraît verser dans une erreur logique assez commune. Sous prétexte que les droits garantis n'auraient pas été violés (le fond), il n'y aurait pas à s'interroger sur la garantie des droits (la forme). En réalité, c'est, à l'inverse, lorsque les droits garantis ont été violés, qu'il n'y a plus guère d'intérêt à s'interroger sur la garantie des droits : à quoi bon condamner deux fois ? En revanche, l'examen du mécanisme de garantie des droits est pertinent, même en l'absence supposée de violation des droits garantis, car la garantie des droits constitue le droit du droit qui permettra, dans toute espèce présente et future, la sauvegarde du droit.

Si l'on fait un parallélisme avec le pouvoir législatif, raisonner autrement conduit à justifier la tyrannie éclairée au motif que, *a posteriori*, il apparaîtrait que le tyran a agi au mieux des intérêts de son peuple et peut-être mieux encore que ne l'eût fait un système démocratique. Peut-être que, selon l'expression de Tocqueville, « la liberté n'exécute pas chacune de ses entreprises avec la même perfection que le despotisme intelligent, mais à la longue elle produit plus que lui. Elle ne donne pas aux peuples un gouvernement plus habile et plus parfait ; mais elle répand dans tout le corps social une activité, une force, une énergie qui n'existe jamais sans elle et qui enfante des merveilles » (41). *Mutatis mutandis*, il en va de même pour le respect scrupuleux des droits de la défense et du débat contradictoire dans les procédures judiciaires.

Aussi accueille-t-on avec plaisir le souci de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer de donner dans ses conclusions, fût-ce à titre subsidiaire, « quelques indications utiles relatives à la manière dont la Cour assure le respect des exigences procédurales concrètes » (42). Six pages d'arguments convaincants justifient, en principe, l'absence de réplique aux conclusions de l'avocat général dans la procédure luxembourgeoise. Pour cela, il souligne principalement l'indépendance de cette fonction : l'avocat général n'est pas partie au litige, il conseille la Cour. Ce faisant, l'avocat général s'écarte de la jurisprudence *Kress* de la Cour européenne des droits de l'homme (43) et de la théorie des apparences fondée sur l'adage « justice must not only be done; it must also seem to be done ». Le débat reste ouvert. Seule l'adhésion

(29) Cour eur. D.H., 30 sept 2003, *Koua Poirrez c. France*, req. 40892/98.

(30) C.J.C.E., 16 déc. 1992, aff. C-206/91, *Koua Poirrez, Rec.*, p. I-6685.

(31) *Idem*, dispositif. Dans ses conclusions du 22 oct. 1992, l'avocat général Van Gerven avait également écarté l'application du principe de non-discrimination inscrit dans la Convention C.E.E.-A.C.P., dont la Côte-d'Ivoire est membre, au motif que le principe d'égalité ne protège que le travailleur et les membres de sa famille alors qu'Ettien Koua Poirrez ne travaille pas, puisqu'il est handicapé et que son père, Bernard Poirrez, n'est pas ressortissant d'un Etat membre A.C.P.

(32) Cour eur. D.H., 16 sept 1996, *Gaygusuz c. Autriche, Rec.*, 1996-IV. Voy. notam., P. Mavridis, *La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne - Etude d'une confrontation entre libertés du marché et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant; Athènes Ant. N. Sakkoulas, 2003, partic. troisième partie, « Les promesses des droits fondamentaux », pp. 593 et s.

(33) *Koua Poirrez*, pt 46, reprenant les termes de *Gaygusuz*, pt 42.

(34) C.J.C.E., 27 oct. 1982, aff. 35 et 36/82, *Morson et Jhanjan, Rec.*, p. 3723. L'affaire est ainsi référencée dans *Koua Poirrez*, pt 10.

(35) *Morson et Jhanjan, op. cit., Rec.*, p. 3731. Dans la même affaire, dans ses conclusions du 6 octobre 1982, l'avocat général Gordon Slynn écrivait que « comme 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, il est à tout le moins possible et peut-être inévitable qu'il y ait des lacunes dans le droit que peut avoir une famille de vivre avec l'un de ses membres ».

(36) Cour eur. D.H., 7 août 1996, *C... c. Belgique*. La Cour ne considère pas discriminatoire la différence de traitement en matière d'expulsion d'un Européen ou d'un Marocain car « pareil traitement préférentiel repose sur une justification objective et raisonnable, dès lors que les Etats membres de l'Union européenne forment un ordre juridique spécifique, ayant instauré de surcroît une citoyenneté propre » (pt 37).

(37) Pour une étude du principe d'égalité à partir, principalement, de la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, voy., V. Martenet, *Géométrie de l'égalité*, Bruxelles, Bruylant, L.G.D.J., Schulthess, 2003.

(38) C.J.C.E., 11 avril 2000, aff. C-356/98, *Kaba I, Rec.*, p. I-2623.

(39) C.J.C.E., 6 mars 2003, aff. C-466/00, *Kaba II, Rec.*, p. I-2219.

(40) Voy. le commentaire dans cette chronique, *J.T.D.E.*, 2001, p. 58, n^{os} 18-19. Comme la juridiction nationale, je crois qu'il fallait examiner les justifications du traitement différencié (proportionnalité) et non considérer qu'il s'agit de situations objectivement différentes qui échappent à toute comparaison (*Kaba II*, pt 55).

(41) A. de Tocqueville, *Voyages en Amérique* (1875), Gallimard, La Pléiade, 1991, vol. I, p. 172.

(42) Concl. av. gén. Damaso Ruiz-Jarabo Colomer, 11 juill. 2002, pt 84 et s.

(43) Cour eur. D.H., 7 juin 2001, *Kress c. France*. La Cour y considère que l'indépendance du commissaire de gouvernement en France n'est pas en soi suffisante pour affirmer que la non-communication de ses conclusions aux parties et l'impossibilité pour celles-ci d'y répliquer ne seraient pas susceptibles de porter atteinte aux exigences d'un procès équitable.

de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme permettrait de le soumettre à Strasbourg, ce qui ne manque pas de nourrir les réticences luxembourgeoises à cette adhésion.

4

Famille (aff. *Akrich, Givane*)

12. — L'affaire *Akrich* montre les détours auxquels conduit une application trop rigoureuse du droit, en l'occurrence l'ignorance communautaire des situations purement internes (44). M. *Akrich*, ressortissant marocain et son épouse, citoyenne britannique, vivant au Royaume-Uni, ont volontairement émigré en Irlande pour, après quelque temps de séjour, revenir en Angleterre et y demander le bénéfice du droit de séjour communautaire en application de la jurisprudence *Singh* (45). N'y a-t-il pas là détournement, par création d'un élément d'étranéité pour obtenir un droit lié à la libre circulation? La Cour rappelle que « les intentions » du travailleur sont « indifférentes » (pt 55) et que le membre de la famille doit bénéficier des droits attachés à la libre circulation pour autant qu'il n'y ait pas « abus [...] dans le cadre de mariages de complaisance » (pt 57). Faut-il encourager ces migrations « fictives » ou « blanches » destinées à permettre la vie familiale de mariages « vrais » ou « non blancs »? N'est-il pas vrai que « the present cross border requirement [...] does seem to have a somewhat artificial air » (46)? En l'espèce, c'est ailleurs que la Cour va placer la barrière en estimant que pour bénéficier du droit de séjour à la suite du retour dans le pays de nationalité du conjoint, il faut que le ressortissant d'un pays tiers ait préalablement séjourné régulièrement dans un Etat membre, sous réserve toutefois que le refus de séjour n'emporte pas une atteinte disproportionnée à la vie familiale protégée par l'article 18 C.E.D.H.. Il appartiendrait au juge national d'en décider. Seule cette réserve permet de concilier l'arrêt *Akrich* avec la jurisprudence *M.R.A.X.*, dans la mesure où celle-ci reconnaissait le droit au séjour une fois établi le lien familial, indépendamment du respect ou non des conditions d'accès au territoire ou de séjour, comme le visa ou le titre de séjour (47). Selon l'avocat général, en des termes que la Cour n'a pas répétés, le refus de séjour doit être motivé par « un intérêt national impérieux » (pt 186). Il s'agit en quelque sorte de relativiser les droits découlant de la jurisprudence *Singh*, dans le cadre des contrôles migratoires.

13. — C'est la même confrontation de la libre circulation des personnes aux contrôles migra-

(44) C.J.C.E., 23 sept. 2003, aff. C-109/01, *Akrich, Rec.*, à paraître.

(45) C.J.C.E., 7 juill. 1992, aff. C-370/90, *Singh, Rec.*, p. I-4265.

(46) G. Barret, « Family matters : European Community Law and Third Country family members », *C.M.L.Rev.*, 40, 2003, p. 381, qui relève un cas similaire tranché par la High Court d'Irlande, *Wael Kweider v. Minister of Justice* (1996) 1 IR 381.

(47) C.J.C.E., 25 juill. 2002, aff. C-459/99, *M.R.A.X., Rec.*, p. I-6591. L'arrêt est cité aux points 74 et 139 des conclusions sur *Akrich*, de l'avocat général Geelhoed, en date du 27 février 2003, mais il n'est pas expressément confronté à la solution donnée dans *Akrich*.

toires qui paraît guider l'arrêt *Givane* (48). Le dispositif de l'arrêt précise que « l'article 3, § 2, premier tiret, du règlement (C.E.E.) n° 1251/70 de la Commission du 29 juin 1970, relatif au droit des travailleurs de demeurer sur le territoire d'un Etat membre après y avoir occupé un emploi (49), doit être interprété en ce sens que la période de deux années de résidence continue prévue par cette disposition doit précéder immédiatement le décès du travailleur ». En l'espèce, ce critère n'est pas rempli, M. *Givane*, travailleur portugais au Royaume-Uni, a certes eu une résidence continue de plus de deux ans au Royaume-Uni, mais pas juste avant son décès, car il s'était rendu plusieurs mois en Inde avec son épouse et les trois enfants de celle-ci, tous quatre de nationalité indienne.

L'interprétation stricte de cette condition de durée pour le bénéfice du droit de séjour d'une veuve en qualité de droit propre, qui n'était pas proposée par l'avocat général Alber (50), contraste avec une plus grande souplesse antérieure pour l'interprétation des droits d'une veuve (51) et pour la condition de cohabitation des conjoints (52). Cette interprétation stricte paraît guidée par une recherche d'un « enracinement » fort du migrant et de sa famille, « un lien substantiel » assurant un « certain niveau d'intégration » (pt 29 et 46). Il est toutefois difficile, en matière de migration et d'intégration, de distinguer la cause de l'effet et paradoxal de vouloir *a priori* favoriser la mobilité, voir à la forcer comme dans l'affaire *Akrich*, tout en exigeant ensuite une grande stabilité pour bénéficier d'un droit de séjour.

5

Fonction publique (aff. *Anker, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*)

14. — Il serait erroné de croire que toutes les questions classiques liées à la libre circulation des travailleurs sont résolues (53). Ainsi, l'exception à la libre circulation pour les emplois

(48) C.J.C.E., 9 janv. 2003, aff. C-257/00, *Givane, Rec.*, p. I-345.

(49) *J.O.C.E.*, C 142, p. 24.

(50) Conclusions de l'avocat général Alber du 16 mai 2002 prenant en compte une période « plus reculée de résidence continue de deux ans [...] lorsque... » cette position juridique n'a pas été réduite à néant par une période d'absence, supérieure à deux ans, hors de l'Etat membre d'activités » (pt 72).

(51) C.J.C.E., 18 oct. 1990, aff. jtes C-297/88 et C-197/89, *Dzodzi, Rec.*, I-3763.

(52) C.J.C.E., 13 févr. 1985, aff. C-267/83, *Diatta, Rec.*, p. 567.

(53) Il advient que la Cour doit rappeler l'importance du libellé de la question préjudicielle et constater « que ni l'ordonnance de renvoi ni les observations soumises à la Cour ne permettent d'établir un lien entre, d'une part, les principes de la libre circulation des travailleurs et de la liberté d'établissement dans la Communauté reconnus par le Traité et, d'autre part, les éléments juridiques et factuels du litige au principal ». [En l'espèce, le contrôle par l'Etat italien de l'engagement d'employés par une société ne paraît pas soulever de question de liberté de circulation lorsque] « rien n'indique que la société [...] ou ses employés aient fait usage desdites libertés ou aient voulu en faire usage » (C.J.C.E., 25 févr. 2003, aff. C-445/01, *Simoncello, Rec.*, à paraître, ici pt 26.

dans l'administration publique a connu un regain d'intérêt en 2003 par deux arrêts relatifs aux emplois de capitaine ou de second dans la marine marchande allemande (54) ou espagnole (55). La question dépasse largement ces deux pays. Leur point de vue, selon lequel il y va d'emplois dans la fonction publique qui peuvent être réservés à leurs nationaux, était en effet soutenu, selon les affaires, par la France, la Grèce, le Danemark, l'Italie et par la Commission européenne. Dans les deux espèces, l'avocat général Stix-Haekl estimait que « l'article 39 C.E. s'oppose à des dispositions du droit national qui exigent la nationalité de l'Etat du pavillon pour exercer l'activité professionnelle de patron » (capitaine dans *Anker* ou second dans *Colegio*). La Cour nuance en ajoutant que l'article 39, § 4, n'autorise cette réserve nationale « qu'à la condition que les prérogatives de puissance publique attribuées aux capitaines (et aux seconds) de ces navires soient effectivement exercées de façon habituelle et ne représentent pas une part très réduite de leurs activités » (dispositif). Dans le cas d'espèce, le rejet de l'exception de la fonction publique est toutefois clair dans la mesure où la Cour relève qu'« il ressort des indications de la juridiction de renvoi que les emplois [exercés...] constituent des emplois dans lesquels l'exercice de la fonction de représentation de l'Etat du pavillon » tantôt « occupe, en pratique, une place insignifiante » (*Anker*, pt 64), tantôt « est, en pratique, occasionnel » (*Colegio*, pt 45). Dans les deux cas, la Cour écarte encore l'exception d'ordre public ou de sécurité publique (art. 39, § 3 C.E.) invoquée par certains Etats en rappelant qu'elle a pour objet l'accès ou le séjour sur le territoire, non l'accès à un emploi (*Anker*, pt 67; *Colegio*, pt 48).

6

Activités « réglementées »

A. — Domaine médical (aff. *Burband*)

15. — De nationalités portugaise et française, Mme *Burband*, a une licence en droit à Lisbonne, un titre d'administrateur hospitalier de l'Ecole nationale de santé publique de Lisbonne et un doctorat en droit en France. Elle a exercé dans la fonction publique portugaise. Elle sollicite son intégration dans le corps des directeurs d'hôpitaux de la fonction publique française. Cela lui est refusé au motif qu'elle doit réussir au préalable le concours d'admission à l'Ecole nationale de santé publique en France (E.N.S.P.) (56). La fonction publique française ne pouvant

(54) C.J.C.E., 30 sept. 2003, aff. C-47/02, *Anker, Ras et Snoek, Rec.*, à paraître.

(55) C.J.C.E., 30 sept. 2003, aff. C-405/01, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, Rec.*, à paraître.

(56) C.J.C.E., 9 sept 2003, aff. C-285/01, *Burband, Rec.*, à paraître. Sur la reconnaissance mutuelle des diplômes de médecine, lorsqu'une partie de la formation a été faite antérieurement dans un Etat tiers, C.J.C.E., 19 juin 2003, aff. C-110/01, *Tennah-Durez, Rec.*, à paraître. Sur la matière générale de reconnaissance des diplômes, C.J.C.E., 16 oct. 2003, aff. C-388/02, *Commission c. Irlande, Rec.*, à paraître (manquement pour non-transposition de la directive 1999/42 C.E. du 7 juin 1999 instituant un mécanisme de reconnaissance des diplômes pour les activités profes-

plus se protéger derrière l'article 39, § 4, C.E. — car l'intéressée est française et, de toute manière, il n'y a pas d'une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique (pt 40) — utilise la forme du concours national obligatoire pour dissuader les candidats formés dans d'autres Etats membres. La Cour, réunie en formation plénière, va refuser la spécificité française d'un concours qui ouvre à la formation et à la fonction considérant que si le diplôme obtenu dans un autre Etat membre l'est au terme d'une formation équivalente à celle qui suivra le concours français, ce concours ne peut être imposé pour accéder à l'emploi dans la fonction publique hospitalière. Selon la formule de l'avocat général Stix-Haekl, « il est illégal de prévoir un concours unique pour personnes qualifiées et non qualifiées » (57). Au terme d'un examen de proportionnalité, la Cour montre que l'objectif légitime de sélection peut être atteint par d'autres méthodes de manière à ne pas porter atteinte à la libre circulation des travailleurs car « imposer un tel concours à des ressortissants d'Etats membres déjà qualifiés [...] est de nature à les dissuader d'exercer leur droit à la libre circulation » (pt 100).

B. — *Domaine juridique (aff. Morgenbesser)*

16. — L'affaire *Morgenbesser* (58) relève plus de la liberté d'établissement que de la libre circulation des travailleurs mais elle intéresse la libre circulation des personnes au sens large, la Cour plaçant son raisonnement sous les articles 39 C.E. et 43 C.E. Ressortissante française, Mme Morgenbesser a obtenu un diplôme de maîtrise en droit en France. Résidant en Italie, elle y demande une inscription au registre des *praticanti*, formation pratique similaire à un stage conduisant à la profession d'avocat. Ceci lui est refusé au motif qu'elle n'a pas de diplôme délivré ou confirmé par une université italienne. Refusant de placer cette situation dans les directives relatives aux avocats ou aux professions réglementées, la Cour va raisonner à partir des principes de libre circulation et considérer, comme dans l'affaire *Vlassopoulou* (59) qu'il « incombe à l'autorité compétente de vérifier [...] si, et dans quelle mesure, les connaissances attestées par le diplôme octroyé dans un autre Etat membre et les qualifications

sionnelles couvertes par les directives de libéralisation et portant mesures transitoires, et complétant le système général de reconnaissance des diplômes, *J.O.C.E.*, L 201, p. 77) et C.J.C.E., 13 nov. 2003, aff. C-153/02, *Neri, Rec.*, à paraître (condamnant le refus de reconnaissance d'un diplôme universitaire au motif que des cours préparatoires ont été dispensés dans un autre établissement d'enseignement, conformément à un accord. En l'espèce, il s'agit du refus de l'Italie de reconnaître des diplômes délivrés par la Nottingham Trent University (U.K.), alors que les cours sont « sous-traités » en Italie par la European School of Economics. Autant que le processus de Bologne, l'arrêt risque de multiplier la création de « succursales » d'enseignement dans divers pays, plus que de favoriser la mobilité des étudiants.

(57) Concl. av. gén. Stix-Haekl, 11 févr. 2003, pt 17, qui font suite aux conclusions du 12 septembre 2003.

(58) C.J.C.E., 13 nov. 2003, aff. C-313/01, *Morgenbesser, Rec.*, à paraître.

(59) C.J.C.E., 7 mai 1991, aff. C-340/99, *Vlassopoulou, Rec.*, p. I-2357. Un autre arrêt en 2003 est relatif à la condamnation au remboursement des frais de l'avocat qui a presté ses services dans un autre Etat membre, C.J.C.E., 11 déc. 2003, aff. C-289/02, *Amok, Rec.*, à paraître.

ou l'expérience professionnelle obtenues dans celui-ci, ainsi que l'expérience obtenue dans l'Etat membre où le candidat demande à s'inscrire, doivent être considérées comme satisfaisant » (pt 67). En d'autres termes, pas de refus de principe d'un diplôme émanant d'un autre Etat membre, sans « examen comparatif » (pt 70).

C. — *Professeur, indemnité d'ancienneté (aff. Köbler)*

17. — L'Autriche accorde une indemnité d'ancienneté aux professeurs d'université qui enseignent dans une université autrichienne depuis plus de quinze ans. Il n'est pas tenu compte des années d'enseignement dans une autre université européenne. Dans l'arrêt *Köbler* (60), la Cour dit pour droit qu'il y a d'une discrimination indirecte contraire à la libre circulation des travailleurs, même si, pour la distinguer de la rémunération, elle est qualifiée de prime de fidélité. Mais l'intérêt principal de l'affaire *Köbler* réside dans l'analyse de la responsabilité de l'Etat dans la violation du droit communautaire, objet qui dépasse la présente chronique. Qu'il suffise ici de dire que la Cour reprend de la main gauche, ce qu'elle donne de la main droite. La Cour dit pour droit que la responsabilité de l'Etat est engagée même « lorsque la violation en cause découle d'une décision d'une juridiction statuant en dernier ressort » (dispositif pt 1) (61). Toutefois, dans ce cas, il convient de « rechercher si cette violation présente un caractère manifeste » (dispositif, pt 1). Or, en l'espèce, même si c'est à tort que la juridiction nationale a retiré sa question préjudicielle, ce caractère manifeste n'est pas atteint car la réponse à la question de savoir si une prime de fidélité est une entrave disproportionnée à la libre circulation « n'était pas évidente » (pt 122). Si l'on comprend que la Cour entend ménager ses relations avec les juridictions des Etats membres, elle pouvait se montrer plus ferme face aux revirements de la juridiction nationale qui ne trouvent pas d'autre explication que la volonté de contourner le risque d'une réponse qui emporterait condamnation du droit national. Plus tranché, l'avocat général estimait difficile d'admettre que la juridiction nationale « a commis une erreur excusable » (pt 170) sur le fond et qu'en tout état de cause elle « aurait dû maintenir sa question préjudicielle » (pt 173).

7

Accords

Turquie (aff. Wählergruppe Gemeinsam - Chambres de travail, Abata et Sahin)

18. — L'arrêt *Wählergruppe Gemeinsam* (appelé aussi « Chambres de travail ») (62) confir-

(60) C.J.C.E., 30 sept. 2003, aff. C-224/01, *Köbler, Rec.*, à paraître.

(61) Ceci n'étonnera guère le juriste belge compte tenu de la jurisprudence : Cass., 19 déc. 1991, *De Keyser, J.T.*, 1991, p. 141, citée par l'avocat général Léger, dans ses conclusions du 8 avril 2003, pt 83, bien qu'il n'y allait pas là d'une juridiction de dernier niveau.

(62) C.J.C.E., 8 mai 2003, aff. C-171/01, *Wählergruppe Gemeinsam* (Chambres de travail), *Rec.*, à paraître.

me l'importance croissante de l'accord d'association avec la Turquie, dans l'attente d'une possible adhésion. A plusieurs reprises, l'Autriche fut surprise par le droit que les travailleurs turcs puisent dans l'accord d'association et dans les décisions du Conseil d'association. Il en ira de même pour les nouveaux Etats membres qui ne pourront plus considérer les travailleurs migrants turcs comme de simples ressortissants d'Etats tiers. En l'espèce, la Cour dit que les travailleurs turcs doivent pouvoir participer aux élections sociales et y être éligibles. L'article 10, § 1^{er}, de la décision 1/80 du Conseil d'association accorde « aux travailleurs turcs appartenant au marché régulier de l'emploi un régime caractérisé par l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité [...] en ce qui concerne la rémunération et les autres conditions de travail ». La Cour dit pour droit que ce principe de non-discrimination « s'oppose à l'application d'une réglementation nationale qui refuse aux travailleurs turcs appartenant au marché régulier de l'emploi de l'Etat membre d'accueillir le droit d'éligibilité à l'assemblée plénière d'un organisme de représentation et de défense des intérêts des travailleurs tel que les chambres de travail et des employés en Autriche » (dispositif). Pour ce faire, la Cour considère que ce principe de non-discrimination a un effet direct, car il résulte d'une disposition claire, précise et inconditionnelle (pt 56) et doit être interprété de la même façon qu'il le fût en droit communautaire, au regard de l'article 39, § 2 C.E., pour garantir le droit d'éligibilité pour tout ressortissant d'un Etat membre aux élections des chambres professionnelles au Luxembourg (arrêts *A.S.T.I. I* et *II*) (63). Cette jurisprudence pourrait-elle s'étendre aux travailleurs d'autres Etats qui, dans le cadre d'accords, bénéficient du principe de non-discrimination, comme les accords de coopération (Maroc, Algérie, Tunisie) ou, plus largement encore, les accords A.C.P. (avec tous les pays d'Afrique-Caraïbes-Pacifique)? C'est possible mais non certain. L'on peut considérer que le principe de non-discrimination inscrit dans ces textes a effet direct pour ce qui concerne « la rémunération et les conditions de travail » (64). Néanmoins, il est moins certain que la notion de « conditions de travail » doivent être interprétée, dans ces textes aussi, de la même façon que dans le droit communautaire relatif à la libre circulation des travailleurs. Dans le présent arrêt *Wählergrup-*

(63) C.J.C.E., 4 juill. 1991, aff. C-213/90, *A.S.T.I. I, Rec.*, p. I-3507; 18 mai 1994, aff. C-118/92, *A.S.T.I. II, Rec.*, p. I-1891.

(64) Ainsi, l'article 40 de l'accord de coopération avec le Maroc (*J.O.C.E.*, L 364, 27 sept. 1978) prévoit que « chaque Etat membre accorde aux travailleurs de nationalité marocaine occupés sur son territoire un régime caractérisé par l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité [...] en ce qui concerne les conditions de travail et de rémunération ». Au demeurant, pour l'analyse de l'effet direct du principe de non-discrimination dans l'accord d'association avec la Turquie, la Cour se réfère à la jurisprudence relative à l'accord de coopération avec le Maroc (pt 59). De même, s'agissant des pays A.C.P., l'accord de Cotonou du 23 juin 2000 (*J.O.C.E.*, L 317, 15 déc. 2000) prévoit en son art. 13, § 3, que « chaque Etat membre accorde aux travailleurs ressortissants d'un pays A.C.P. exerçant légalement une activité sur son territoire, un traitement caractérisé par l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité [...] en ce qui concerne les conditions de travail, de rémunération et de licenciement ».

pe la Cour insiste, à plusieurs reprises, sur l'objet de l'accord d'association qui est de « réaliser graduellement la libre circulation des travailleurs » et de « créer un cadre approprié pour l'intégration graduelle des travailleurs migrants turcs » (pt 78). Si l'objectif d'intégration graduelle des travailleurs migrants se retrouve dans tous les accords, l'objectif de libre circulation est propre aux accords d'association. Toutefois, en faveur d'une même interprétation du principe de non-discrimination pour tous les travailleurs bénéficiaires d'accords, on relèvera que lorsqu'il s'agit d'exclure l'application générale de l'exception fonction publique aux élections des chambres de travail, la Cour utilise une formule très générale quant à son champ d'application personnel : « s'agissant des travailleurs étrangers bénéficiaires de l'égalité de traitement en ce qui concerne la rémunération et les autres conditions de travail, l'exclusion du droit d'éligibilité à un organisme de représentation et de défense des intérêts des droits des travailleurs tel que la chambre de travail en Autriche ne peut être justifiée ni par la nature juridique de l'organisme en cause selon le droit national ni par la circonstance que certaines fonctions de cet organisme pourraient comporter une participation à l'exercice de la puissance publique » (65).

19. — Les affaires jointes *Abatay et Sahin* (66) conduisent la Cour à étendre le champ d'application de l'accord d'association avec la Turquie aux ressortissants turcs qui ne sont pas « intégrés au marché du travail d'un Etat membre » (pt 83) mais qui y viennent occasionnellement tout en vivant en Turquie, comme des chauffeurs routiers de transport international. L'objet du litige est le suivant : l'Allemagne peut-elle imposer un permis de travail aux chauffeurs routiers turcs, résidents en Turquie, qui effectuent du transport international, notamment entre la Turquie et l'Allemagne, dans des véhicules immatriculés en Allemagne ou en Turquie, étant entendu qu'un tel permis de travail n'était pas exigé au moment de l'entrée en vigueur de l'article 13 de la décision 1/80 du Conseil d'association, soit le 1^{er} décembre 1980 (67)? Faut-il considérer que l'exigence de permis de travail est contraire à la clause de « stand still » contenue dans cet article 13, ainsi que dans l'article 41, § 1^{er}, du protocole additionnel à l'accord d'association (68)? Considérer que ces clauses de « stand still » sont d'effet direct n'est pas neuf (69). En revanche, il est neuf de considérer qu'elles « prohibent de manière générale l'introduction de nouvelles restrictions nationales respectivement

au droit d'établissement ainsi qu'à la libre circulation des services [prot., art. 41, § 1^{er}] et à la libre circulation des travailleurs [déc. 1/80, art. 13] » (70). En d'autres termes, la Cour considère, contrairement à ce que proposait l'avocat général Jean Mischo (71), que la clause de « stand still » doit faire l'objet d'une « portée large » (pt 73) et ne se limite pas aux ressortissants turcs qui exercent déjà régulièrement un emploi sur le territoire de l'Etat membre concerné. La Cour appuie notamment cette interprétation large sur l'effet utile de la clause de « stand still » qui doit se déduire *a contrario* de l'article 6 de la décision 1/80 qui protège déjà et vise les travailleurs turcs appartenant au marché de l'emploi (pt 75) alors que l'avocat général y voyait, *a priori*, une simple confirmation de ces droits (pt 63). Au vu de la lettre des textes, la Cour reconnaît toutefois que les conditions d'application de la clause de « stand still » de l'article 13 de la décision sont plus strictes que celles de l'article 41, § 1^{er}, du protocole dans la mesure où il faut que le travailleur turc soit présent de « manière régulière » et « pendant une période suffisante pour lui permettre de s'y intégrer progressivement » (dispositif, 3^e tiret). A dire vrai, la nuance importe peu dès l'instant où, dans une optique de libre circulation, le travailleur salarié du prestataire de service peut lui-même invoquer l'article 41, § 1^{er}, du protocole qui « s'oppose à ce que soit introduite dans la réglementation nationale d'un Etat membre l'exigence [nouvelle] d'un permis de travail » pour des transports transfrontières (dispositif, 5^e et 6^e tirets). L'enjeu est de taille puisqu'il peut conduire à des formes de *dumping* social, les entreprises allemandes préférant engager des chauffeurs turcs moins rémunérés ou moins protégés socialement. Au terme d'arguments littéraires et téléologiques en faveur d'une interprétation plus restrictive, l'avocat général ajoutait « à titre d'*obiter dictum*, qu'il existe une solution qui éviterait que les conducteurs turcs ne soient réduits au chômage et que les entreprises allemandes ne soient obligées d'avoir recours à des chauffeurs ne connaissant ni la langue turque ni les coutumes locales. Elle consisterait à accorder à ces chauffeurs un permis de travail pour autant qu'ils soient engagés par les entreprises allemandes selon les règles du droit du travail et de la sécurité sociale allemands » (pt 209).

B. — Slovaquie (aff. *Kolpak*)

20. — Les affaires sportives se poursuivent à Luxembourg : après *Bosman* (football) (72), *Delège* (judo) (73) et *Lethonen* (basket) (74), voici *Kolpak* (handball) (75). L'arrêt *Kolpak* étend le principe de non-discrimination à raison de la nationalité dans les compétitions

sportives nationales, aux ressortissants de pays bénéficiant d'accords avec l'Union qui comportent une clause de non-discrimination. Il pourra s'agir, comme en l'espèce avec la Slovaquie, de l'un des accords P.E.C.O., mais aussi des accords A.C.P. déjà cités (*supra*, n° 18). La Cour dit pour droit que l'accord « s'oppose à l'application à un sportif professionnel de nationalité slovaque, régulièrement employé par un club établi dans un Etat membre, d'une règle édictée par une fédération sportive du même Etat, selon laquelle les clubs ne sont autorisés à aligner, lors des matchs de championnat ou de coupe, qu'un nombre limité de joueurs originaires de pays tiers qui ne sont pas partie à l'accord sur l'Espace économique européen (dispositif). Tout en rappelant que ces accords ne comportent pas la libre circulation des travailleurs et que partant, les Etats demeurent libres de refuser l'accès au territoire et au marché de l'emploi (pt 42) la Cour affirme que, une fois que l'intéressé a eu accès au territoire et à un emploi, l'exercice de cet emploi ne peut souffrir de discrimination à raison de la nationalité. Ce faisant, Luxembourg confirme une jurisprudence déjà acquise en France à propos d'une joueuse de basket polonaise (76). Comme dans *Bosman*, la Cour va toutefois examiner s'il n'y a pas de justification sportive à cette discrimination (pts 52 à 57). Faut-il vraiment soumettre la discrimination directe, expressément condamnée par le texte, à l'atténuation du principe de proportionnalité?

8

Conclusion

21. — Citoyenneté et droits fondamentaux sont les deux principales notions soumises à l'appréciation de la Cour en 2003. Selon les termes de l'avocat général Damas Ruiz-Jarabo Colomer, « la création d'une citoyenneté de l'Union [...] représente un progrès qualitatif considérable dans la mesure où elle dissocie cette liberté de circuler de ses éléments fonctionnels et instrumentaux [...] et dans la mesure également où elle élève ce droit au rang de droit propre et indépendant, inhérent au statut politique des citoyens de l'Union » (77). Petit à petit, les notions de citoyenneté et de droits fondamentaux semblent se détacher de la libre circulation des travailleurs. Iront-elles jusqu'à se détacher du critère de circulation, pour s'ancrent à l'espace plus large de la condition des personnes? Ce serait l'évolution normale de la construction progressive d'une Union respectueuse des droits fondamentaux de tous ses citoyens.

Jean-Yves CARLIER

Professeur à l'U.C.L. - Avocat

(65) Pt 92, italiques ajoutées.

(66) C.J.C.E., 21 oct. 2003, aff. jtes C-317/01 et C-369/01, *Abatay et Sahin, Rec.*, à paraître.

(67) Décision 1/80 du Conseil d'association C.E.E.-Turquie, art. 13 : « Les Etats membres de la Communauté et la Turquie ne peuvent introduire de nouvelles restrictions concernant les conditions d'accès à l'emploi des travailleurs et des membres de leur famille qui se trouvent sur leur territoire respectif en situation régulière en ce qui concerne le séjour et l'emploi ».

(68) Protocole additionnel à l'accord d'association C.E.E.-Turquie, art. 41, § 1^{er}, « Les parties contractantes s'abstiennent d'introduire entre elles de nouvelles restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services ».

(69) C.J.C.E., 11 mai 2000, aff. C-37/98, *Savas, Rec.*, p. I-2927; 20 sept. 1990, aff. C-192/89, *Sevinçe, Rec.*, p. I-3461.

(70) Dispositif, 2^e tiret, italiques ajoutées.

(71) Concl. av. gén. Jean Mischo, 13 mai 2003.

(72) C.J.C.E., 15 déc. 1995, aff. C-415/93, *Bosman, Rec.*, p. I-4921.

(73) C.J.C.E., 11 avril 2000, aff. C-51/96 et C-51/97, *Delège, Rec.*, p. I-2548.

(74) C.J.C.E., 13 avril 2000, aff. C-176/96, *Lethonen, Rec.*, p. I-2681, note *J.L.M.B.*, 2000, p. 1381. Sur l'ensemble, voy. J.-M. De Waele et A. Husting (édit.), *Sport et Union européenne*, Bruxelles, éd. de l'U.L.B., 2001.

(75) C.J.C.E., 8 mai 2003, aff. C-438/00, *Kolpak, Rec.*, à paraître et concl. av. gén. Christine Stix-Hackl, 11 juill. 2002.

(76) Cour administrative de Nancy, 3 févr. 2000, *Malaja, R.T.D.E.*, 2000, p. 384, note G. Auneau. Décision confirmée par le Conseil d'Etat de France, 30 déc. 2002, *A.J.D.A.*, 2003, n° 8, p. 388, note Fr. Lagarde.

(77) Conclusions du 11 décembre 2003 dans l'aff. C-386/02, *Baldinger*, pendante, pt 25. Le même avocat général n'exclut pas des traitements différenciés entre citoyens, fondés sur la « condition de résidence, destinée à vérifier l'existence d'un enracinement dans le pays et la réalité des liens » (concl. 10 juill. 2003, aff. C-138/02, *Collins*, pendante, pt 75).