

Etats membres ont désignées en matière de marchés publics de travaux et de fournitures. La Cour a encore ajouté que les exigences d'une protection effective des droits des justiciables et d'une interprétation du droit national conforme à la directive 92/50 imposent à la juridiction nationale de vérifier si les dispositions pertinentes du droit national permettent de reconnaître aux justiciables un droit de recours en matière de marché public de services ». Dans ces circonstances, « la juridiction nationale est tenue en particulier de vérifier si ce droit de recours peut s'exercer devant les mêmes instances que celles prévues en matière de passation de marchés publics de fournitures et de travaux ».

3

Conclusions

Les conditions dans lesquelles le justiciable peut faire valoir devant le juge national les droits que lui confère l'ordre juridique communautaire sont et resteront pour très longtemps encore, du moins peut-on le penser, essentiellement définies par des dispositions d'origine nationale. Certes, le législateur communautaire est intervenu dans certains domaines spécifiques, mais l'on ne saurait voir dans ses initiatives ponctuelles l'amorce d'un véritable code de procédure à destination des juridictions nationales. Quant à la jurisprudence de la Cour, for-

ce est de constater qu'elle a avant tout eu un effet d'exclusion à l'égard des règles procédurales nationales et ce à travers les critères d'équivalence ou bien encore d'effectivité. Ce n'est que, de façon tout à fait exceptionnelle, lorsque le droit national n'offrait aucun remède au justiciable, que la jurisprudence de la haute Cour européenne, se fondant sur la pleine efficacité du droit communautaire, a pris un tour constitutif.

Depuis 1995, plusieurs évolutions jurisprudentielles significatives sont intervenues. D'un point de vue chronologique, l'on a d'abord pu assister à l'apparition dans le raisonnement de la Cour d'un contrôle de légitimité. La portée de ce contrôle est encore difficile à cerner. Est-il en effet imaginable qu'une disposition procédurale nationale rendant impossible l'application du droit communautaire puisse néanmoins être justifiée? Une telle situation ne s'est jusqu'à présent pas présentée. La Cour a ensuite uniformisé sa démarche en matière d'autonomie procédurale abandonnant l'idée d'une approche différenciée en ce qui concerne les directives. Mais le plus remarquable aura certainement été l'évolution de la jurisprudence en ce qui concerne la possibilité pour le juge national de soulever d'office une violation du droit communautaire. En effet, alors que la Cour avait semblé considérer dans un premier temps que l'ensemble du droit communautaire devait bénéficier du statut des dispositions d'ordre public dans les ordres juridiques nationaux, elle a, dans un second temps, opté pour

une approche plus nuancée au terme de laquelle les dispositions de droit communautaire ne doivent être considérées comme étant d'ordre public que si des dispositions nationales portant sur les mêmes matières sont elles-mêmes d'ordre public ou si elles revêtent une importance toute particulière dans l'ordre juridique communautaire. Sur ce dernier point, l'on peut penser que la Cour ne tardera pas à voir affluer bon nombre de questions préjudicielles visant à faire clarifier cette notion.

L'évolution de la jurisprudence de la Cour relative aux conditions de mise en œuvre du droit communautaire dans les Etats membres aura, on l'a constaté, été marquée par des « flux et des reflux ». Si d'aucuns parleront à cet égard de frilosité, force est de constater que, en alternant, comme elle l'a fait avancées audacieuses et mises en perspective prudentes, la Cour aura réussi à faire accepter par les Etats membres ce qu'ils n'auraient peut-être pas été prêts à admettre dans le cadre d'un processus législatif.

Michel L. STRUYS (*)

Référendaire à la C.J.C.E.

Assistant à la Faculté de droit de l'U.C.L.

Maître de conférences invité

à l'Université de Paris-Sceaux

(*) Les opinions exprimées par l'auteur n'engagent que lui et non l'institution à laquelle il appartient.

2000

54

CHRONIQUE

La libre circulation des personnes dans l'Union européenne

(1^{er} janvier 1999 - 31 décembre 1999)

1. — C'est toujours en trois temps que la libre circulation des personnes se conjugue en droit communautaire (1) :

- 1) L'entrée, ou le franchissement des frontières extérieures pour accéder au territoire commun;
- 2) La circulation, ou le franchissement des frontières intérieures;
- 3) Le séjour ou l'installation sur le territoire d'un autre Etat membre au sens classique de la libre circulation des travailleurs.

2. — Comme par le passé, le premier aspect, l'entrée, est demeuré en 1999 de l'ordre de la prospective législative vers la création d'une politique migratoire commune. En revanche, le deuxième aspect, la circulation, fait l'objet de la décision la plus intéressante pour 1999 : l'affaire *Wijsenbeek*, précisant que le franchissement des frontières intérieures à l'Union sans aucun contrôle n'est pas encore acquis. Le troisième aspect, le séjour, a permis à la Cour de rappeler quelques principes, notamment en

(1) Voy. *J.T.D.E.*, 1995, p. 97; 1996, p. 63; 1997, p. 193; 1999, p. 56.

matière d'interprétation restrictive de l'exception d'ordre public (*Calfa*) et d'apporter quelques précisions relatives aux ressortissants d'Etats tiers liés par des accords, notamment sur l'étendue du principe de non-discrimination (Turquie, Maroc). Dans l'ensemble, on peut considérer que la Cour fait preuve de réalisme en prenant acte des lenteurs inhérentes à la mise en place d'un espace de libre circulation des personnes.

3. — L'enseignement principal de l'année sous revue résulte de l'affaire *Wijsenbeek*. La Cour y adopte le point de vue selon lequel la mise en œuvre de la liberté de circulation interne (deuxième aspect), voire le droit de séjour (troisième aspect) sont désormais conditionnés par le contrôle des frontières externes au sein d'une politique migratoire commune. A l'inverse, on pouvait croire antérieurement que la politique migratoire commune n'était qu'une conséquence, non une condition, de la liberté interne de circulation. Ce glissement sémantique et logique de la conséquence à la condition révèle un choix politique d'opportunité dont l'issue demeure incertaine. Soit il conduit le lé-

gislateur communautaire à prendre rapidement ses responsabilités et à mettre effectivement en œuvre une politique migratoire commune. Soit l'inertie du législateur conduit à bloquer l'avancée vers une véritable liberté de circulation des personnes. Ce choix révèle aussi la crainte latente des sociétés occidentales, dont l'Europe, à l'égard des migrations en provenance du Sud et de l'Est.

Cette crainte, inexistante au moment de la création des Communautés européennes, pour compréhensible qu'elle soit, ne devrait pas conduire l'Union à privilégier la fermeture d'un club sur l'ouverture d'un peuple trait d'union entre les hommes et les régions du monde.

1

Entrée

4. — L'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam le 1^{er} mai 1999 introduit, dans le Traité C.E. un nouveau titre IV, intitulé : *Visa, asile,*

immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes. Ce titre couvre les nouveaux articles 61 à 69 C.E. Aux termes de l'article 61, l'objectif fixé est de mettre en place progressivement, pour l'essentiel dans les cinq ans qui suivent l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam, un espace de liberté, de sécurité et de justice (2). A cette fin, l'essentiel de ce qui se trouvait dans le troisième pilier du Traité de Maastricht, la coopération intergouvernementale dans les matières de justice et d'affaires intérieures (J.A.I.) est communautarisée, à l'exception de la coopération policière et judiciaire pénale. Outre les coopérations judiciaires civile et administrative, l'article 61, C.E. prévoit expressément que le Conseil arrête dans les cinq ans « des mesures ... concernant les contrôles aux frontières extérieures, l'asile et l'immigration ». Si le Traité de Maastricht avait déjà permis d'adopter des mesures relatives aux visas, sur pied de l'ancien article 100 T.C.E. (3), les mesures relatives à ces trois domaines — contrôle des frontières extérieures, asile et immigration — demeuraient, dans le cadre de la coopération, embryonnaires et peu efficaces. Il est encore trop tôt pour déterminer la forme — directives, règlements — et le contenu qu'adoptent les futures dispositions de droit dérivé en ces matières. A partir d'un plan d'action du Conseil et de la Commission, publié début 1999, du Conseil européen en matière de justice et d'affaires intérieures, de Tampere des 15-16 octobre 1999 et des travaux d'un groupe de haut niveau sur l'asile et l'immigration, soixante et une propositions législatives ont été réunies dans un tableau (4).

5. — Le défi des années à venir sera, d'une part, de respecter un échéancier permettant d'aboutir pour le 1^{er} mai 2004, d'autre part, d'harmoniser les mesures en ces matières à un niveau suffisamment général pour éviter une multitude de textes dans chaque domaine et de nombreuses exceptions aux principes dans chaque texte, rendant la situation plus complexe encore qu'actuellement. Sur le fond, l'enjeu est double. D'une part, il s'agira de construire une Europe des personnes qui ne s'isole pas du reste du monde. C'est possible en trouvant une voie moyenne pour le contrôle des

frontières extérieures, entre l'inacceptable fermeture et l'impossible ouverture absolue. A long terme, il convient de réfléchir à une distinction plus radicale entre un droit absolu de voyager, par suppression des visas de court séjour, un droit relatif de séjourner dans le cadre du droit d'asile et du regroupement familial, complété par la faveur de certaines migrations de travail et de démographie (5). D'autre part, il s'agira de ne pas mettre en péril les acquis de la libre circulation des personnes au sein de l'Union européenne dans l'attente d'une hypothétique politique migratoire commune. Sur ce point, l'évolution de la jurisprudence relative à la circulation par le franchissement des frontières intérieures sème quelque inquiétude.

2

Circulation (aff. *Wijsenbeek*)

6. — Parlementaire européen, de nationalité néerlandaise, Florus Ariël Wijsenbeek refusa, lors de son entrée aux Pays-Bas par l'aéroport de Rotterdam, le 17 décembre 1993, en provenance de Strasbourg, de présenter son passeport à l'agent de la gendarmerie nationale commis à la surveillance des frontières, se contentant de produire un permis de conduire belge. Condamné de ce chef à une amende en première instance, il interjeta appel devant l'Arondissementsrechtbank de Rotterdam qui, avant de trancher, pose à la Cour de justice des Communautés européennes deux questions préjudicielles, examinées ensemble par la Cour, considérant qu'il est demandé « en substance si l'article 7A [art. 14 C.E.] ou l'article 8A [art. 18 C.E.] du Traité interdit à un Etat membre d'obliger, sous peine de sanctions pénales, une personne, citoyen ou non de l'Union européenne, à établir sa nationalité lors de son entrée sur le territoire de cet Etat membre par une frontière intérieure à la Communauté » (6). C'est probablement de façon déléguée que M. Wijsenbeek ne s'est prévalu ni de la Convention d'application des Accords de Schengen (7), ni de sa qualité de travailleur au sens de l'article 48 T.C.E., ni même de sa qualité de parlementaire interdisant toute restriction à son déplacement vers ou depuis une réunion du Parlement européen (8). C'est à l'évidence une question de principe que ce parlementaire entend soulever : le droit communautaire a-t-il supprimé tout contrôle des personnes aux frontières internes ?

L'avocat général Cosmas ne s'y est pas trompé, adoptant de longues conclusions accompagnées « d'un aperçu historique général du principe de la libre circulation des personnes » (9). Confirmant « l'intérêt particulier » de l'affaire, quatre Etats sont intervenus à la cause, outre le gouvernement néerlandais et la Com-

mission (10). Suivant en grande partie les conclusions de l'avocat général, la Cour considère, dans le dispositif de sa décision, que « en l'état du droit communautaire applicable au moment des faits, ni l'article 7A ni l'article 8A T.C.E. (art. 14 C.E. et 18 C.E.) ne s'opposent à ce qu'un Etat membre oblige, sous peine de sanctions pénales, une personne, citoyen ou non de l'Union européenne, à établir sa nationalité lors de son entrée sur le territoire de cet Etat membre par une frontière intérieure de la Communauté, pourvu que les sanctions soient comparables à celles qui s'appliquent à des infractions nationales similaires et ne soient pas disproportionnées, créant une entrave à la libre circulation des personnes ».

7. — Faut-il en déduire que, tranchant la question évitée dans l'affaire *Martinez Sala*, la Cour refuse tout effet direct aux articles 7A T.C.E. (14 C.E.) et 8A T.C.E. (18 C.E.) (11) ? L'enseignement est plus nuancé. Selon Marc Fallon, « la Cour claque définitivement la porte aux chantres d'un prétendu effet direct de l'article 7A (14 C.E.), siège de la définition du marché intérieur, tout en ouvrant la fenêtre à un effet direct possible de l'article 8A (18 C.E.), siège de la circulation du citoyen » (12). Tel est bien la portée des conclusions de l'avocat général, distinguant l'article 7A (14 C.E.) de l'article 8A (18 C.E.), refusant effet direct au premier et l'accordant au second. Curieusement, bien que les deux dispositions soient distinguées, c'est la même motivation qui limite leur effet. Effet direct serait refusé à l'article 7A T.C.E. (14 C.E.); l'établissement du marché intérieur au 31 décembre 1992 n'entraînerait pas l'obligation de supprimer automatiquement les contrôles des personnes aux frontières intérieures de la Communauté à cette échéance car « une telle obligation présuppose l'harmonisation des législations des Etats membres en matière de franchissement des frontières extérieures de la Communauté, d'immigration, d'octroi des visas, d'asile » (13). En revanche, l'article 8A T.C.E. aurait effet direct en ce qu'il confère au citoyen le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, mais l'exercice de ces droits supposerait « que la personne concernée soit en mesure d'établir qu'elle a la nationalité d'un Etat membre », « tant que des dispositions communautaires relatives aux contrôles aux frontières extérieures de la Communauté, impliquant également des règles communes ou harmonisées en matière notamment de conditions d'accès, de visas et d'asile, n'ont pas été adoptées » (14). C'est bien la même condition d'une politique migratoire commune, au sens large, qui limite les deux dispositions. Aussi la Cour se garde-t-elle bien d'utiliser les mots « effet direct » pour les appliquer à l'une disposition et pas à l'autre. Plutôt que d'affirmer l'un ou l'autre effet, la Cour se contente de procéder par défaut et de relever que « même au cas où, en vertu de l'article 7A ou de l'article 8A du Traité, les ressortissants des Etats membres auraient un droit inconditionnel de circuler li-

(2) K. Hailbronner, « The Treaty of Amsterdam and Migration Law », publié dans le nouveau *European Journal of Migration Law*, 1999, n° 1, p. 9; Fr. Crépeau et J.-Y. Carlier, « Intégration régionale et politique migratoire - Le "modèle" européen entre coopération et communautarisation », *Journal de droit international*, 1999, p. 953 et l'ouvrage général L. Dubouis, Cl. Blumann, *Droit communautaire matériel*, Paris, Montchrestien, 1999, qui consacre une importante première partie aux personnes.

(3) *J.T.D.E.*, 1997, p. 197, n° 19 et 1999, p. 62, n° 25. Suite à l'annulation du texte précédent par la Cour, un nouveau règlement (CE) n° 574/1999 déterminant les pays tiers dont les ressortissants doivent être munis d'un visa lors du franchissement des frontières extérieures des Etats membres a été adopté le 12 mars 1999, *J.O.C.E.*, L 72, 18 mars 1999, p. 2.

(4) « Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du Traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice », 3 décembre 1998, *J.O.C.E.*, 1999, C 19, p. 1; « Conclusions de la présidence du Conseil européen de Tampere, 15-16 octobre 1999, D/99/14, *Migration News Sheet*, novembre 1999 et <http://www.europarl.eu.int/dg7/summits/fr/tam.htm> et <http://europa.eu.int/Council/off/conclu/oct99/>.

(5) Fr. Crépeau et J.-Y. Carlier, *op. cit.*, pp. 994 et s.

(6) C.J.C.E., 21 sept. 1999, aff. C-378/97, *Wijsenbeek*, non encore publié au *Recueil*; *J.T.D.E.*, 2000, p. 17. Voy. aussi G. Papagianni, « La libre circulation des citoyens de l'Union : de Maastricht à Amsterdam et au-delà », *Actual. droit*, 1999, p. 625.

(7) Sur la question des dates de l'entrée et de mise en vigueur de la Convention de Schengen, voy. *J.T.D.E.*, 1995, p. 97.

(8) Article 8 du Protocole sur les privilèges et immunités des Communautés européennes.

(9) Conclusions du 16 mars 1999, pt 24.

(10) *Idem*, pt 23 : Royaume-Uni, Irlande, Finlande, Espagne.

(11) C.J.C.E., 12 mai 1998, aff. C-85/96, *Martinez Sala*, *Rec.*, I-2691; *J.T.D.E.*, 1999, p. 60.

(12) M. Fallon, « Le citoyen européen à la frontière », *I.D.J.*, nov. 1999-9, p. 79.

(13) Arrêt, pt 40.

(14) Arrêt, pt 42.

brement sur le territoire des Etats membres, ces derniers conserveraient le droit d'effectuer des contrôles d'identité aux frontières intérieures de la Communauté » en l'absence de politique migratoire commune (15). De même, en son dispositif, la Cour associe les deux articles : 7A T.C.E. (14 C.E.) et 8A T.C.E. (18 C.E.). Certes, d'autres arguments plaident en faveur d'une distinction entre les deux dispositions, depuis leur libellé jusqu'aux déclarations annexées à l'Acte unique, qui limitaient la portée de l'article 7A T.C.E., en passant par le champ d'application personnel distinct et le souhait de voir dans l'article 8A, qui confère un droit à « caractère substantiel » au citoyen, une sorte de révolution de « philosophie anthropocentrique », qui centre les droits sur la personne du citoyen et ne les déduit plus de la création du marché (16). Pour séduisantes que soient ces considérations qui permettent d'ancrer la construction européenne au citoyen, il y a lieu de relever qu'elles ne sont pas reprises dans l'arrêt. Deux raisons expliquent, peut-être, ce silence de la Cour. D'une part, il ne faut pas exagérer la portée de la citoyenneté. Si son introduction formelle dans le Traité eut une portée symbolique certaine, elle n'est pas tant un saut qualitatif que la continuité de l'esprit qui animait les rédacteurs du Traité de Rome. Telle qu'interprétée par la Cour dans l'affaire *Van Gend & Loos*, la Communauté constituait déjà « un nouvel ordre juridique de droit international... dont les sujets sont non seulement les Etats membres mais également leurs ressortissants » (17). La citoyenneté est, en quelque sorte, une protection complémentaire aux droits accordés par le Traité aux travailleurs salariés ou indépendants ainsi qu'aux prestataires et destinataires de services en manière telle que s'ils sont « correctement protégés » par ces dispositions, il est « superflu de recourir à cette autre protection qu'apporte la citoyenneté de l'Union » (18). En l'espèce, la Cour eût pu examiner d'autres dispositions en répondant à la deuxième question de la juridiction nationale se référant à « toute autre disposition de droit communautaire ». D'autre part, centrer la libre circulation sur la citoyenneté (art. 18 C.E.) plutôt que sur la création d'un espace commun (art. 14 C.E.) risque d'en exclure les ressortissants d'Etats tiers séjournant de longue date sur le territoire de l'Union. La construction européenne se sera-t-elle enrichie si elle substitue aux nationalismes exacerbés, une citoyenneté exclusive des ressortissants d'Etats tiers qui peuplent l'Europe? A cet égard, l'analyse de la Cour est correcte et simple : même si l'on entend reconnaître plus largement un droit de circuler au citoyen européen, il lui appartient de prouver qu'il est ce citoyen et, partant, de prouver sa nationalité, ce qui ne serait pas une exigence disproportionnée pour lui reconnaître l'exercice de droits qui lui seraient propres. Mais ce droit du citoyen de circuler librement doit-il être conditionné par l'existence d'une politique migratoire commune?

8. — Sur ce point, on peut désapprouver la Cour et proposer une distinction en deux éta-

(15) *Idem*, pt 43, italiques ajoutées.

(16) Conclusions, pts 58 et s. et pts 82 et s.

(17) C.J.C.E., 5 févr. 1963, aff. C-26/62, *Van Gend & Loos*, *Rec.*, 1.

(18) Conclusions de l'avocat général La Pergola dans l'affaire C.J.C.E., 19 janv. 1999, aff. C-348/96, *Calfa*, *Rec.*, I-11, examinée plus loin, n° 16.

pes. Aujourd'hui, et c'est l'article 18 C.E., le citoyen doit pouvoir circuler librement à la seule condition de prouver sa nationalité. Son séjour, sur le territoire d'un autre Etat membre demeure conditionné par les dispositions du Traité et du droit dérivé, principalement les conditions de moyens de subsistance suffisants et d'ordre public. Demain, et c'est l'article 14 C.E., il ne s'agit plus de conditionner un droit *rationae personae*, mais *rationae materiae* : toute personne, quelle que soit sa nationalité, doit pouvoir franchir sans contrôle les frontières intérieures de l'espace commun. C'est ici, pour le seul article 14 C.E., non pour l'article 18 C.E., qu'un lien peut être fait entre le franchissement des frontières intérieures et le contrôle des frontières extérieures. Oublie-t-on que l'article 61 C.E. précité, qui prévoit que le Conseil arrête dans les cinq ans les « mesures d'accompagnement directement liées à cette libre circulation et concernant les contrôles aux frontières extérieures, l'asile et l'immigration », vise le seul article 14 C.E., non l'article 18 C.E.

9. — Reste la question du sens des mots « mesures d'accompagnement ». Qu'est-ce qui est premier : la libre circulation interne, avec pour conséquence le contrôle des frontières extérieures, ou le contrôle des frontières extérieures comme condition de la libre circulation interne? La Cour, suivant l'avocat général, retient cette dernière hypothèse. Or, dans l'évolution des principes de libre circulation, le contrôle des frontières extérieures ne fait son apparition que comme conséquence de la suppression des contrôles aux frontières internes d'un espace commun (19). L'avocat général Cosmas relève que par ces mots « mesures d'accompagnement », « le législateur [...] reconnaît directement — fût-ce avec retard, étant donné les attentes suscitées par l'insertion de l'article 7A dans le texte du Traité — que l'application intégrale et immédiate de cet article n'est possible que si elle va de pair, indéfectiblement, avec l'adoption de mesures d'accompagnement, à tout le moins en ce qui concerne la suppression des contrôles frontaliers aux frontières intérieures de la Communauté » (20). Admettons qu'attentif aux craintes des Etats, le législateur européen entend, aujourd'hui, accompagner la suppression des contrôles aux frontières intérieures d'une politique migratoire commune (21). Il ne s'en dé-

(19) Ce fut le cas du Benelux et de Schengen, tout à fait pour les accords de 1985, un peu moins lors de la « mise en vigueur » de la Convention de 1990, conditionnée pour la première fois dans la première déclaration commune de l'acte final, relative à l'article 139, qui concerne l'entrée en vigueur, par des « contrôles aux frontières extérieures [qui] seront effectifs ».

(20) Conclusions, note 65. La note 64 précise que l'espace sans frontières intérieures « présuppose, comme condition *sine qua non* de son existence, l'instauration d'un espace de liberté, de sécurité et de justice ».

(21) L'avocat général avait correctement relevé qu'avant « l'insertion du Traité d'Amsterdam dans le dispositif des règles du droit communautaire primaire », s'il était encore possible d'attribuer effet direct à l'article 7A C.E., cela « serait particulièrement malencontreux [...] dès lors que la révision imminente du Traité sera accomplie » en manière telle qu'il était, même avant cette révision « opportun pour des raisons de logique juridique, de méthodologie et de bonne politique jurisprudentielle, de sou-

duit pas que, dans l'absolu, une politique migratoire commune conditionne nécessairement la mise en place d'un espace commun sans frontières intérieures. Si l'évolution d'un espace commun sans frontières intérieures vers un contrôle des frontières extérieures communes est logique, il ne s'en déduit pas que ce dernier doit être une condition préalable à la réalisation du premier. Toutefois, en présence du nouveau titre IV du Traité, il faut admettre que tel est le cas aujourd'hui jusqu'au 1^{er} mai 2004 à l'exception des « Etats Schengen » ayant depuis supprimé tout contrôle aux frontières internes (22). A cette date, sauf nouvelle modification des échéances par le législateur, il faudra reconnaître effet direct à l'article 14, avec ou sans mesures destinées à accompagner, verbe qui signifie, selon l'explicite belgicisme « aller avec » le marché intérieur, non le conditionner. A cette date, l'obligation de résultat devra être respectée, le programme de mesures progressives visant, selon une jurisprudence constante de la Cour en matière de liberté de circulation dans différents domaines, à faciliter, non à conditionner les droits directement reconnus par le Traité (23).

10. — Dans l'attente, les citoyens européens bénéficient déjà de cette liberté de circulation, indépendamment de ces mesures, dès l'instant où le contrôle de l'exercice de ce droit n'emporte pas une entrave discriminatoire ou disproportionnée. Tel est le cas d'un contrôle de nationalité par production d'une carte d'identité ou d'un passeport. Comme en matière de séjour — libre circulation des travailleurs — l'on préférera se limiter à ces deux critères — discrimination et disproportionnalité — pour condamner ou accepter certaines limites au libre franchissement des frontières intérieures sans devoir, comme l'a fait la Cour, introduire, en ce point, une référence aux mesures d'accompagnement dont l'objet est autre. Il s'agit d'examiner les limites que peut comporter l'exercice de tout droit, non de conditionner l'existence même de ce droit.

En revanche, c'est avec satisfaction que l'on constatera que la Cour utilise les mots « sanc-

tenir que l'article 7A n'est pas doté d'un effet direct » (conclusions, pts 72 et 73). Le qualificatif « opportun » conduit à reconnaître que, bien que combattue, la thèse de l'effet direct était soutenable et que son abandon n'est dû qu'à l'écoulement du temps après le 31 décembre 1992. La Commission elle-même qui, dans sa communication du 8 mai 1992 sur la « suppression des contrôles aux frontières » (SEC [92] 877) soutenait l'effet direct de l'article 7A C.E. *a*, dans l'affaire *Wijsenbeek*, soutenu « que l'article 7A du Traité n'a pas d'effet direct » (arrêt, pt 27).

(22) Il y va de quinze Etats : les quinze Etats de l'Union, moins le Royaume-Uni et l'Irlande, plus deux Etats tiers, la Norvège et l'Islande. S'agissant de la Convention d'application des Accords de Schengen, on notera pour la période sous revue la *décision* du Conseil n° 1999/435 du 20 mai 1999 relative à la *définition de l'acquis de Schengen en vue de déterminer, conformément aux dispositions pertinentes du Traité instituant la Communauté européenne et du Traité sur l'Union européenne, la base juridique de chacune des dispositions ou décisions qui constituent l'acquis* et, à la même date, la *décision déterminant la base juridique de chacune des dispositions ou décisions constituant l'acquis de Schengen*, ainsi que les décisions relatives à l'extension à la Norvège et à l'Islande (*J.O.C.E.*, L 176, 10 juill. 1999 pour le tout).

(23) C.J.C.E., 21 juin 1974, aff. C-2/74, *Reyners*, *Rec.*, rappelée dans les conclusions au pt 26.

tion disproportionnée » paraissant de la sorte appliquer à une entrave qualifiée de non discriminatoire un test de disproportionnalité réservant le test plus sévère de proportionnalité aux entraves discriminatoires (24). En l'espèce, il ne s'agit pas d'une entrave discriminatoire directe, fondée sur la nationalité puisque toute personne est priée de prouver sa nationalité à la frontière, il n'y va toutefois pas d'une entrave indistinctement applicable parfaite, comme dans l'affaire *Bosman*, en cela que, à l'inverse du coût du transfert d'un joueur de football, la mesure n'est imposée que lorsqu'il y a franchissement d'une frontière. L'objectif de la création d'un espace commun, comme celui du Benelux, de l'Union nordique ou de Schengen, est précisément de faire en sorte que le franchissement de la frontière ne soit plus le fait générateur d'un contrôle. Le fait qu'il ne s'agisse pas, en l'espèce, d'une entrave indistinctement applicable parfaite, rend difficile l'application du critère de disproportionnalité dans la mesure où la comparaison avec « des infractions similaires » n'est pas aisée, un contrôle pour simple franchissement d'une frontière étant, par hypothèse, inexistant dans un cadre national. Toujours est-il que, en utilisant le critère de « sanction disproportionnée », la Cour étend à la circulation, au sens du franchissement des frontières intérieures, les critères patiemment construits pour la libre circulation des personnes, au sens du séjour. Ce constat n'exclut pas qu'il conviendra, à long terme, de distinguer plus nettement le simple franchissement des frontières, tant internes qu'externes, qui devra progressivement se libéraliser, du séjour emportant installation qui, bien plus longtemps, demeurera conditionné en raison des réalités socio-économiques mondiales.

3

Séjour

11. — Les principes et les exceptions à la libre circulation classique des personnes, au sens du séjour sur le territoire d'un autre Etat membre, sont réaffirmés par la Cour, qui apporte également quelques précisions relatives aux ressortissants d'Etats tiers liés par des accords.

1. — Principes (aff. *Terhoeve* et *Meeusen*)

12. — Dans l'étude détaillée que constituent les conclusions de l'avocat général Cosmas, pour l'affaire *Wijsenbeek* précitée, il est rappelé que la jurisprudence de la Cour relative à l'effet direct des articles 48, 52 et 59 T.C.E. (39, 43 et 49 C.E.) constituent « la pierre d'angle de la consécration de la libre circulation des personnes » (25). Chaque décision permet d'affiner la préciosité de cette pierre. Ainsi, l'affaire *Terhoeve* relative à l'imposition combinée comprenant l'impôt sur le revenu et les cotisations d'assurances sociales est-elle l'occasion de rappeler que l'article 48 T.C.E. (39 C.E.) « met en œuvre un principe fondamental

(24) Sur cette distinction, voy. *J.T.D.E.*, 1999, p. 59, n° 16 et, pour un commentaire, O. De Schutter, « Le concept de discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (Egalité de traitement et liberté de circulation) », in E. Bribosia, E. Dardenne, P. Magnette et A. Weyembergh (dir.), *Union européenne et nationalité*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 33.

(25) Conclusions, pt 25.

visant à faciliter [...] l'exercice d'activités professionnelles de toute nature sur le territoire de la Communauté ». « Des dispositions, qui empêchent ou dissuadent un ressortissant d'un Etat membre de quitter son Etat d'origine pour exercer son droit à la libre circulation, constituent, dès lors, des entraves à cette liberté même si elles s'appliquent indépendamment de la nationalité des travailleurs concernés ». Tel peut être le cas de dispositions qui imposent « des cotisations sociales plus lourdes » en cas de changement de résidence sans accorder le bénéfice de « prestations sociales supplémentaires » (26). En l'espèce, cette discrimination indirecte n'est justifiée ni par « un objectif de simplification et de coordination de la perception de l'impôt », souvent accepté dans la jurisprudence de la Cour, ni par des « difficultés d'ordre technique », ni par « d'autres avantages » (27). Le test de proportionnalité est ici appliqué dans toute sa rigueur, s'agissant pour la Cour d'une entrave discriminatoire indirecte, fondée sur la résidence (28).

13. — L'affaire *Meeusen* permet de préciser la notion de travailleur en y incluant une personne « liée par mariage au directeur et seul propriétaire des parts sociales de la société en faveur de laquelle elle exerce une activité réelle et effective [...] dans le cadre d'un lien de subordination », de rappeler que le financement des études de l'enfant constitue pour ce travailleur un avantage social au sens de l'article 7, § 2, du règlement 1612/68, en précisant que cet avantage social est acquis tant au travailleur saisonnier qu'au travailleur permanent et « sans qu'une condition supplémentaire relative à la résidence de l'enfant puisse être imposée », si elle n'est pas imposée aux enfants des ressortissants de l'Etat d'emploi (29).

14. — En matière de reconnaissance de diplômes, l'affaire *Fernandez de Bobadilla* précise que l'article 48 T.C.E. (39 C.E.) ne s'oppose pas aux dispositions d'une convention collective applicable dans un organisme public d'un Etat membre, en l'espèce le musée du Prado à Ma-

(26) C.J.C.E., 26 janv. 1999, aff. C-18/95, *Terhoeve, Rec.*, p. 1-345, pts 36, 37 et 39.

(27) *Idem*, pt 47. Sur l'ensemble, voy. R. Rossi, « Les aspects fiscaux de la libre circulation des personnes », in J.-Y. Carlier et M. Verwilghen, *Trente ans de libre circulation des travailleurs en Europe*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes (à paraître).

(28) L'avocat général Colomer ne voyait pas pour sa part de discrimination indirecte dans ces mesures (conclusions, pt 42). De même, C.J.C.E., 8 juill. 1999, aff. C-254/97, *Baxter*, qui, en application de l'article 52 T.C.E. (43 C.E.), relève « qu'une réglementation nationale qui empêche de manière absolue le contribuable de rapporter la preuve que les dépenses afférentes aux activités de recherches réalisées dans d'autres Etats membres ont réellement été engagées ne saurait être justifiée au titre de l'efficacité des contrôles fiscaux ». Comp. C.J.C.E., 14 sept. 1999, aff. C-391/97, *Gschwind*, non encore publié, relatif au barème d'imposition pour les couples mariés et aux règles du *splitting* qui, faisant référence à l'arrêt *Schumacker* (14 févr. 1995, *Rec.*, I-225), rappelle que « le fait pour un Etat membre de ne pas faire bénéficier un non-résident de certains avantages fiscaux qu'il accorde au résident n'est, en règle générale, pas discriminatoire, compte tenu des différences objectives entre la situation des résidents et celle de non-résidents » (pt 23).

(29) C.J.C.E., 8 juin 1999, aff. C-337/97, *C.P.M. Meeusen*, non encore publié.

drid, qui réservent le droit d'exercer au sein de cet organisme public une profession non réglementée par les deux directives relatives au système général de reconnaissance des diplômes, « aux seules personnes en possession d'un titre délivré par un établissement d'enseignement de cet Etat membre ou de tout autre titre délivré à l'étranger et homologué par les autorités compétentes du même Etat membre ». Pour cette homologation, ces autorités tiendront compte des « connaissances et qualifications attestées par le diplôme » ou « acquises par l'intéressé dans le cadre d'un cycle d'études ou d'une expérience pratique » (30).

Plusieurs affaires, qui apportent des précisions en matière de sécurité sociale liées à la libre circulation des travailleurs, ne sont pas examinées ici (31).

15. — La jurisprudence future permettra de préciser, comme en matière de circulation, les implications de la citoyenneté et de l'article 8A T.C.E. (8 C.E.) sur le droit de séjour des ressortissants d'Etats membres et des membres de leur famille. Reprenant et développant les considérations émises dans l'affaire *Martinez Sala*, l'avocat général La Pergola, prolongeant en matière de séjour les conclusions de l'avocat général Cosmas en matière de circulation, dans l'affaire *Wijsenbeek* précitée, reconnaît effet direct à l'article 8A T.C.E. (18 C.E.) en ajoutant que l'exercice de ce droit est entouré de « limites précises qui doivent être observées chaque fois que l'on veut l'invoquer » (32), parmi lesquelles figurent la disponibilité des ressources suffisantes ainsi que la limite, plus classique, de l'ordre public.

2. — Exceptions (aff. *Calfa*)

16. — C'est sur la limite classique de l'ordre public que la Cour s'est prononcée dans l'arrêt *Calfa* (33). Inculpée de détention et d'usage de stupéfiant (cannabis) lors d'un séjour touristique en Crète, Donatella Calfa, ressortissante italienne, a été condamnée par le tribunal correctionnel d'Heraklion à une peine d'emprisonnement de trois mois et à l'expulsion à vie du territoire grec. Cette dernière mesure est contestée par l'intéressée et fait l'objet de la question préjudicielle posée en cassation par l'Areios Pagos. Tenant un raisonnement devenu classique, la Cour va examiner, d'une part, si les faits constituent une « menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société », d'autre part, s'il est tenu compte du « comportement personnel » de l'intéressée. Si la Cour admet qu'un Etat membre « peut considérer que l'usage de stupéfiants constitue un danger pour la société de nature à justifier des mesures spéciales à l'encontre des étrangers qui enfreignent la législation sur les stupéfiants afin de préserver l'ordre public » (34) elle ne peut admettre

(30) C.J.C.E., 8 juill. 1999, aff. C-234/97, *Fernandez de Bobadilla*, non encore publié au *Recueil, J.T.D.E.*, 1999, p. 196 et J. Pertek, « La reconnaissance des diplômes, un acquis original à développer », *J.T.D.E.*, 1999, p. 177.

(31) Notamment les affaires *Swaddling*, aff. C-90/97, *Rec.*, I-1075 et *Ferreiro Alvite*, aff. C-320/95, *Rec.*, I-951, 25 févr. 1999 et *Nijhuis*, 20 avril 1999, aff. C-360/97, *Rec.*, I-1919.

(32) Conclusions du 30 septembre 1999, aff. C-356/98, *Kaba*, arrêt non encore prononcé, pt 54.

(33) C.J.C.E., 19 janv. 1999, aff. C-348/96, *Calfa, Rec.*, I-11.

(34) *Idem*, pt 22.

« que l'expulsion à vie du territoire [soit] prononcée de manière automatique à la suite d'une condamnation pénale, [sauf raisons impérieuses d'ordre familial], sans tenir compte du comportement personnel de l'auteur de l'infraction ni du danger qu'il représente pour l'ordre public » (35). En cela, la Cour confirme que « l'exception d'ordre public, comme toutes les dérogations à un principe fondamental du Traité, doit être interprétée de manière restrictive » (36).

17. — Est plus important, le fait que la Cour ait préféré se fonder sur les articles 48, 52 et 59 T.C.E. ainsi que sur la directive 64/221 alors que l'intéressée se prévalait, devant les juridictions grecques, de sa qualité de citoyenne européenne. Cela comporte deux enseignements et deux perspectives. Les enseignements sont, d'une part, que la protection attachée à la qualité de citoyen n'est, à ce jour, que supplétive des protections attachées à la libre circulation des personnes; d'autre part, que les limites apportées à la liberté de circulation des travailleurs sont maintenues pour le citoyen puisque expressément visées dans le deuxième membre de phrase de l'article 8A T.C.E. (18 C.E.) : « sous réserve des limitations et conditions prévues par le présent Traité et par les dispositions prises pour son application ». Les perspectives sont d'une part que le renforcement de la citoyenneté européenne imposera au législateur de supprimer progressivement ces limites ou, à défaut, à la jurisprudence d'en accentuer encore l'interprétation restrictive (37); d'autre part que les interprétations de la notion d'ordre public qui ont servi dans le cadre de la libre circulation des ressortissants d'Etats membres pourront guider de futures jurisprudences relatives à la libre circulation de ressortissants d'Etats tiers sauf à admettre que l'incompétences de la Cour, prévue à l'article 68 C.E. du nouveau titre IV du Traité, à l'égard des « mesures ou décisions [...] portant sur le maintien de l'ordre public » concerne également des décisions individuelles comme celle prise dans l'affaire *Calfa*. Ce serait une atteinte « disproportionnée » aux compétences de la Cour au regard de l'objectif légitime de sauvegarder « l'exercice des responsabilités qui incombent aux Etats membres pour le maintien de l'ordre public » (art. 64, § 1^{er}, C.E.) qui doit s'entendre au sens d'une responsabilité générale, non dans des cas individuels.

3. — Ressortissants d'Etats tiers

Turquie (aff. Sürül).

18. — *Mea culpa* : dans une précédente chronique, l'on regrettait que « la mise en application [de la décision 3/80 du Conseil d'association C.E.E.-Turquie] est rejetée pour l'ensemble des dispositions de la décision, sans examen individuel de chaque disposition concernée » (38). Ce commentaire, trop hâtif, dé-

duit de l'affaire *Taflan Met* (39) est démenti par la Cour, dans un arrêt *Sürül* (40). Ressortissante turque résidant légalement en Allemagne, Mme Sürül se voit retirer le bénéfice des allocations familiales pour son enfant, en 1994, au motif que la nouvelle législation allemande limite le bénéfice de ce droit aux étrangers qui possèdent une autorisation de séjour (*Aufenthaltsberechtigung*) ou un permis de séjour (*Aufenthaltsseulaubnis*), en excluant ceux qui, comme l'intéressée, ne bénéficient que d'un titre de séjour temporaire en qualité d'épouse d'un étudiant, sous forme d'autorisation accessoire de séjour (*Aufenthaltsbewilligung*). Cette discrimination est-elle contraire à l'article 3 de la décision 3/80 du Conseil d'association C.E.E.-Turquie, aux termes de laquelle « les personnes [de nationalité turque] qui résident sur le territoire de l'un des Etats membres et auxquelles les dispositions de la présente décision sont applicables sont soumises aux obligations et sont admises au bénéfice de la législation de tout Etat membre dans les mêmes conditions que les ressortissants de celui-ci » ? Il sera très aisé pour la Cour de dire qu'il y a bien discrimination fondée sur la nationalité dans un domaine, les prestations familiales, qui relève du champ d'application matériel précisé à l'article 4 de la décision. Il sera un peu moins aisé, s'opposant au point de vue des Etats, de réaffirmer que le champ d'application personnel d'accords, ou de décisions prises en exécution d'accords, entre la C.E.E. et les pays tiers, doit s'interpréter largement, en parallèle avec le champ d'application personnel des dispositions de droit communautaire. En matière de droits sociaux, en application du règlement 1408/71, « une personne a la qualité de travailleur dès lors qu'elle est assurée, ne serait-ce que contre un seul risque, au titre d'une assurance obligatoire ou facultative auprès d'un régime général ou particulier de sécurité sociale, et ce indépendamment de l'existence d'une relation de travail » (41). En l'espèce l'assurance pension légale ayant couvert Mme Sürül pendant les trois premières années suivant la naissance de son enfant suffit à la qualifier comme « travailleur » au sens de cette disposition. Au demeurant, relève la Cour, « les autorités allemandes compétentes ont, dans un premier temps, versé des allocations familiales à Mme Sürül [...] qu'elles n'ont supprimé [...] qu'à la suite de l'entrée en vigueur [...] de la nouvelle réglementation » (42).

19. — Le principal problème était en amont : faut-il reconnaître effet direct au principe de non-discrimination inscrit à l'article 3 de cette décision 3/80 visant à coordonner les régimes de sécurité sociale des Etats membres en vue de faire bénéficier les travailleurs turcs de prestations dans les branches traditionnelles de la sécurité sociale ? Dans l'arrêt *Taflan-Met* précité, relatif aux pensions de veuves résidant en Turquie, de travailleurs turcs ayant travaillé dans divers pays de la Communauté, la Cour avait refusé effet direct aux articles 12 et 13 de la décision 3/80 et avait ajouté dans ses motifs

un *obiter dictum* conduisant à penser qu'effet direct était refusé à l'ensemble de la décision 3/80, considérant que « même si certaines de ses dispositions sont claires et précises, la décision 3/80 ne peut pas être appliquée tant que des mesures complémentaires de mise en œuvre n'ont pas été adoptées par le Conseil » (43). L'avocat général La Pergola, qui à l'époque avait plus logiquement proposé à la Cour de considérer la décision 3/80 comme n'étant pas entrée en vigueur à défaut de date prévue et de mesures d'exécution, va, fort opportunément, suivre la Cour sur son terrain et l'inviter à donner quelque effet à cette décision 3/80 puisqu'elle a estimé qu'elle était entrée en vigueur. Rappelant la subtile distinction dans les pays de *common law* entre la *ratio decidendi*, susceptible de s'imposer ultérieurement aux autres juges et l'*obiter dictum* qui ne lie pas pour le futur, l'avocat général invite la Cour, comme elle l'a fait dans d'autres affaires, à ne pas se sentir liée par l'affirmation de principe précitée et à examiner en l'espèce si une disposition particulière, le principe de non-discrimination, n'est pas suffisamment claire, précise et inconditionnelle pour avoir effet direct (44).

Suivant ce raisonnement, la Cour va dire pour droit que « si la motivation qui a amené la Cour à dénier, en l'état actuel du droit communautaire, l'effet direct aux articles 12 et 13 de la décision 3/80 doit s'appliquer par analogie à toutes les autres dispositions de cette décision qui nécessitent des mesures complémentaires pour leur application pratique, elle n'est en revanche pas transposable au principe d'égalité de traitement dans le domaine de la sécurité sociale » (45). Ce faisant, la Cour réaffirme la centralité du principe de non-discrimination dans la logique du droit communautaire. Elle avait d'ailleurs réouvert les débats pour inviter les parties et l'avocat général (46) à s'expliquer sur l'application possible du principe général d'égalité figurant à l'article 9 de l'accord d'association lui-même, pour le cas où l'effet direct serait refusé à toute disposition de la décision 3/80. La Cour ne suivra pas cette voie préférant, comme elle le fait avec l'article 6 T.C.E. (art. 12 C.E.) conserver au principe général de non-discrimination son caractère supplétif qui ne doit pas être utilisé lorsqu'une disposition le traduit dans un domaine particulier, en l'espèce, la sécurité sociale.

20. — Il est probablement un autre motif qui a conduit la Cour à préférer l'article 3 de la décision 3/80 à l'article 9 de l'accord d'association. Selon les deuxièmes conclusions de l'avocat général, l'effet direct de l'article 9 de l'accord d'association « ne pouvait pas raisonnablement donner lieu à des incertitudes objectives et importantes » (47) en manière telle qu'il ne saurait être question de limiter les effets dans le temps de l'arrêt interprétatif conformément au principe de rétroactivité. En revanche, la Cour peut reconnaître que « l'arrêt *Taflan Met* précité, a raisonnablement pu créer une situation d'incertitude quant à la faculté pour les particuliers de se prévaloir devant une juridiction nationale de l'article 3, § 1^{er}, de ladite

(35) *Idem*, pt 27 et dispositif.

(36) *Idem*, pt 23.

(37) Voy. en ce sens, M.-L. Duarte, « Droit de séjour des travailleurs communautaires et mesures d'exception : réflexions sur la notion de travailleur-citoyen », in J.-Y. Carlier et M. Verwilghen, *Trente ans de libre circulation des travailleurs en Europe*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes (à paraître).

(38) *J.T.D.E.*, 1997, p. 199, n° 31.

(39) C.J.C.E., 10 sept. 1996, *Taflan Met et a.*, C-277/94, *Rec.*, I-4085.

(40) C.J.C.E., 4 mai 1999, *Sürül*, C-262/97, non encore publié.

(41) *Idem*, pt 86, rappelant C.J.C.E., 12 mai 1998, *Martinez Sala*, C-85/96, *Rec.*, I-2691, pt 36; *J.T.D.E.*, 1999, p. 60.

(42) *Idem*, pt 92.

(43) C.J.C.E., 10 sept. 1996, *Taflan Met*, *op. cit.*, pt 37.

(44) Conclusions du 12 février 1998, notam. notes 32 et 33.

(45) Arrêt, pt 57.

(46) Conclusions du 17 décembre 1998.

(47) *Idem*, pt 22.

décision » (48). « Dans ces conditions, des considérations impérieuses de sécurité juridique » permettent à la Cour de limiter l'effet de son arrêt aux prestations postérieures à la date du 4 mai 1999, sauf recours introduits avant cette date (49). La Cour rassure ainsi pour partie les Etats qui n'ont pas manqué de soulever « les effets rétroactifs ravageurs pour les divers régimes nationaux de sécurité sociale » d'une décision affirmant, sans limite dans le temps, le principe des droits égaux à la sécurité sociale pour les travailleurs turcs quel que soit leur statut de séjour.

21. — Si la Cour a réaffirmé dans cet arrêt l'importance du principe de non-discrimination en lui donnant effet direct alors qu'il était inscrit dans un texte auquel elle semblait avoir dénié tout effet direct, c'est aussi parce que, à plusieurs reprises, elle avait accepté de donner effet direct au principe de non-discrimination inscrit dans les accords de coopération avec le Maroc et l'Algérie. Qui peut le plus, peut le moins. Il paraissait difficile d'accorder le bénéfice du principe d'égalité en matière de sécurité sociale aux Marocains et aux Algériens couverts par un simple accord de coopération et de le refuser aux Turcs, couverts par un accord d'association.

Maroc (aff. El Yassini et Mesbah).

22. — L'article 40 de l'accord de coopération avec le Maroc stipule 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 par rapport à ses propres ressortissants, en ce qui concerne les conditions de travail et de rémunération » (50). La Cour avait déjà eu l'occasion de dire pour droit que ce principe de non-discrimination a effet direct et impose l'octroi des mêmes prestations sociales ou avantages sociaux aux travailleurs marocains qu'aux travailleurs ayant la nationalité de l'Etat membre concerné (51). L'affaire *El Yassini* pose la question nouvelle des répercussions de ce principe de non-discrimination sur le droit au séjour de ressortissants marocains (52). Arrivé au Royaume-Uni comme touriste, M. El Yassini a bénéficié d'un droit au séjour et au travail à la suite de son mariage avec une ressortissante britannique (53). Par la suite, le couple s'est séparé. Bien qu'il n'y ait « pas eu en l'espèce mariage de complaisance ou manœuvre », la prorogation du permis de séjour de l'intéressé a été refusée. M. El Yassini qui exerce régulièrement un emploi depuis 1991 et peut continuer à l'exercer estime que le refus de proroger son titre de séjour emporte une discrimination dans ses « conditions de travail » contraire à l'article 40

précité en l'empêchant de poursuivre son emploi. Se référant à la jurisprudence relative à l'accord d'association C.E.E.-Turquie, il estime que l'exercice d'un emploi doit entraîner la prolongation du droit de séjour même lorsque les motifs qui ont permis l'accès au territoire ou le séjour ont cessé (54). Interrogée par l'*Immigration Adjudicator*, la Cour refuse de suivre ce raisonnement (55). En effet, les droits conférés par l'accord d'association sont de nature différente, l'accord lui-même répondant à une finalité différente : « la possibilité d'une adhésion du pays tiers concerné à la Communauté » et « la réalisation progressive de la libre circulation des travailleurs » (56). En conséquence « la jurisprudence de la Cour rendue dans le cadre des règles de l'association C.E.E.-Turquie ne saurait être appliquée par analogie à l'accord C.E.E.-Maroc » (57). Un droit de séjour ne peut se déduire du principe de non-discrimination inscrit dans les accords de coopération. Qui peut le moins ne peut pas le plus, à l'inverse de l'incidence, relevée plus haut, de la jurisprudence relative aux accords de coopération sur celle relative aux accords d'association (*supra*, n° 21). La Cour apporte toutefois un tempérament à l'absence d'incidence de l'exercice d'un emploi sur le droit au séjour dans le cadre des accords de coopération. Suivant l'avis de l'avocat général Léger, elle estime que pour donner effet utile au principe de non-discrimination il conviendra d'autoriser la prorogation du droit au séjour « si la juridiction de renvoi devait constater que l'Etat membre d'accueil avait accordé au travailleur migrant marocain des droits précis sur le plan de l'exercice d'un emploi » par exemple par la délivrance d'un permis de travail pour une période plus longue que le permis de séjour (58). Une telle situation pourrait se présenter lorsque, comme en Belgique, des autorités distinctes délivrent le permis de séjour (compétence fédérale) et le permis de travail (compétence régionale), ce dernier pouvant être à durée indéterminée.

23. — L'affaire *Mesbah* (59) pose une autre question d'application du principe de non-discrimination en faveur des Marocains, dans le

domaine de la sécurité sociale, en application cette fois de l'article 41 de l'accord de coopération C.E.E.-Maroc qui prévoit que « les travailleurs de nationalité marocaine et les membres de leur famille résidant avec eux bénéficient, dans le domaine de la sécurité sociale, d'un régime caractérisé par l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité ». Mme Mesbah vit en Belgique depuis dix ans, avec sa fille et son gendre, lorsqu'elle se voit refuser une allocation pour handicapée au motif de sa nationalité. Se référant au principe de non-discrimination précité, elle obtient gain de cause devant le tribunal du travail de Nivelles. Saisie en degré d'appel, la cour du travail de Bruxelles s'interroge et interroge la Cour de Luxembourg sur deux points. S'il n'est pas douteux que cette disposition a effet direct et s'applique sans distinction des droits propres ou des droits dérivés (60), il reste qu'en l'espèce la fille de la requérante et le mari de celle-ci, qui est « le travailleur », ont tous deux acquis la nationalité belge. C'est la première question : Mme Mesbah peut-elle encore être considérée comme membre de la famille d'un « travailleur marocain » ? La deuxième question consiste à savoir si, en qualité de belle-mère, la requérante est « membre de la famille ». Cette deuxième question est assez rapidement résolue affirmativement par la Cour considérant que « la notion de “ membres de la famille ”, au sens de l'article 41, § 1^{er}, de l'accord ne vise pas seulement le conjoint et les descendants du travailleur, mais également les personnes qui présentent un lien de parenté étroit avec ce dernier, tels que notamment ses ascendants, y compris par alliance, à la condition expresse toutefois que ces personnes résident effectivement avec le travailleur », ce qui est le cas en l'espèce (61).

24. — En revanche la première question fait l'objet de développements plus longs. La longueur et le caractère quelque peu confus de ces développements dans l'arrêt et dans les conclusions de l'avocat général résultent pour partie d'une méconnaissance du droit de la nationali-

(54) Voy. notam., C.J.C.E., 16 déc. 1992, aff. C-237/91, *Kus, Rec.*, I-6781; *J.T.D.E.*, 1995, p. 105.

(55) On notera que la Cour reconnaît le caractère de juridiction à l'*Immigration Adjudicator*, selon ses critères habituels : origine de l'organe, permanence, caractère obligatoire de sa juridiction, nature contradictoire de la procédure, application des règles de droit et indépendance (arrêt, pt 17).

(56) *Idem*, pts 57 et 58. Ce constat est accentué par le fait que l'accord euro-méditerranéen, non encore en vigueur, signé à Bruxelles le 26 février 1996 qui établira une association entre les Communautés européennes et le Maroc prévoit expressément en son article 64 que « l'absence de discrimination en matière de licenciement ne pourra pas être invoquée pour obtenir le renouvellement du permis de séjour [et que] l'octroi, le renouvellement ou le refus du permis de séjour est régi par la seule législation de chaque Etat membre ainsi que par les accords et conventions bilatéraux en vigueur entre le Maroc et cet Etat membre » (conclusions de l'avocat général Léger, 19 mai 1998, pt 57). L'accord n'est pas encore publié. Pour l'accord euro-méditerranéen avec la Tunisie, voy. *J.O.C.E.*, 1998, L 97, p. 2.

(57) Arrêt, pt 61.

(58) *Idem*, pts 63, 64 et conclusions pts 63 à 66.

(59) C.J.C.E., 11 nov. 1999, aff. C-179/98, *Mesbah*, C-179/98, non encore publié.

(48) Arrêt, pt 110.

(49) *Idem*, pt 111 et dispositif.

(50) Signé à Rabat le 27 avril 1976, *J.O.C.E.*, L 264, p. 1.

(51) C.J.C.E., 31 janv. 1991, aff. C-18/90, *Kizber, Rec.*, I-139, pt 22; *J.T.D.E.*, 1995, p. 104, n° 25.

(52) C.J.C.E., 2 mars 1999, aff. C-416/96, *El Yassini, Rec.*, I-1209.

(53) A la différence du droit belge qui entend éviter les discriminations à rebours, le droit anglais n'assimile pas le membre de la famille d'un national au membre de la famille d'un ressortissant d'un Etat membre bénéficiant de la libre circulation. Voy. pour la Belgique, C.J.C.E., 18 oct. 1990, aff. C-297/88 et 197/89, *Dzodzi, Rec.*, 3763.

(60) Sur l'absence de cette distinction entre droits propres et droits dérivés dans les accords de coopération, C.J.C.E., 20 avril 1994, *Yousfi*, C-58/96, *Rec.*, I-1353; 5 avril 1995, *Krid*, C-103/94, *Rec.*, I-719; 3 oct. 1996, *Hallouzi-Choho*, C-126/95, *Rec.*, I-4897. Sur la suppression progressive de cette distinction dans le droit communautaire, C.J.C.E., 30 avril 1996, *Cabanis-Issarte*, C-308/93, *Rec.*, I-2097 et *J.T.D.E.*, 1997, p. 195, n° 10.

(61) Arrêt, pts 42 à 48. Cette interprétation large n'était pas évidente au regard des différentes références possibles : le droit national, le règlement 1612/68 et le règlement 1408/71. Voy. les conclusions du 18 mai 1999 de l'avocat général Siegbert Alber, pts 53 à 82 qui relève notamment que « compte tenu des données culturelles existantes, les familles marocaines pratiquent entre les générations une solidarité dans une mesure bien plus large que les familles européennes, et assurent ainsi les risques de l'âge » (pt 79) et propose une sorte de test à double échelle des éléments complémentaires de relations de parenté et de vie commune qui sont requis : « plus le lien de parenté est éloigné [...] et plus on doit être exigeant, en particulier du point de vue de la durée, de l'aspect économique et du lien de la vie commune », se référant à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à propos de la vie familiale protégée par l'article 8 C.E.D.H. (pt 80). Voy. aussi, pour les modifications du règlement 1408/71, le règlement 1399/1999 du 29 avril 1999, *J.O.C.E.*, 30 juin 1999, L. 164, p. 1.

té, particulièrement marocain, et pour partie du fait que ce point n'a été abordé en détail qu'oralement lors de l'audience, un document émanant du consulat du Maroc à Bruxelles étant produit tardivement pour établir que le gendre possédait encore sa nationalité marocaine. En réalité il ne faisait pas de doute que le gendre, devenu Belge, n'en avait pas pour autant perdu la nationalité marocaine, compte tenu du principe d'allégeance perpétuelle qui ne permet pas la perte de la nationalité marocaine autrement que par déchéance, prononcée par le Roi pour des motifs précis dont l'acquisition d'une autre nationalité ne relève pas (62).

C'est donc bien la seule hypothèse de la binationalité du gendre, Belge et Marocain, qui devait être examinée. La Cour décide qu'il appartient au juge national de déterminer, en application de son droit national, quelle nationalité il convient de retenir. S'il s'agit de la nationalité belge, le membre de la famille ne pourra plus se prévaloir de la nationalité marocaine du travailleur. Telle sera vraisemblablement la réponse du juge belge qui appliquera ses principes de droit international privé en matière de conflits de nationalité, codifiés dans la Convention de La Haye de 1930 qui permet à chaque Etat de ne prendre en considération que sa propre nationalité en présence d'un binational (63). La doctrine de la nationalité fonctionnelle permettrait toutefois au juge national de s'écarter de cette solution pour « faire prévaloir la nationalité étrangère [...] lorsque l'intéressé invoque sa nationalité étrangère en vue de bénéficier des avantages consentis par un Traité international liant la Belgique avec l'Etat de cette nationalité » (64). Tel est le cas de l'accord de coopération C.E.E.-Maroc, accord mixte qui engage la Communauté et les Etats membres. Si le juge belge de renvoi ne suit pas cette possibilité d'écarter la nationalité du for, Mme Mesbah, belle-mère marocaine d'un Belgo-Marocain ne bénéficiera pas d'une allocation pour handicapé alors qu'elle en eût bénéficié en qualité de belle-mère marocaine d'un Marocain. Le résultat peut étonner (65). Le résultat inverse pouvait être atteint par trois autres raisonnements, le troisième relevant encore de la compétence du juge national.

(62) J.-Y. Carlier, « La nationalité marocaine », in *Jurisclasseur Nationalité*, Paris, Ed. Techniques.

(63) Convention de la Haye du 12 avril 1930 pour la codification du droit international en matière de nationalité, *M.B.*, 13 août 1939. Voy. F. Rigaux et M. Fallon, *Droit international privé*, t. II, *Droit positif*, Bruxelles, Larcier, 1993, p. 24; M. Verwilghen, « Conflits de nationalité - Plurinationalité et apatridie », cours à l'Académie de droit international (à paraître au *Recueil des cours*, 1999; J.-Y. Carlier et S. Goffin, « La nationalité belge », in B. Nascimbene (dir.), *Le droit de la nationalité dans l'Union européenne*, Milano, Giuffrè et London, Butterworths, 1996, p. 95.

(64) F. Rigaux et M. Fallon, *op. cit.*, p. 25.

(65) L'argument de la Belgique considérant qu'il n'y a là aucune discrimination car un membre étranger de la famille d'un travailleur belge ne bénéficie jamais d'une allocation d'handicapé n'est pas pertinent. Il y a, en l'espèce, à tout le moins discrimination indirecte dans la mesure où un Belge de naissance aura beaucoup plus rarement un membre de sa famille de nationalité étrangère, fût-ce par alliance, que quelqu'un ayant acquis ultérieurement la nationalité belge (C.J.C.E., 27 mai 1993, *Schmid*, C-310/95, *Rec.*, I-3037 mais *contra*, 8 juill. 1992, *Taghavi*, C-243/91, *Rec.*, I-4401).

25. — Le premier raisonnement, avancé par la Commission et retenu par l'avocat général qui n'a pas été suivi sur ce point, s'inspire de l'affaire *Micheletti* ayant affirmé qu'« il n'appartient pas à la législation d'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 » (66). Les deux cas d'espèce peuvent paraître très différents. Dans l'affaire *Micheletti*, l'Espagne refusait de donner effet à la nationalité italienne de Micheletti qui eût permis son établissement comme dentiste en Espagne alors qu'il avait toujours vécu en Argentine et s'était toujours prévalu, jusqu'à ce moment, de sa seule nationalité argentine. La Cour estime que dès qu'un Etat membre attribue sa nationalité à une personne, cette nationalité doit être prise en compte par un autre Etat membre. Contrairement à ce qui fut fréquemment affirmé, cette décision ne déroge pas nécessairement aux principes de droit international en matière de conflit de nationalité si l'on admet simplement que, ce faisant, la Cour fait prévaloir l'appartenance à la Communauté européenne, renforcée par la citoyenneté, comme critère prépondérant d'effectivité en présence d'une nationalité d'un Etat membre et d'une nationalité d'un Etat tiers. Cette effectivité est très proche de celle de l'Etat qui retient en présence de plusieurs nationalités, la nationalité du for, sa propre nationalité. Or c'est précisément ce que fait la Belgique dans l'affaire *Mesbah*, en donnant effet à la nationalité belge du gendre, nationalité du for, plutôt qu'à sa nationalité marocaine. Transposer la jurisprudence *Micheletti* dans une telle hypothèse reviendrait à mettre sur un pied d'égalité la citoyenneté européenne avec l'appartenance à un Etat lié à la Communauté par un accord de coopération. Même si un tel accord entre dans le droit communautaire, l'assimilation des ressortissants de cet Etat aux citoyens européens comme critère d'effectivité en cas de pluripatridie pour supplanter la nationalité du for paraît, en l'état actuel du droit communautaire, excessif. De ce point de vue l'on suit volontiers la Cour dans un refus de transposer la jurisprudence *Micheletti*, plus que sur son second argument de considérer que, à l'inverse de l'affaire *Micheletti*, l'affaire *Mesbah* « n'affecte aucune liberté fondamentale de circulation » (67). Cela est vrai; mais l'affaire *Mesbah* affecte un autre principe tout aussi fondamental du droit communautaire, comme vient de le prouver la jurisprudence relative aux ressortissants turcs : le principe de non-discrimination (*supra*, n° 19).

26. — Un deuxième raisonnement, partiellement avancé par le Royaume-Uni, consiste à centrer l'analyse sur la nationalité marocaine non du travailleur mais du membre de la famille, en l'espèce, Mme Mesbah. S'il est vrai que la lettre de l'article 41 de l'accord de coopération met l'accent sur la nationalité du travailleur en visant « le travailleur marocain et les membres de leur famille » (68), l'esprit de la disposition est d'étendre le principe de non-

(66) C.J.C.E., 7 juill. 1992, *Micheletti*, C-369/90, *Rec.*, I-4239, pt 10, *J.T.D.E.*, 1995, p. 98; conclusions, pt 41.

(67) Arrêt *Mesbah*, *op. cit.*, pt 36.

(68) Italiques ajoutées.

discrimination aux Marocains, qu'ils soient travailleurs ou membres de la famille d'un travailleur. Si l'on distingue les deux qualités, il suffisait d'examiner pour chaque cas si le bénéficiaire du droit social revendiqué, au titre de droit propre ou de droit dérivé peu importe, a la nationalité marocaine (69). Dans cette hypothèse, c'est le membre de la famille, de nationalité marocaine, Mme Mesbah, qui doit être assimilé à un ressortissant belge.

27. — Un troisième raisonnement permettrait d'assimiler Mme Mesbah aux membres de la famille d'un ressortissant d'un Etat membre par le détour du droit belge. Ce dernier assimile, pour le droit au séjour, les membres de la famille d'un(e) Belge aux membres de la famille d'un ressortissant d'un Etat membre. En tant que mère d'une ressortissante belge, Mme Mesbah doit bénéficier du même droit de séjour que la mère d'un Italien travaillant en Belgique. Il importe peu, dans cette hypothèse, qu'il y ait ou non circulation du national, l'assimilation étant introduite précisément pour éviter les discriminations à rebours qui défavoriseraient les membres de la famille d'un(e) Belge sédentaire (70). Une question demeure alors ouverte : cette assimilation quant au droit au séjour qui résulte d'une extension, voulue par le législateur belge de l'article 10 du règlement 1612/68 doit-elle s'étendre aux droits ou avantages sociaux en faveur des membres de la famille? La juridiction nationale pourrait trancher cette question en application de son droit national ou, éventuellement, ce droit se référant au droit communautaire, poser une nouvelle question préjudicielle à la Cour, ce point n'ayant, semble-t-il, pas encore été débattu dans l'affaire *Mesbah*.

Cette affaire prouve, une fois de plus, que la gestion des migrations, par les Etats aujourd'hui et par la Communauté demain, si complexe soit-elle, ne peut reposer sur l'illusion d'une force de travail disponible selon les besoins de l'Etat d'accueil. Le contexte culturel et les besoins sociaux tant du migrant que des membres de sa famille sont des intérêts aussi dignes de respect que ceux des Etats d'origine et des Etats d'accueil.

Jean-Yves CARLIER

Professeur à l'U.C.L.

Professeur invité à Paris II (Panthéon-Assas)

Avocat

(69) Voy. partiellement cette thèse, écartée dans les conclusions, pts 36 et 52.

(70) Au demeurant si la fille et le gendre de la requérante n'ont jamais quitté la Belgique depuis qu'ils sont Belges (concl., pt 25), il serait excessif de les considérer comme nationaux sédentaires alors que leur nationalité même est le fruit de la migration.