

La libre circulation des personnes dans l'Union européenne

(1^{er} janvier - 31 décembre 2000)

1. — La chronique maintient les trois grandes divisions de la circulation des personnes proposées dans les chroniques précédentes (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. — Alors qu'en 1999 la jurisprudence mettait à l'honneur la deuxième division, avec l'affaire *Wijzenbeek*, relative au franchissement des frontières intérieures, désormais conditionné par la mise en place de la première division relative au contrôle des frontières extérieures, l'année 2000 remet à l'honneur la liberté classique de circulation des travailleurs couverte par la troisième division.

A partir de nombreuses précisions sur les droits des travailleurs, notamment des sportifs, sur les droits des membres de leur famille, des étudiants, des retraités et des ressortissants d'Etats tiers dans le cadre des accords, ce sont les principes de non-discrimination et de proportionnalité, ainsi que la notion de citoyenneté qui sont fréquemment interrogés par la Cour. Comme annoncé, ce sont là des questions clés pour la jurisprudence future (2).

1

Entrée

1. — Projets

3. — Le contrôle commun des frontières extérieures à l'Union, nécessaire pour la mise en œuvre d'une liberté de circulation complète des personnes au sein de l'Union, selon la jurisprudence *Wijzenbeek* (3), se fait par l'adoption de droit dérivé en application du titre IV du Traité : Visa, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes. L'on ne peut encore parler d'adoption de textes importants. L'on se trouve dans la phase préparatoire d'élaboration de projets à partir de communications et de propositions de la Commission. Un « tableau de bord » (*scoreboard*) pour l'examen des progrès réalisés en vue de la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice a été dressé (4). Deux com-

munications, datées du 22 novembre 2000, dégagent les grandes lignes, d'une part pour une « procédure d'asile commune et un statut uniforme, valable dans toute l'Union, pour les personnes qui se voient accorder l'asile » (5) et, d'autre part, « pour une politique communautaire d'immigration » (6). L'instrument principal sera vraisemblablement la directive, l'objectif étant, par exemple en matière d'asile, « d'instaurer un niveau minimum d'harmonisation des règles applicables en la matière dans la Communauté ... [sans obliger] ... les Etats membres à appliquer des procédures uniformes ». En matière de politique migratoire, on notera la volonté affirmée de « développer une nouvelle approche de l'immigration » par une certaine réouverture de l'immigration. Ces travaux qui seront à l'ordre du jour de la présidence belge de l'Union en juillet de cette année, font également l'objet de réflexions en doctrine (7).

2. — Charte des droits fondamentaux

4. — Proclamée par le Conseil, la Commission et le Parlement européen lors du sommet de Nice en décembre 2000, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne aura une incidence sur l'ensemble de la libre circulation des personnes, en ce compris l'entrée sur le territoire commun (8). Sans doute faudra-t-il attendre le statut officiel de ce texte pour en mesurer la portée : déclaration de *soft law*, droit dérivé, acte *sui generis* des trois institutions, future constitution? Quel que soit ce statut, il est peu probable que la Cour ignorera ce texte, alors même qu'elle s'est largement inspirée, en matière de droits fondamentaux, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et des traditions constitutionnelles des Etats membres. Or, si la Charte réserve quelques droits aux citoyens, certains sont ouverts aux résidents ou prévoient qu'ils pourraient l'être, comme la libre circulation (art. 45, § 2) et la plupart des

droits sont reconnus à « toute personne ». Outre la proclamation à l'article 1^{er} de l'intangibilité de la dignité humaine (9), trois dispositions peuvent concerner l'entrée ou l'éloignement du territoire commun. L'article 18 garantit le droit d'asile dans le respect de la Convention de Genève du 28 juillet 1951. L'article 19 interdit toute expulsion collective et l'expulsion individuelle « vers un Etat où il existe un risque sérieux [d'être] soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants ». Bien que situé dans le chapitre citoyenneté, l'article 41 reconnaît un « droit à une bonne administration » à « toute personne ». Ce droit comporte notamment « le droit pour toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre », « le droit d'accès [...] au dossier » et « l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions ». Certes ces dispositions, comme celles de l'ensemble de la Charte « s'adressent aux institutions et organes de l'Union », mais aussi « aux Etats membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union » (art. 51). Même dans les limites de ce champ d'application, il appartiendra d'une part à l'Union de tenir compte de ces principes dans l'élaboration d'une politique commune d'asile et d'immigration, d'autre part aux Etats de les respecter dans la mise en œuvre de cette nouvelle politique qui deviendra, selon la Charte, « le droit de l'Union ». A titre d'exemple, un lien pourra être établi entre l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions et la délivrance ou le refus de délivrance de visas en application de la politique commune en cette matière.

3. — Jurisprudence (aff. *Kuijer*, *Kaur*)

5. — En l'absence de textes communautaires, il n'y a pas de jurisprudence directement relative à l'entrée sur le territoire commun de l'Union. L'affaire *Kuijer* (10) est toutefois indirectement relative à l'asile et concerne également le principe de bonne administration, déjà évoqué à propos de la Charte des droits fondamentaux. Enseignant-chercheur universitaire aux Pays-Bas dans le domaine du droit d'asile et de l'immigration, Aldo Kuijer a constaté que le Conseil lui refusait accès à plusieurs documents du Centre d'information, de réflexion et d'échange en matière d'asile (C.I.R.E.A.), relatifs à des rapports sur les pays d'origine des demandeurs d'asile. Le refus d'accès opposé par le Conseil était fondé principalement sur le caractère politiquement sensible de ces documents. Le tribunal a estimé que le refus était insuffisamment motivé car « même si le Conseil affirme qu'il a procédé à une analyse concrète de chaque document demandé, cette analyse ne ressort pas de la motivation de la décision attaquée » (pt 43) no-

(1) Voy. *J.T.D.E.*, 1995, p. 97; 1996, p. 63; 1997, p. 193; 1999, p. 56; 2000, p. 54.

(2) J.-Y. Carlier, in J.-Y. Carlier et M. Verwilghen (éd.), *Trente ans de libre circulation des travailleurs en Europe*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2000, p. 45 (également en anglais : *Thirty Years of Free Movement of Workers*).

(3) C.J.C.E., 21 sept. 1999, *Rec.*, I-6207; *J.T.D.E.*, 2000, p. 17, commentaire *J.T.D.E.*, 2000, p. 55.

(4) COM [2000] 167 des 24 mars 2000 et 13 avril 2000.

(5) COM [2000] 755.

(6) COM [2000] 757.

(7) Le réseau Odysseus, réseau académique d'études juridiques sur l'immigration et l'asile en Europe (<http://www.ulb.ac.be/assoc/odysseus>) a organisé un colloque sur : *Les régularisations des étrangers illégaux dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2000 et un colloque sur : *Quelle politique d'immigration pour l'Union européenne?*, Bruxelles, 1^{er} et 2 déc. 2000, actes à paraître. Voy. également K. Hailbronner : *Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union*, The Hague, Kluwer, 2000. Pour un point de vue des pays d'émigration, voy. Association marocaine d'études et de recherches sur les migrations (A.M.E.R.M.), *La migration clandestine - Enjeux et perspectives*, Rabat, Fondation Hassan II pour les Marocains résidant à l'étranger, 2000.

(8) *J.O.C.E.*, 18 déc. 2000, C 364, p. 1. Sur la Charte, voy. le numéro spécial *R.U.D.H.*, 2000, vol. 12, n° 1-2, pp. 1-84 et la documentation de la journée d'étude organisée à la Faculté de droit de l'U.C.L. le 15 décembre 2000 : « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne - Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe ».

(9) « La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée ».

(10) T.P.I., 6 avril 2000, aff. T-188/98, *Kuijer*, non encore publié au *Recueil*.

tamment parce que, dans l'échange de correspondances, le Conseil « n'a indiqué aucun motif tendant à écarter [les] arguments [du requérant] et à faire comprendre au requérant les justifications du maintien du refus » (pt 47). En outre le Tribunal estime que la décision 93/731 relative à l'accès du public aux documents du Conseil (11) est violée en ce que l'exception d'intérêt public invoquée par le Conseil en application de l'article 4 de la décision 93/731 n'a pas, en l'espèce, été examinée à la lumière du principe du droit à l'information et du principe de proportionnalité (pt 54). Le Conseil n'ayant pas procédé à « une appréciation concrète du risque que la divulgation des documents auxquels l'accès est sollicité peut porter à l'intérêt public » (pt 56), « a appliqué ladite exception de manière disproportionnée » (pt 60).

6. — *A priori*, l'entrée sur le territoire commun ne concerne que des ressortissants d'Etats tiers puisqu'aussi bien les nationaux ont accès au territoire de leur Etat et bénéficient ensuite, en qualité de citoyens européens, de la liberté de circulation interne à l'Union. Qu'en est-il si un Etat conteste la qualité de national d'une personne? La Cour sera appelée à trancher cette question dans une affaire *Kaur*. Mme Kaur est une citoyenne britannique d'outre-mer, née au Kenya. En cette qualité, selon la complexité du droit britannique en matière de citoyenneté, elle n'a pas le droit d'entrer ni de séjourner au Royaume-Uni. S'agit-il d'une citoyenne européenne à qui serait refusé le bénéfice de l'article 18 C.E., demande la juridiction nationale? La Cour tranchera. Dans ses conclusions, l'avocat général Léger estime qu'il y a d'une situation purement interne, l'usage de la liberté de circulation au sein de l'Union étant, en l'espèce, purement hypothétique (12). Ce faisant, dit l'avocat général, il n'y a pas lieu de se prononcer sur la violation de l'article 3 du Protocole n° 4 à la C.E.D.H. selon lequel « nul ne peut être expulsé... du territoire de l'Etat dont il est le ressortissant ». Une fois de plus, l'usage de la notion de situation purement interne paraît une construction artificielle au regard de l'évolution conjointe des notions de citoyenneté et de non-discrimination confortées par la Charte des droits fondamentaux, notamment les articles 21 et 45. L'on peut certes considérer que ces dispositions ne créent aucun droit nouveau. Cela est exact. Il est toutefois difficile d'affirmer que le principe de non-discrimination entre citoyens de l'Union demeure exclusivement lié à la liberté de circulation. En revanche, autre chose est de rappeler qu'il « appartient à chaque Etat de déterminer, par sa législation, quels sont ses nationaux » (13) et qu'est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre (art. 17 C.E.) en manière telle que seul l'Etat de nationalité détermine qui est citoyen de l'Union.

2

Circulation (aff. *Yadom*)

7. — Relative au franchissement des frontières internes à l'Union et donc à la circulation inter-

ne, l'affaire *Yadom* comporte quelque enseignement en matière de franchissement des frontières intérieures qui pourrait, dans le futur, concerner également le franchissement des frontières extérieures, soit l'entrée sur le territoire commun (14).

Mme Yadom est une ressortissante néerlandaise, d'origine ghanéenne qui souhaite entrer au Royaume-Uni. Admise à titre temporaire sur le territoire britannique, elle recevra sept mois plus tard, après enquête, un « refus d'autorisation d'entrée » pour des motifs d'ordre public, reproche lui étant fait d'avoir facilité, dans le passé, l'entrée illégale d'autres personnes, ghanéennes, au Royaume-Uni. S'agissant non pas d'une expulsion après séjour, ce qui correspondrait à la situation de fait, mais, selon le droit britannique, d'un refus d'entrée après enquête, le recours ouvert à l'intéressée est un « out-country right of appeal » qui ne peut être introduit que si elle ne se trouve pas sur le territoire britannique. Mme Yadom considère qu'il y a là violation de la directive 64/221 C.E.E. en ce que ne serait pas respecté le droit pour un ressortissant communautaire de rester sur le territoire d'un Etat membre, en vue d'y exercer un recours contre une décision de refus de séjour (15). La Cour va faire droit à ce point de vue, faisant exigence au droit de correspondre à la réalité et de considérer qu'en l'espèce, s'agissant d'une décision après un séjour temporaire de sept mois, elle « ne saurait être qualifiée de "décision d'entrée" au sens de l'article 8 de la directive mais doit être considérée comme une décision "de refus de délivrance du premier titre de séjour" ou de "décision d'éloignement avant toute délivrance d'un tel titre" en manière telle que l'intéressée doit bénéficier des garanties prévues à l'article 9, § 2, de la directive et être "autorisé[e] à présenter en personne ses moyens de défense à moins que des raisons de sûreté de l'Etat ne s'y opposent" », ce qui, à l'inverse d'une décision relative à l'entrée (16) implique sa présence sur le territoire pendant le recours. L'avocat général avait opportunément rappelé que, selon l'article 5 de la même directive, « la décision concernant l'octroi ou le refus du premier titre de séjour doit être prise dans les plus brefs délais et au plus tard dans les six mois de la demande » (17). Soucieux de faire correspondre le droit à une réalité que l'on pourrait qualifier d'objective, la Cour tempère la prise en compte du temps écoulé, en l'espèce sept mois, en précisant qu'il n'y a pas lieu de tenir compte du temps qui s'écoulerait après une première décision en raison d'un recours juridictionnel suspensif ni de l'autorisation temporaire d'exercer un emploi qui serait accordée pendant ce recours (18).

(14) C.J.C.E., 9 nov. 2000, aff. C-357/98, *Yadom*, non encore publié au *Recueil*; concl. av. gén. Léger, 30 mars 2000.

(15) Directive du 25 février 1964 relative à la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, *J.O.C.E.*, 1964, L 56, p. 850.

(16) C.J.C.E., 5 mars 1980, aff. C-38/79, *Pecastaing*, *Rec.*, 691 : l'article 8 de la directive n'impose pas la présence de l'étranger sur le territoire pendant le procès, pour autant qu'il puisse bénéficier d'un procès équitable et être en mesure de faire valoir tous ses moyens de défense.

(17) Concl., pt 62, italiques dans le texte.

(18) Ce qui confirme le rejet du bénéfice tiré du recours « self serving » déjà affirmé par la Cour :

Comme le relève l'avocat général, c'est l'ancienneté de la directive de 1964 qui explique pour partie une protection juridictionnelle insuffisante distinguant selon la qualité de la mesure : refus d'accès ou éloignement (19). Une question générale se profile alors : les distinctions reposant sur « une fiction juridique » selon les termes de la Cour (pt 37) devront-elles être également condamnées lorsqu'il s'agirait du franchissement de frontières extérieures par des ressortissants d'Etats tiers? C'est en ce sens que l'intéressée faisait référence à la jurisprudence strasbourgeoise pour condamner toute « construction artificielle » de refus d'entrée postérieurement à une admission temporaire (20). Certes, cette jurisprudence interdisant que l'expulsion conduise à un traitement inhumain et dégradant est intégrée dans la Charte des droits fondamentaux (art. 19, § 2). C'est toutefois là une hypothèse limitée aux expulsions dont les conséquences porteraient, de façon inacceptable, atteinte à la dignité humaine. S'agissant des garanties procédurales pour toute autre mesure d'éloignement du territoire, rien n'indique qu'une distinction ne puisse pas être faite en raison de la qualification de la mesure : refus d'accès ou expulsion, celle-ci fût-elle le résultat d'une fiction juridique (21). En outre, s'agissant de l'Union européenne, la référence expresse dans l'affaire *Yadom* à l'article 8A du Traité C.E. (art. 18 C.E.) suggère la possibilité de distinguer, notamment pour les garanties procédurales, entre la circulation interne ouverte à tout citoyen et l'entrée externe de ressortissants d'Etats tiers (pt 23). Au demeurant, la Cour avait implicitement admis, dans son arrêt relatif aux visas de transit aéroportuaires (V.T.A.), la distinction proposée par l'avocat général Fenelly entre le franchissement des frontières au sens physique (autorisé par un V.T.A.) et l'entrée sur le territoire au sens légal (non autorisé par le V.T.A.) (22). On peut certes considérer qu'il n'y a pas de commune mesure entre un transit aéroportuaire de quelques heures et un séjour temporaire de sept mois. Cette durée eût d'ailleurs permis de poser une autre question : peut-on considérer qu'une personne qui a été autorisée au séjour pendant sept mois, et autorisée au travail, sans soulever de problèmes, puisse représenter un risque pour l'ordre public en raison de faits antérieurs? Pour reprendre les termes du commissaire du gouvernement Ronny Abraham, dans une affaire devant le Conseil d'Etat de France, « on ne peut

C.J.C.E., 20 sept. 1990, aff. C-192/89, *Sevince*, *Rec.*, 3461.

(19) Concl., note 14.

(20) Cour eur. D.H., 2 mai 1997, *D... c. Royaume-Uni*, *Rec.*, 1997-III. En l'espèce, pour faire valoir que le Royaume-Uni ne participerait pas à un traitement inhumain ou dégradant, contraire à l'article 3 C.E.D.H., par l'expulsion d'un étranger en phase terminale du sida vers un pays où il ne serait pas soigné, les autorités soulignaient qu'en droit l'intéressé ne se trouvait même pas sur le territoire britannique, n'y ayant pas été autorisé au séjour. La Cour rejette cet argument de droit.

(21) En ce qui concerne les seules garanties procédurales contre l'expulsion, visées à l'article 1^{er} du Protocole 7, C.E.D.H., le droit de « faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion » n'est garanti qu'à « un étranger résidant régulièrement » et pour autant que l'expulsion ne soit pas nécessaire « dans l'intérêt de l'ordre public ».

(22) C.J.C.E., 12 mai 1998, aff. C-170/96, *Commission et Parlement c. Conseil*, *Rec.*, I-2963, concl. 5 févr. 1998, pt 24.

2001

55

s'empêcher de voir une certaine contradiction dans le fait de refuser le titre de séjour réclamé tout en prorogeant, bien que de façon provisoire et précaire, l'autorisation de demeurer sur le sol » (23).

3

Séjour

8. — A partir de décisions relatives à la libre circulation des travailleurs [1], des sportifs [2], des étudiants [3], des membres de la famille [4], de décisions relatives aux droits sociaux et fiscaux [5], ou aux ressortissants d'Etat tiers [6], c'est essentiellement sur la combinaison des principes de non-discrimination et de proportionnalité que l'attention se concentre [7].

1. — **Travailleurs**
(aff. *Angonese, Graf*,
Osterreichischer Gewerkschaftsbund,
Commission c. Belgique)

9. — Ces quatre décisions concernent tantôt les conditions d'accès à un emploi, tantôt les conditions de sortie d'un emploi.

L'affaire *Angonese* (24) pose, une fois de plus, la question de l'exigence de connaissances linguistiques pour accéder à un emploi. Ressortissant italien de langue maternelle allemande résidant dans la province de Bolzano, M. Angonese, qui a fait des études en Autriche, s'est vu refuser l'admission au concours de recrutement d'une banque de Bolzano au motif que, bien que bilingue (italien/allemand) il ne possédait pas le « *potentino* », certificat officiel délivré par l'administration de Bolzano après examen dans cette province. M. Angonese estime qu'il y a une entrave disproportionnée à la liberté de circulation des travailleurs (art. 39 C.E.), ses connaissances linguistiques étant suffisamment prouvées par les certificats obtenus à Vienne et par son expérience professionnelle. Faisant droit à ce point de vue, la Cour dit pour droit que l'article 39 C.E. « s'oppose à ce qu'un employeur oblige les candidats à un concours de recrutement à faire la preuve de leurs connaissances linguistiques exclusivement au moyen d'un unique diplôme, délivré dans une seule province d'un Etat membre » (dispositif). Pour condamner cette entrave discriminatoire indirecte imposée par une entreprise privée, la Cour donne effet direct horizontal à l'article 39 C.E. : « l'interdiction de la discrimination sur le fondement de la nationalité, énoncée à l'article [39 C.E.], s'applique également aux personnes privées » (pt 36). Il est vrai que, en matière sportive, dans l'affaire *Bosman* notamment, la Cour a déjà appliqué l'article 39 C.E. à des organismes privés, mais à propos de règlements que l'on pourrait qualifier de collectifs. L'extension à tout rapport entre personnes privées n'était pas d'évidence pour l'avocat général qui avait estimé « préférable de ne pas faire de recommandation à la Cour » (pt 41) sur l'application par analogie de la jurisprudence *Defrenne* ayant attribué effet direct horizontal à l'article 141 C.E. en matière d'égalité des sexes.

La position de l'avocat général était guidée par une autre question plus délicate : la compétence

de la Cour en présence d'une situation purement interne. L'avocat général estimait qu'il s'agissait d'une situation purement interne (d'un italien en Italie). Il n'y aurait pas lieu de tenir compte des études effectuées en Autriche pour rattacher l'affaire à la libre circulation, dans la mesure où ces études (de langue anglaise, slovène et polonaise à la Faculté de philosophie de l'Université de Vienne) « ne présentent de rapport ni avec la nature du poste vacant (secteur bancaire) ni avec les langues en cause ». En conséquence, selon l'avocat général, il y a « absence de tout facteur de rattachement à une quelconque des situations envisagées par le droit communautaire » (pt 14), en manière telle que pour rattacher ces faits au droit communautaire il faudrait, selon le vœu exprimé par la Commission, franchir « une nouvelle étape significative de la jurisprudence » (pt 10). Faut-il déduire du fait que la Cour n'a pas suivi le point de vue de l'avocat général et s'est déclarée compétente, que l'arrêt *Angonese* constitue cette « étape significative » ? Non. Par un subterfuge déjà utilisé, la Cour se contente d'affirmer sa compétence, considérant qu'il « n'apparaît pas de manière manifeste que l'interprétation sollicitée du droit communautaire [par le juge national] n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal ». Ce renvoi à la marge d'appréciation du juge national en sa question préjudicielle, dont on mesure l'élasticité à l'aune du souhait de la Cour de répondre ou non à la question, évite d'aborder de front la problématique des situations internes.

La reconnaissance d'une pratique discriminatoire directe, ou indirecte comme en l'espèce (concl., pt 41), ne devrait-elle pas conduire *a priori* à la condamnation de cette pratique, laissant au juge national le soin de mesurer la pertinence de la question et la portée de la réponse dans le cas d'espèce ? En revanche, lorsqu'est en cause une entrave purement indistinctement applicable, comme le coût du transfert d'un joueur de football dans l'affaire *Bosman*, qui existe quelle que soit la nationalité du joueur mais aussi quel que soit le caractère transfrontière ou non du transfert, la Cour peut être plus réservée et refuser sa compétence, si la cause ne présente pas de lien avec la libre circulation car, dans ce cas, seule la libre circulation est, en soi, en cause, indépendamment de toute atteinte au principe de non-discrimination. En l'espèce, le certificat de langue exigé n'est pas indistinctement applicable puisque, à l'évidence, la personne sédentaire ayant accompli toute sa formation à Bolzano disposera plus souvent et plus facilement de ce certificat que le ressortissant d'un autre Etat membre ou que le national migrant ayant accompli tout ou partie de sa formation à l'étranger. De même, si l'on accepte, comme le fait la Cour, le caractère indirectement discriminatoire de l'entrave en cause, il serait préférable de modaliser plus précisément l'usage qui est fait du principe de proportionnalité. Correctement la Cour relève que si la mesure poursuit l'objectif légitime de juger du niveau de connaissance linguistique (pt 44), elle le fait par un moyen disproportionné en rendant impossible la preuve par tout autre moyen (pt 45). Toutefois, la Cour pourrait, soulignant le caractère discriminatoire de l'entrave, la condamner *a priori* à défaut pour l'auteur de l'entrave d'en établir la proportionnalité. A l'inverse, en présence d'une entrave indistinctement applicable, il appartiendrait à celui qui subit l'entrave d'en établir le caractère disproportionné.

10. — Ce dernier raisonnement eût pu être tenu dans l'affaire *Graf* (25) en matière de fin de contrat d'emploi. Ressortissant allemand employé dans une société en Autriche, M. Graf met volontairement fin à son contrat en vue d'exercer un nouvel emploi en Allemagne. En application du droit autrichien, l'indemnité de licenciement n'est pas payée en cas de résiliation volontaire du contrat. M. Graf estime que c'est une entrave à la libre circulation, contraire à l'article 39 C.E. La Cour ne fait pas droit à ce point de vue, considérant que l'article 39 C.E. « ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui refuse le droit à une indemnité de congédiement à un travailleur lorsque celui-ci met fin lui-même à son contrat de travail pour exercer une activité salariée dans un autre Etat membre alors qu'elle accorde le droit à une telle indemnité au travailleur lorsque le contrat prend fin sans qu'il ait lui-même pris l'initiative de la rupture ou que celle-ci lui soit imputable » (dispositif). Constatant qu'il y a d'une entrave indistinctement applicable (pt 23), la Cour aurait pu faire peser la charge de la preuve du caractère disproportionné d'une telle entrave, *a priori* acceptable, sur le sujet de l'entrave et estimer qu'une telle entrave n'est pas disproportionnée dans la mesure où elle poursuit le but légitime d'éviter les ruptures abusives de contrat par un moyen proportionné, l'intéressé disposant d'un choix libre entre la résiliation ou non de son emploi selon son libre choix de retour ou non dans son propre pays. Plutôt que de suivre ce raisonnement, la Cour a préféré considérer la législation en cause *a contrario* et affirmer que le droit à l'indemnité, en cas de licenciement par l'employeur, dépendait « d'un événement futur et hypothétique [le licenciement] ... circonstance trop aléatoire et indirecte pour que puisse être regardée comme étant de nature à entraver la libre circulation des travailleurs une [telle] réglementation » (pts 24 et 25). C'est davantage sur la distinction entre les entraves discriminatoires et les entraves indistinctement applicables que l'attention devrait porter que sur la distinction, quelque peu théorique, au sein de ces « restrictions neutres » selon les termes de l'avocat général, entre l'accès au marché et l'exercice d'un emploi. Comment et pourquoi revendiquer l'accès au marché de l'emploi si ce n'est pour y exercer un emploi ? Comment exercer un emploi sans revendiquer l'accès au marché de l'emploi ? Cela précisé, c'est bien alors, comme l'indiquent les conclusions, « les personnes lésées qui devraient être tenues de renverser cette présomption en démontrant qu'une règle particulière a, dans toutes les circonstances, un tel effet négatif et dissuasif sur l'accès au marché » (pt 32) — ou, selon nous, simplement sur l'exercice de la libre circulation — qu'elle en est disproportionnée (26).

11. — Si la loi autrichienne avait échappé à la censure dans l'affaire *Graf*, il n'y va pas de même dans l'affaire *Osterreichischer Gewerk-*

(25) C.J.C.E., 27 janv. 2000, aff. C-190/98, *Graf, Rec.*, I-493; concl. av. gén. Fennelly, 16 sept. 1999.

(26) En évitant une distinction abstraite entre l'accès au marché et l'exercice d'un emploi, on renforce une réflexion partagée avec l'avocat général : « les personnes ne sont pas des produits et le processus de migration aux fins d'exercer un emploi ou de s'établir à l'étranger... ne saurait être si facilement scindé [comme en matière de libre circulation des marchandises — arrêt *Keck*] en étape de production (de masse) et étape de commercialisation » (pt 18).

(23) C.E. fr., 24 oct. 1990, *Ragusi, R.T.D.E.*, 1991, p. 301.

(24) C.J.C.E., 6 juin 2000, aff. C-281/98, *Angonese, Rec.*, I-4139; concl. av. gén. Fennelly, 25 nov. 1999.

schaftsbund (syndicat autrichien) (27). Le Gewerkschaftsbund est un syndicat représentant notamment les salariés du secteur public. Ce syndicat conteste la décision du secrétaire d'Etat aux Services publics refusant, conformément à la loi autrichienne, de prendre en compte certaines périodes d'activité antérieures, effectuées par des enseignants ou des assistants sous contrat dans d'autres Etats membres.

La Cour dit pour droit que l'article 39 et l'article 7, §§ 1^{er} et 4, du règlement 1612/68 s'opposent à la loi autrichienne relative à la prise en compte des périodes d'activité antérieures aux fins de la détermination de la rémunération des enseignants et des assistants sous contrat, « lorsque les exigences qui s'appliquent aux périodes effectuées dans d'autres Etats membres sont plus strictes que celles applicables aux périodes accomplies au sein d'institutions comparables de l'Etat membre concerné » (dispositif). Ce dernier membre de phrase placé entre guillemets est important. En effet, la Cour avait déjà jugé, à plusieurs reprises, notamment dans *Scholtz*, que des règles nationales s'opposant à la prise en compte de périodes d'activité antérieures effectuées au sein de l'administration publique d'autres Etats membres constituaient une discrimination indirecte injustifiée et étaient contraires à l'article 39 C.E. (28). Ici, la loi autrichienne ne s'oppose pas à la prise en compte des activités exercées dans un autre Etat membre mais laisse à l'autorité nationale le soin de décider si l'ensemble des périodes antérieures sont prises en compte parce qu'elles « présentent une importance particulière pour la bonne affectation » de l'enseignant; alors qu'une telle condition n'affecte pas les activités antérieures accomplies en Autriche. Faisant un examen correct de la proportionnalité, s'agissant d'une entrave discriminatoire, la Cour considère que si la mesure poursuit un objectif légitime, les autorités n'établissent pas que le moyen n'est pas disproportionné, qu'au contraire le droit autrichien n'est « pas proportionnel à l'objectif invoqué par le gouvernement autrichien » (pt 50).

On remarquera que, pour condamner de la sorte la loi autrichienne, la Cour a dû franchir deux obstacles préalables. D'une part, conformément à sa jurisprudence, elle rejette l'exception tirée de l'article 39, § 4, C.E. : il n'y a pas de « emplois dans l'administration publique » s'agissant d'enseignants et de l'exercice d'un emploi alors que l'accès y a déjà été accepté. D'autre part, la Cour, laissant une large marge d'appréciation à la « juridiction » nationale accepte que la question soit posée par une « juridiction » (l'*Oberster Gerichtshof*), qui rend une « décision de type déclaratoire [sur un] droit d'ester [qui] est exercé de façon collective » par un syndicat et « ne statue pas sur des litiges concernant une affaire concrète impliquant des personnes identifiées » (pt 29). Pour accepter le caractère juridictionnel de la procédure, la Cour relève que « la décision finale lie les parties » et que « la procédure est destinée à servir de référence déterminante pour des procédures parallèles concernant des employeurs et salariés individuels » (pt 30). Plus que la simple reconnaissance d'une cause significative, c'est

une forme d'action d'intérêt collectif que la Cour reconnaît dans la mesure où le droit national la permet.

12. — La Cour a condamné la Belgique en manquement pour violation de la liberté de circulation et d'établissement par la loi du 10 avril 1990 sur les entreprises de gardiennage, sur les entreprises de sécurité et sur les services de gardiennage en raison des conditions, notamment de résidence habituelle en Belgique, imposées aux personnes assurant la direction effective d'une entreprise de gardiennage et au personnel, à l'exception du personnel interne administratif et logistique (29).

2. — Sportifs (aff. *Delège, Lethonen, Malaja*)

13. — Judo (*Delège*) ou basket-ball (*Lethonen, Malaja*), les sports ont été à l'honneur en 2000, tant devant les juridictions nationales (*Malaja*) que devant la Cour (*Delège, Lethonen*). De même, les médias, particulièrement en France, se saisissent abondamment des affaires de faux passeports d'un Etat membre de l'Union, attribués à des sportifs professionnels originaires d'Etats tiers. De façon par trop simpliste, ces malversations sont présentées comme conséquences de l'arrêt *Bosman*, alors qu'elles sont la conséquence des critères de nationalité imposés par les fédérations sportives et jugées, évidemment, discriminatoires par la Cour (30). Ce n'est pas la suppression des différences entre joueurs européens qui conduit aux faux passeports, cela pouvant déjà exister auparavant par l'usage de passeports nationaux et se poursuivant par le maintien de quotas de nationalité pour les ressortissants d'Etats tiers.

La jurisprudence européenne (*Lethonen*) (31) montre que le champ d'application matériel du principe de non-discrimination est appelé à s'étendre, alors que la jurisprudence nationale (*Malaja*) (32) montre que le champ d'application personnel du même principe de non-discrimination est également appelé à s'étendre, dans la mesure où la catégorie des ressortissants d'« Etats tiers » qui ne bénéficient pas, directement ou indirectement, du principe de non-discrimination se réduit. L'ensemble de ces affaires relatives au sport ne sont ici examinées que succinctement, ayant fait l'objet d'un commentaire plus détaillé par ailleurs (33).

Jiry Lethonen est un joueur de basket-ball de nationalité finlandaise, transféré de Finlande au club des Castors Braine en Belgique. Comme dans l'affaire *Bosman*, des problèmes se posent dans le cadre du transfert d'un sportif professionnel, national d'un Etat membre vers un autre Etat membre. Ce n'est pas le coût du transfert qui est en cause mais les délais autorisés

pour le transfert : ceux-ci sont plus courts lorsqu'ils sont intra-européens que lorsque le joueur vient d'un Etat tiers. Considérant, comme pour *Bosman*, qu'il s'agit d'un travailleur, la Cour va examiner s'il y a une entrave disproportionnée à sa liberté de circulation, contraire à l'article 39 C.E. La Cour reconnaît la légitimité du but poursuivi, étant la régularité des compétitions. Elle considère aussi que le moyen, les délais de transfert, est efficace. Mais elle met en cause la nécessité du moyen, particulièrement quant à la différence des délais du transfert selon que les joueurs proviennent ou non de la zone européenne. « Une telle réglementation doit être considérée comme allant au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi » (pt 58). Elle est donc contraire à l'article 39 C.E., « à moins que — et c'est une précision importante — des raisons objectives, intéressant uniquement le sport en tant que tel [...] ne justifient une telle différence de traitement » (dispositif). L'examen de ces « raisons objectives intéressant uniquement le sport » est abandonné à la compétence du juge national. Il y a là une manière de clause de sauvegarde de la spécificité du sport soulignée dans les conclusions de l'avocat général Alber admettant qu'une « autorégulation [du sport] est en principe acceptable » (pt 69) et se référant à la déclaration n° 29 en annexe au Traité d'Amsterdam qui « souligne l'importance sociale du sport et en particulier son rôle de ferment de l'identité et de trait d'union entre les hommes ».

14. — Cette spécificité sportive, de nature à tempérer la rigueur, supposée, de la jurisprudence *Bosman*, apparaît plus nettement dans l'arrêt *Delège* prononcé deux jours plus tôt (34). Mme Delège est une judoka belge qui conteste les critères de sélection de la Fédération nationale de judo pour des compétitions internationales. S'agissant d'une sportive qui n'est pas liée par un contrat de travail, ce n'est pas la libre circulation des travailleurs (art. 39 C.E.) mais celle des services (art. 49 C.E.) qui est invoquée. L'affaire sort donc du cadre restreint de la présente chronique. L'enseignement qui résulte de la décision mérite toutefois d'être noté. La Cour dit : « une règle imposant à un athlète professionnel ou semi-professionnel, ou à un candidat à une activité professionnelle ou semi-professionnelle, d'être en possession d'une autorisation ou d'une sélection de sa fédération pour pouvoir participer à une compétition sportive internationale de haut niveau, qui n'oppose pas des équipes nationales, dès lors qu'elle découle d'une nécessité inhérente à l'organisation d'une telle compétition, ne constitue pas en elle-même une restriction à la libre prestation de services » (dispositif). Les italiques ajoutées ici soulignent la place accordée à la spécificité du sport et à son autorégulation. Cette place est encore plus grande que dans l'affaire *Lethonen* dans la mesure où la Cour n'examine pas, ou n'invite pas la juridiction nationale à examiner, la proportionnalité des moyens utilisés pour atteindre l'objectif sportif légitime, considérant qu'en elle-même ces mesures « ne constituent pas une restriction ». Plus prudent, l'avocat général Cosmas avait examiné la proportionnalité et estimé que ces mesures « sont aptes à la réalisation de l'objectif poursuivi et ne sont pas excessivement contraignantes par rap-

(29) C.J.C.E., 9 mars 2000, aff. C-355/98, *Commission c. Belgique*, Rec., I-1221; concl. av. gén. Jacobs, 16 sept. 1999.

(30) C.J.C.E., 15 déc. 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec., I-4921. Voy. notam. J.T.D.E., 1996, p. 63.

(31) C.J.C.E., 13 avril 2000, aff. C-176/96, *Lethonen*, Rec., I-2681 et J.L.M.B., 2000, p. 1376; concl. av. gén. Alber, 22 juin 1999.

(32) Cour adm. Nancy, 3 févr. 2000, R.T.D.Eur., 2000, p. 384, note G. Auneau. « Les conditions de résolution d'un contentieux sportif national à la lumière de la jurisprudence communautaire ».

(33) « Evolution des rapports entre le droit et le sport : à propos des affaires *Delège*, *Lethonen* et *Malaja* », J.L.M.B., 2000, p. 1381.

(34) C.J.C.E., 11 avril 2000, aff. C-51/96 et C-191/97, *Delège*, Rec., I-2549; concl. av. gén. Cosmas, 18 mai 1999.

(27) C.J.C.E., 30 nov. 2000, aff. C-195/98, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, non encore publié au Recueil; concl. av. gén. Jacobs, 27 janv. 2000.

(28) C.J.C.E., 23 févr. 1994, aff. C-419/92, *Scholtz*, Rec., I-505.

port à la nécessité d'atteindre cet objectif » (pt 82).

15. — C'est une décision nationale de la cour administrative de Nancy, dans l'affaire *Malaja* (35), qui révèle l'une des conséquences les plus importantes — à tout le moins quantitativement — de l'arrêt *Bosman*. Lilia Malaja est une joueuse de basket-ball de nationalité polonaise recrutée par le Racing Club de Strasbourg, qui compte déjà une Croate et une Bulgare. Le règlement de la Fédération française de basket-ball ne permettant que l'alignement de deux étrangères « hors espace économique européen », la Fédération refuse d'homologuer le contrat. La cour de Nancy annule cette décision négative de la Fédération, la jugeant contraire au principe de non-discrimination inscrit dans l'accord entre la C.E. et la Pologne (36). Il ne convient pas d'exagérer la portée de la décision. Il n'y a ni d'un droit à la liberté de circulation ou de séjour, ni d'un droit d'accès au marché du travail. Il y a d'un principe de non-discrimination dans l'exercice d'un travail après avoir été autorisé, par l'Etat concerné, au séjour et après avoir bénéficié d'un contrat de travail. Il ne convient pas davantage de minimiser la portée de la décision. Cette jurisprudence pourrait s'étendre aux ressortissants de tous les Etats tiers ayant signé des accords avec la C.E. comportant un principe de non-discrimination. Si aux accords d'association (37) et aux accords de coopération (38), on ajoute les accords A.C.P. (39), la liste est longue. L'arrêt est soumis à la censure du Conseil d'Etat de France. Une question préjudicielle sera peut-être posée. Ces quotas de nationalités pourraient-ils bénéficier de la spécificité sportive résultant des arrêts *Lethonen* et *Delige*? C'est peu probable s'agissant d'une mesure directement fondée sur la nationalité qui devrait, *a priori*, être jugée disproportionnée. Plus délicate est l'étendue exacte du principe de non-discrimination lorsque la validité d'un contrat de travail est conditionnée par une autorisation délivrée par un organe délégué par l'Etat. S'agit-il d'une condition d'accès à

l'emploi ou d'une condition propre à son exercice? Faut-il vraiment distinguer l'un ou l'autre dans la mesure où l'accès à un emploi et son exercice font partie d'un continuum de vie (*supra*, n° 10)?

3. — Etudiants (*Commission c. Italie*)

16. — En 1990, trois directives ont été adoptées en vue de faciliter le droit de séjour des étudiants (40), des retraités (41) et de toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre (42). Malgré l'introduction, par le Traité de Maastricht, du droit pour tout citoyen de l'Union « de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres » (art. 8A, devenu art. 18 C.E.), ces directives n'ont pas perdu tout intérêt, dans la mesure où ce droit de séjour est reconnu aux citoyens « sous réserve des limitations et conditions prévues par le [...] Traité et par les dispositions prises pour son application ». La condition principale, commune aux trois directives, pour bénéficier de ce droit de séjour est une condition de moyens de subsistance suffisants concrétisés par une assurance maladie et des ressources. Considérant que l'Italie est trop exigeante quant aux preuves de ressources, la Commission a introduit une procédure en manquement. La Cour condamne l'Italie : elle a manqué à ses obligations au regard des trois directives « en limitant les moyens de preuve qui peuvent être invoqués et en disposant notamment que certains documents doivent être délivrés ou visés par l'autorité d'un autre Etat membre » (dispositif) (43). Pour ce faire, la Cour rappelle qu'il convient de donner « effet utile [aux] dispositions des directives comportant des mesures pour abolir [...] les obstacles à la libre circulation des personnes, afin que l'exercice du droit de séjour des citoyens de l'Union européenne et des membres de leur famille sur le territoire de tout Etat membre soit facilité » (44). Toutefois, il ne doit pas se déduire de la formulation identique de l'exigence de ressources suffisantes dans la directive résiduaire et dans la directive retraités que les Etats, qui disposent d'une certaine marge de manœuvre, ne peuvent « accorder un régime plus favorable » aux retraités qu'aux autres (45).

17. — C'est à propos des étudiants que l'arrêt dispense l'enseignement le plus important. La directive étudiant est en effet plus souple quant aux moyens de preuve des ressources suffisantes, considérant que cette preuve peut être dispensée « par une déclaration, au choix de l'étu-

diant, ou tout autre moyen au moins équivalent » (art. 1^{er}).

Cette plus grande souplesse accordée aux étudiants se justifie, dit la Cour, par le caractère temporaire du séjour, limité aux études et faisant l'objet d'un titre renouvelé chaque année et par le fait que les étudiants peuvent plus facilement arrondir leurs ressources par de petits travaux et ont, généralement, des charges familiales moins importantes (46). En conséquence, l'Italie manque à ses obligations « en exigeant des étudiants [...] d'abord qu'ils garantissent aux autorités italiennes qu'ils disposent de ressources d'un montant déterminé, ensuite, en ce qui concerne le moyen à utiliser à cet effet, en ne laissant pas clairement à l'étudiant le choix entre une déclaration et tout autre moyen au moins équivalent et, enfin, en n'admettant pas l'utilisation d'une déclaration lorsque l'étudiant est accompagné d'un membre de sa famille » (dispositif). Pour la Belgique, il se déduit de cet arrêt que le « montant minimum des moyens de subsistance dont doit disposer l'étranger qui désire faire des études en Belgique », fixé chaque année (47), ne peut s'appliquer aux étudiants citoyens de l'Union.

4. — Membres de la famille (*aff. Kaba*)

18. — L'arrêt *Kaba*, relatif aux membres de la famille, confirme que, « en l'état actuel du droit communautaire, le droit de séjour des ressortissants d'un Etat membre sur le territoire d'un autre Etat membre n'est pas inconditionnel [car l'article 18 C.E.] renvoie expressément aux limitations et conditions prévues par le Traité et par les dispositions prises pour son application » (48). M. Kaba est un ressortissant yougoslave (Kosovar d'origine albanaise) ayant demandé l'asile au Royaume-Uni. A la suite de son mariage avec une Française, il obtient une autorisation de séjourner sur le territoire du Royaume-Uni pour la même période que celle-ci, soit cinq ans, en qualité d'époux d'une ressortissante communautaire. L'autorisation de séjourner indéfiniment lui est refusée au motif que ce droit n'est accordé dans un délai réduit qu'aux membres de la famille d'un national ou d'une personne « présente et établie » au Royaume-Uni, ce qui n'est pas le cas de son épouse ne séjournant que depuis un an et dix mois. M. Kaba estime qu'il y a là une discrimination défavorisant un citoyen européen et un membre de sa famille au regard des droits accordés aux étrangers membres de la famille d'un national ou d'un étranger « présent et établi ». L'Immigration Adjudicator interroge la Cour sur la conformité de ce traitement différencié au regard de l'article 7, § 2, du règlement (C.E.E.) 1612/68, aux termes duquel le travailleur ressortissant d'un Etat membre « bénéficie des mêmes avantages sociaux et fiscaux que les travailleurs nationaux ». « Sans qu'il soit besoin de trancher la question de savoir si le droit de séjourner indéfiniment sur le territoire national constitue un avantage social » (49) la Cour dit que cette réglementation ne constitue pas une discrimination contraire au ré-

(35) Cour adm. Nancy, 3 févr. 2000, *R.T.D.Eur.*, 2000, p. 384, note G. Auneau, « Les conditions de résolution d'un contentieux sportif national à la lumière de la jurisprudence communautaire ».

(36) Accord C.E. - Pologne, signé à Bruxelles, le 16 déc. 1991, *J.O.C.E.*, C 348, p. 1; art. 37 « Sous réserve des conditions et modalités applicables dans chaque Etat membre, les travailleurs de nationalité polonaise légalement employés sur le territoire d'un Etat membre ne doivent faire l'objet d'aucune discrimination fondée sur la nationalité, en ce qui concerne les conditions de travail, de rémunération ou de licenciement par rapport aux ressortissants dudit Etat membre ».

(37) Turquie (12 sept. 1963, *J.O.C.E.*, 1972, L 293/13), Hongrie (16 déc. 1991, *J.O.C.E.*, 1993, L 347/1), Pologne (16 déc. 1991, *J.O.C.E.*, 1993, L 348/1), Slovaquie (4 oct. 1993), Tchéquie (4 oct. 1993), Roumanie (8 mars 1993), Bulgarie (8 mars 1993), Etats baltes (12 juin 1995), Slovaquie (10 juin 1996), Ukraine (14 juin 1994), Russie (24 juin 1994), Kazakhstan (23 janv. 1995), Kirghistan (9 févr. 1995), Moldavie (28 nov. 1994), Biélorussie (6 mars 1995), Georgie, Arménie, Azerbaïdjan (22 avril 1995).

(38) Maroc, Algérie, Tunisie (25 avril 1978, *J.O.C.E.*, 1978, L 263, 264, 265). Sur l'ensemble de ces accords, voy. D. Martin et E. Guild, *Free Movement of persons in the European Union*, London, Butterworths, 1996, pp. 253 et s.

(39) Pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique comportant septante et un pays (15 déc. 1989, *J.O.C.E.*, 1991, L 229).

(40) Directive (C.E.E.) 90/366 du Conseil du 28 juin 1990, relative au droit de séjour des étudiants, *J.O.C.E.*, C 180, p. 30; annulée en raison de la base juridique par C.J.C.E., 7 juill. 1992, aff. C-295/90, *Parlement c. Conseil, Rec.*, I-4230 et remplacée par la directive (C.E.E.) 93/96 du Conseil du 28 octobre 1993, relative au droit de séjour des étudiants, *J.O.C.E.*, C-317, p. 59, au contenu identique.

(41) Directive (C.E.E.) 90/365 du Conseil du 29 juin 1990, relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle, *J.O.C.E.*, C 180, p. 28.

(42) Directive (C.E.E.) 90/364 du Conseil du 28 juin 1990, relative au droit de séjour, *J.O.C.E.*, L 180, p. 26, dite directive « résiduaire ».

(43) C.J.C.E., 25 mai 2000, aff. C-424/98, *Commission c. Italie, Rec.*, I-4001; concl. av. gén. Colomer, 16 nov. 1999.

(44) Arrêt, pt 35; concl., pt 22.

(45) Arrêt, pt 26; *contra* : concl., pts 15 et 16.

(46) Arrêt, pt 40; concl., pt 28.

(47) Fixé à 18.300 BEF pour l'année académique 1999-2000 (*M.B.*, 24 déc. 1999).

(48) C.J.C.E., 11 avril 2000, aff. C-356/98, *Kaba, Rec.*, I-2623, pt 30; concl. av. gén. La Pergola, 30 sept. 1999; voy. *J.T.D.E.*, 2000, p. 57, note 32.

(49) Arrêt, pt 35. L'avocat général avait répondu positivement à cette question.

glement, considérant que, sans violer l'article 18 C.E., « les Etats membres sont en droit de tirer les conséquences de la différence objective pouvant exister entre leurs propres ressortissants et ceux des autres Etats membres lorsqu'ils fixent les conditions dans lesquelles une autorisation de séjourner indéfiniment sur leur territoire est accordée aux conjoints de ces personnes » (pt 31).

19. — L'affaire intéressera surtout par les longues conclusions de l'avocat général La Pergola qui, ensuite de ses conclusions dans l'affaire *Martinez Sala* (50) revient de façon détaillée sur l'analyse de l'article 18 C.E. et sur l'étendue du droit de séjour lié à la citoyenneté. La question centrale est bien celle de savoir s'il y a discrimination condamnable entre le citoyen européen et le national ou simple traitement différencié objectivement justifié (51). Il n'est pas discutable, qu'en l'état actuel du droit communautaire, le droit de séjour du citoyen n'est pas « absolu » ou inconditionnel. Toutefois, ce n'est pas l'article 18 C.E. isolé qui est en cause, mais sa combinaison avec le principe général de non-discrimination, inscrit à l'article 6 C.E. pour l'ensemble du « domaine d'application du présent Traité ». En d'autres termes, dès l'instant où un droit de séjour illimité est accordé dans certaines conditions aux membres de la famille d'un national ou d'un étranger établi (ces conditions étant librement fixées par la loi nationale), faut-il que le même droit soit reconnu aux mêmes conditions aux membres de la famille d'un citoyen européen? Non, disent la Cour et l'avocat général car « la citoyenneté de l'Union ne saurait en aucun cas être superposée sans discernement à la citoyenneté nationale ni, par conséquent, fonder la prétention de bénéficier également des droits qui doivent être considérés comme réservés aux seuls ressortissants de l'Etat de résidence, parce que ces droits sont l'apanage de leur nationalité » (52).

Les deux affirmations sont correctes. D'une part, la citoyenneté de l'Union ne se superpose pas à la citoyenneté nationale. La troisième phrase ajoutée à l'article 17, § 1^{er}, C.E. par le Traité d'Amsterdam en convainc : « La citoyenneté de l'Union complète la citoyenneté nationale et ne la remplace pas ». D'autre part, les droits « qui doivent être réservés aux seuls ressortissants de l'Etat de résidence parce que ces droits sont l'apanage de leur nationalité » pourront être refusés au citoyen de l'Union sauf si « dans son domaine » le Traité reconnaissait le même droit, de façon absolue au citoyen de l'Union, ce qui n'est pas le cas en matière de droit au séjour, l'article 18 C.E. étant conditionnel. En revanche, les conclusions et l'arrêt sont critiquables dans le lien qu'ils établissent entre ces deux affirmations et l'espèce soumise. Ce qui est en cause n'est pas la revendication d'un droit absolu au séjour de Mme Michonneau

(épouse Kaba) ou de M. Kaba. Les membres de la famille d'un national ne bénéficient pas plus d'un droit absolu au séjour, devant attendre douze mois avant d'obtenir de séjourner indéfiniment sur le territoire du Royaume-Uni. Ce qui est demandé, c'est que ce droit au séjour indéfini du membre de la famille soit accordé dans le même délai de douze mois et non dans un délai porté à quatre ans. Pourquoi, en présence d'une discrimination directement fondée sur la nationalité relative à un droit, fût-il conditionnel, relevant du domaine du Traité, la Cour ne s'est pas interrogée sur la proportionnalité de cette mesure? L'objectif légitime que la mesure pour suit est vraisemblablement de lutter contre les mariages blancs, de vérifier si « le mariage de M. Kaba avec Mme Michonneau n'avait pas été contracté dans le seul but d'obtenir l'"établissement" au Royaume-Uni » (53) Le caractère légitime de cet objectif peut être accepté, de même que l'efficacité du moyen consistant en un délai avant la délivrance du droit au séjour illimité. En revanche, la nécessité du moyen — un délai de quatre ans — est plus que contestable non seulement en raison de la longueur intrinsèque du délai, qui pourrait dissuader Mme Michonneau d'exercer sa liberté de circulation pour préférer vivre avec son époux en France, mais surtout en raison de la différence de délais — de quatre à un an — que rien ne justifie. Une différence de délai dans le transfert des joueurs de basket-ball, selon que, à l'inverse, ils sont citoyens ou ressortissants d'Etat tiers, a conduit la Cour, dans l'affaire *Lethonen* (*supra*, n° 13) à condamner une entrave disproportionnée à la libre circulation. Rien n'indique qu'un raisonnement différent devait être tenu dans l'affaire *Kaba*.

5. — Droits sociaux et fiscaux (*aff. Ferlini, Elsen, Seher, Fitzwilliam, Plum, Zurstrassen, A.M.I.D.*)

20. — En matière de droits sociaux, c'est bien le même raisonnement de proportionnalité au regard d'une discrimination qui conduit la Cour à juger que « l'application, de manière unilatérale, par un groupe de prestataires de soins [Centre hospitalier de Luxembourg] aux fonctionnaires des Communautés européennes de tarifs concernant les soins médicaux et hospitaliers dispensés en cas de maternité plus élevés que ceux applicables aux résidents affiliés au régime national de sécurité sociale constitue une discrimination en raison de la nationalité interdite par l'article [12 C.E.] en l'absence de justification objective à cet égard » (54).

21. — De même, « si les Etats membres conservent leur compétence pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale, ils doivent néanmoins, dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit communautaire et, en particulier, les dispositions du Traité relatives à la libre circulation des travailleurs [...] ou encore à la li-

berté reconnue à tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner sur le territoire des Etats membres » (55). En l'espèce, les articles 18, 39 et 42 C.E. « font obligation à l'institution compétente d'un Etat membre de prendre en compte, aux fins de l'octroi d'une pension de vieillesse, les périodes consacrées à l'éducation d'un enfant, accomplies dans un autre Etat membre, comme si ces périodes avaient été accomplies sur le territoire national par une personne qui, au moment de la naissance de l'enfant, avait la qualité de travailleur frontalier occupé sur le territoire du premier Etat membre et résidant sur celui du second Etat membre » (dispositif).

22. — Des raisonnements similaires ont été tenus en matière fiscale, qu'il s'agisse de l'impôt des personnes physiques pour le bénéfice de l'avantage fiscal de l'imposition collective des conjoints (56) ou de l'impôt des sociétés en matière de déductibilité de pertes dans un autre Etat membre (57) : « Dès lors que n'est pas établie une différence de situation objective, une différence de traitement [...] en l'absence de justification est contraire aux dispositions du Traité » (58).

6. — Ressortissants d'Etats tiers (*Turquie : aff. Savas, Nazli, Ergat, Eyüp, Kocak et Örs*)

23. — Outre la décision relative aux membres de la famille (*Kaba, supra*, n° 18), la plupart des décisions relatives aux ressortissants d'Etats tiers concernent l'application de l'accord d'association avec la Turquie (59). L'affaire *Savas*

(55) C.J.C.E., 23 nov. 2000, *aff. C-135/99, Elsen*, non encore publié au *Recueil*; concl. av. gén. Saggio, 13 avril 2000. Voy. aussi, en matière de calcul des cotisations assurance maladie : C.J.C.E., 15 juin 2000, *aff. C-302/98, Seher, Rec.*, I-4585; concl. av. gén. Colomer, 8 févr. 2000. Sur la soumission des travailleurs et de l'entreprise à la législation de sécurité sociale de l'Etat membre sur le territoire duquel les prestations sont effectivement accomplies et non de l'Etat où l'entreprise est établie, sauf si elle exerce des activités significatives dans cet Etat, voy. C.J.C.E., 10 févr. 2000, *aff. C-202/97, Fitzwilliam, Rec.*, I-883; concl. av. gén. Jacobs, 28 janv. 1999 et C.J.C.E., 9 nov. 2000, *aff. C-404/98, Plum*, non encore publié au *Recueil*; concl. av. gén. Jacobs, 15 juin 2000.

(56) C.J.C.E., 16 mai 2000, *aff. C-87/99, Zurstrassen, Rec.*, I-3337; concl. av. gén. Colomer, 27 janv. 2000.

(57) C.J.C.E., 14 déc. 2000, *aff. C-141/99, A.M.I.D.*, non encore publié au *Recueil*; concl. av. gén. Alber, 8 juin 2000.

(58) *Idem*, pts 30 et 31. Les points 37 et 39 des conclusions de l'avocat général soulignent que « le gouvernement belge n'a pas invoqué de raisons pour justifier le régime mis en cause » montrant par là qu'en présence d'un traitement discriminatoire, la proportionnalité est *a priori* établie et qu'il appartient bien à l'auteur du traitement de renverser cette présomption et de justifier les mesures prises en établissant la légitimité de l'objectif et la proportionnalité des moyens.

(59) Dans le futur, plusieurs décisions concerneront les P.E.C.O., dont les ressortissants tentent, à partir du principe d'égalité de traitement, d'obtenir un droit à l'admission ou au séjour. La Cour suivra vraisemblablement les conclusions des avocats généraux refusant ce droit aux Polonais (*aff. C-63/99, Gloszewski*), Bulgares (*aff. C-235/99, Kondova*) et Tchèques (*aff. C-257/99, Barkori et Malik*). Voy. aussi, en Belgique, la circulaire du 22 décembre 1999 relative aux conditions de séjour de certains

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

(51) Concl., pt 52 : « La question concerne donc uniquement l'infraction que le Royaume-Uni aurait commise en n'assimilant pas pleinement la position du ressortissant national (ou l'autre équivalente, de la personne « présente et établie ») à celle reconnue aux ressortissants communautaires, de manière à éliminer la divergence des conditions de résidence préalable auxquelles les conjoints respectifs doivent avoir satisfait avant de pouvoir demander le droit de séjour illimité ».

(52) Concl., pt 54.

(53) Concl., pt 63, qui ajoutent une note 134 qui révèle peut-être le fond des motifs, sans convaincre qu'ils seraient étrangers à la cause : « Bien que cela ne saurait avoir une quelconque incidence sur l'analyse juridique des dispositions faisant l'objet des questions préjudicielles, nous notons que, à la suite de la présentation de la demande tendant à obtenir un droit de séjour à durée indéterminée, M. Kaba et Mme Michonneau ont divorcé ».

(54) C.J.C.E., 3 oct. 2000, *aff. C-411/98, Ferlini*, non encore publié au *Recueil*; concl. av. gén. Jacobs, 15 juin 2000.

concerne l'interprétation de l'accord d'association et du protocole additionnel. Trois affaires (*Nazli, Ergat, Eyüp*) concernent l'interprétation de la décision 1/80 du Conseil d'association. L'affaire *Kocak* concerne la décision 3/80 du Conseil d'association.

24. — M. et Mme Savas entrent au Royaume-Uni comme touristes en 1984. Après l'expiration de leurs visas touristiques d'un mois, ils vont rester au Royaume-Uni en séjour irrégulier pendant plus de dix ans. En 1991, ils avaient demandé la régularisation de leur séjour. En 1992, ils ouvrent un premier restaurant et, en 1994, un deuxième. A l'encontre du refus de régularisation de leur séjour, ils tentent de puiser dans l'accord d'association C.E.E.-Turquie un droit à l'établissement en qualité d'indépendants, et partant un droit au séjour (60). La Cour va confirmer, en matière d'établissement, la jurisprudence qu'elle a déjà développée en matière de libre circulation des travailleurs turcs. Comme pour l'article 12 (61), la Cour constate que l'article 13 de l'accord d'association prévoyant que « les Parties contractantes conviennent de s'inspirer des [dispositions relatives à l'établissement] du Traité », n'a qu'une portée programmatique et ne peut avoir effet direct. En revanche, l'article 41, § 1^{er}, du Protocole additionnel édicte une règle claire, précise et inconditionnelle de *standstill* (pt 46) en prévoyant que « les Parties contractantes s'abstiennent d'introduire entre elles de nouvelles restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services ». Il ne s'en déduit toutefois pas que les intéressés disposent d'un droit inconditionnel à l'établissement, et partant au séjour : « la première admission d'un ressortissant turc sur le territoire d'un Etat membre est exclusivement régie par le droit national ». Toutefois, la clause de *standstill* « prohibe l'introduction de nouvelles restrictions nationales à la liberté d'établissement et au droit de séjour des ressortissants turcs à dater de la demande d'entrée en vigueur dudit Protocole dans l'Etat membre d'accueil (62). En conséquence, et en cela le dispositif de l'arrêt dépasse les conclusions de l'avocat général, « il incombe à la juridiction nationale d'interpréter le droit interne aux fins de déterminer si la réglementation appliquée au requérant [...] est moins favorable que celle qui était applicable lors de l'entrée en vigueur du Protocole additionnel ». En d'autres termes, pour la Belgique, si les conditions de régularisation de séjour pour l'établissement d'un indépendant étaient plus souples en 1973 qu'en 2000, ce sont ces premières conditions qui devraient être appliquées par l'autorité en 2000.

25. — La Cour avait déjà jugé que les articles 6 et 7 de la décision 1/80 du Conseil d'association qui accordent aux ressortissants turcs, moyennant certaines conditions de résidence, un droit d'accès au marché de l'emploi, impliquaient « nécessairement, sous peine de priver de tout effet le droit qu'elle reconnaît au travailleur

ture, l'existence [...] d'un droit de séjour dans le chef de l'intéressé » (63). Encore faut-il, selon l'ensemble des jurisprudences, que trois conditions soient réunies : qu'il y ait « emploi », que le travailleur « appartienne au marché régulier [au sens de légal] de l'emploi » et qu'il ait exercé un emploi régulier pendant les durées prescrites. Ainsi, la Cour considérera qu'un travailleur turc, qui a renoncé volontairement à son emploi et est devenu demandeur d'emploi, appartient au marché régulier de l'emploi si, comme dans la jurisprudence *Antonissen* pour les citoyens européens (64), il a des chances sérieuses de trouver un emploi (65). En revanche, la Cour a estimé que le travailleur turc qui n'a plus « l'aptitude à une continuation de son emploi », parce qu'il est en incapacité permanente de travail ou retraité, n'appartient plus au marché régulier de l'emploi (66). Qu'en est-il de M. Nazli, travailleur turc faisant l'objet d'une détention préventive en Allemagne d'un peu plus d'un an ? Appartient-il encore au marché régulier de l'emploi ? Oui, dit la Cour, il « n'a pas cessé, en raison du défaut d'exercice d'un emploi durant sa détention préventive, d'appartenir au marché régulier de l'emploi de l'Etat membre d'accueil, lorsqu'il retrouve un emploi dans un délai raisonnable après sa libération » (67), car « seule l'inactivité définitive du travailleur conduit nécessairement à la perte des droits accordés par l'article 6, § 1^{er}, de la décision 1/80 (pt 39). En conséquence, il peut « prétendre à la prorogation de son permis de séjour aux fins de continuer à exercer son droit de libre accès à toute activité salariée ».

26. — En outre, en parallèle avec la jurisprudence relative aux citoyens de l'Union, la Cour fait une interprétation restrictive de l'exception d'ordre public, considérant que l'intéressé, bien que condamné pour trafic de stupéfiant, ne doit pas être expulsé « dans un but de dissuasion à l'égard d'autres étrangers, sans que le comportement personnel de l'intéressé donne concrètement lieu à penser qu'il commettra d'autres infractions graves de nature à troubler l'ordre public dans l'Etat membre d'accueil » (68). Cette interprétation en faveur des Turcs, à l'identique de l'interprétation en faveur des citoyens, n'était pas évidente. D'une part, l'article 14, § 1^{er}, de la décision 1/80 parle des « limitations justifiées par des raisons d'ordre public » sans être aussi précis que la directive 64/221, dont l'article 3 ajoute que « les mesures d'ordre public ou de sécurité publique doivent être fondées exclusivement sur le comportement personnel de l'individu qui en fait l'objet [et que] la seule existence de condamnations pé-

nales ne peut automatiquement motiver ces mesures ». D'autre part, le droit de séjour des Turcs n'est pas le même que celui des citoyens de l'Union, étant limité au territoire de l'Etat d'accueil et dans les limites des conditions d'accès au marché régulier de l'emploi. Ni l'interprétation littérale, ni l'interprétation téléologique n'imposaient une interprétation restrictive à l'identique de l'exception d'ordre public. En définitive, c'est ici aussi le principe de non-discrimination qui guidera l'analyse, bien que l'on se trouve en dehors de la libre circulation des ressortissants d'un Etat membre. Les conclusions de l'avocat général Mischo sont claires : « il ne serait pas concevable qu'un seul acte de vente de stupéfiant doive toujours constituer, dans le chef du travailleur turc, un trouble à l'ordre public, alors que le travailleur communautaire pourrait en effectuer plusieurs avant de provoquer le même trouble. Ne trouvant aucun élément objectif permettant de décliner différemment les exigences de l'ordre public, suivant le statut précis de l'intéressé, j'estime qu'il a lieu d'appliquer le principe « à délit identique, qualification juridique identique » » (69).

27. — Les deux autres affaires relatives à la décision 1/80 concernent les droits des « membres de la famille du travailleur turc », visés à l'article 7. Dans l'arrêt *Ergat*, la Cour précise qu'après le délai de trois ans (pour les offres d'emploi) ou de cinq ans (pour l'accès généralisé au marché de l'emploi) fixés respectivement au premier et au deuxième tirets de l'article 7 de la décision 1/80, « l'intéressé tire un droit individuel en matière d'emploi directement de la décision 1/80 [et ...] un droit corrélatif de séjour [...] indépendamment du maintien des conditions d'accès à ces droits » (70). Le retard dans la demande de prorogation du titre de séjour et la péremption de celui-ci n'entraînent pas la perte du droit au séjour (71). Si les droits liés au regroupement familial deviennent autonomes une fois les conditions de regroupement familial et de délai remplies, la Cour devait encore, en amont, préciser certains aspects de la notion même de « membre de la famille ».

28. — L'affaire *Eyüp*, qui pourrait être sous-titrée « la revanche de *Kadiman* » lui en fournit l'occasion. Les époux Eyüp vivent en Autriche, d'abord mariés pendant deux ans, ensuite, après divorce, en concubinage pendant sept ans, puis remariés, pendant cinq ans (72). Après le rema-

(69) Concl., pts 71 et 72.

(70) C.J.C.E., 16 mars 2000, aff. C-329/97, *Ergat*, Rec., I-1487, pt 40; concl. av. gén. Mischo, 3 juin 1999.

(71) Sur ce point, la Cour, suivant en cela l'avocat général, s'écarte d'une interprétation plus stricte proposée par la Commission, selon laquelle « il faut qu'il y ait encore une résidence régulière et il ne suffit pas que cette résidence ait existé auparavant pendant trois ans ». La Commission assouplissait cette interprétation stricte par le principe de proportionnalité considérant qu'en l'espèce le retard de quelques mois dans la prorogation du titre de séjour ne devait pas être sanctionné par l'expulsion (concl., pts 32 à 38). Dans l'affaire *Eyüp* (note suivante), la Cour confirme « que l'octroi d'un permis de travail ou de séjour ne constitue pas [...] le fondement du droit à l'emploi ou du droit au séjour du ressortissant turc, ceux-ci lui étant directement conférés par la décision 1/80, indépendamment de la délivrance par les autorités de l'Etat membre d'accueil, de ces documents spécifiques, lesquels n'ont qu'une valeur déclaratoire et probante de nature à attester l'existence de tels droits » (pt 45).

(72) C.J.C.E., 22 juin 2000, aff. C-65/98, *Eyüp*, Rec., I-4747; concl. av. gén. La Pergola, 18 nov. 1999.

(63) C.J.C.E., 20 sept. 1990, aff. C-192/89, *Sevince*, Rec., I-3461.

(64) C.J.C.E., 26 févr. 1991, aff. C-292/89, *Antonissen*, Rec., I-745.

(65) C.J.C.E., 27 janv. 1997, aff. C-171/95, *Tetik*, Rec., I-309.

(66) C.J.C.E., 6 juin 1995, aff. 434/93, *Bozkurt*, Rec., I-1435; pour une critique, voy. « Chronique », *J.T.D.E.*, 1996, p. 63.

(67) C.J.C.E., 10 févr. 2000, aff. C-340/97, *Nazli*, Rec., I-957; concl. av. gén. Mischo, 8 juill. 1999.

(68) Dispositif. La Cour fait notamment référence à C.J.C.E., 19 janv. 1999, aff. C-348/96, *Calfa*, Rec., I-11. Dans cette affaire, la législation grecque, comme ici la législation allemande, ne laissait aucun pouvoir d'appréciation à la juridiction ou à l'autorité, certaines infractions en matière de stupéfiants conduisant automatiquement à l'expulsion. Voy. « Chronique », *J.T.D.E.*, 2000, p. 57, n° 16.

ressortissants d'Europe centrale et orientale qui souhaitent exercer une activité économique non salariée ou fonder une société dans le royaume, M.B., 4 févr. 2000, p. 3587 et P. Dollat (dir.), *L'espace économique et social européen face aux défis de l'élargissement*, Paris, La Documentation française, 2000.

(60) C.J.C.E., 11 mai 2000, aff. C-37/98, *Savas*, Rec., I-2927; concl. av. gén. La Pergola, 25 nov. 1999.

(61) C.J.C.E., 30 sept. 1987, aff. C-12/86, *Demirel*, Rec., 3719.

(62) Pour la Belgique, M.B., 31 janv. 1973.

riage, l'épouse n'obtient pas le permis de travail, considérant qu'elle n'a été « membre de la famille » que pendant les deux années de mariage avant le divorce, alors qu'il faut trois ans de « résidence régulière... pour pouvoir bénéficier du droit de « répondre... à toute offre d'emploi » (art. 7, § 1^{er}, 1^{er} tiret). Dans l'affaire *Kadiman*, la Cour avait considéré que le regroupement familial était conditionné par la cohabitation, sauf séparation temporaire et involontaire (73). Cette interprétation était critiquable au regard de la jurisprudence *Diatta* qui n'exigeait pas la cohabitation pour les membres de la famille du travailleur ressortissant d'un Etat membre (74). La différence des mots utilisés n'était pas une justification convaincante, les mots « qui ont été autorisés à la rejoindre » relatifs aux membres de la famille du travailleur turc dans la décision 1/80 (art. 7) n'induisant ni plus, ni moins de cohabitation que les mots « ont le droit de s'installer avec » pour les membres de la famille du travailleur ressortissant d'un Etat membre, dans le règlement 1612/68 (art. 10). La justification principale consistait à accepter un traitement différencié, car « en l'état actuel du droit communautaire, les ressortissants turcs n'ont pas le droit de circuler à l'intérieur de la Communauté » (75). A dire vrai, cette jurisprudence *Kadiman* est assez proche de la jurisprudence belge qui considère que « si l'installation n'implique pas nécessairement une cohabitation effective et durable, elle n'en suppose pas moins l'état de conjoint qui ne saurait être reconnu sans la persistance d'un minimum de relations entre époux » (76). Se profile alors la question inverse : les relations entre conjoints, la cohabitation, la vie commune ne suffisent-elles pas à la qualité de « membre de la famille » sans qu'il soit besoin de mariage ? En d'autres termes, le concubinage ne doit-il pas suffire pour la reconnaissance des droits liés au regroupement familial ? En cela, *Eyüp* serait « la revanche de *Kadiman* » : si *Kadiman* avait imposé aux couples mariés la cohabitation, faisant de celle-ci le critère prépondérant ; la cohabitation dans *Eyüp* ne devait-elle pas suffire et être prise en compte même en dehors du mariage ? Invitée par l'avocat général La Pergola à répondre par l'affirmative, la Cour, sans reconnaître expressément le concubinage, entrouvre la porte en considérant qu'en l'espèce il y a résidence régulière en qualité de membre de la famille dans le chef de la requérante « autorisée, en tant que conjointe d'un travailleur turc appartenant au marché régulier de l'emploi de l'Etat membre d'accueil, à y rejoindre ce travailleur, lorsque cette dernière, après avoir divorcé avant l'expiration de la période de stage de trois ans prévue au 1^{er} tiret [de l'article 7, § 1^{er}], a cependant continué à vivre avec son ex-époux de manière ininterrompue jusqu'à la date où les deux ex-conjoints se sont mariés de nouveau » (dispositif). Il ne faut pas exagérer la portée de principe de la décision, la Cour insistant sur les « éléments factuels particuliers », notamment sur le fait que la période de cohabitation se situe entre deux mariages et que quatre enfants sur sept sont nés durant cette période (pts 9 et 36). De façon plus théorique toutefois, la Cour souligne que « le compor-

tement de [la requérante] a été en permanence conforme à l'objectif qui constitue le fondement de cette disposition, à savoir le *regroupement familial effectif* dans l'Etat membre d'accueil » (77). Pourquoi, à partir de « l'objectif de regroupement familial effectif » ne pas reconnaître, en contrepoint du rejet des mariages fictifs, les concubinages effectifs ? C'est ce qu'a tenté l'avocat général La Pergola dans ses conclusions suivies par la Cour quant au dispositif, mais non quant aux motifs, qui proposaient une ouverture plus radicale. Rappelant que « dans l'arrêt *Reed* de 1986, la Cour a précisé qu'en l'absence de toute indication d'une évolution sociale d'ordre général qui justifierait une interprétation extensive, et en l'absence de toute indication contraire dans le règlement [1612/68], il faut constater que, en utilisant le mot « conjoint », l'article 10 du règlement vise seulement un rapport fondé sur le mariage » (78), l'avocat général estime, au terme d'un examen de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relativement au respect de la vie familiale (art. 8, C.E.D.H.) qu'« il y a lieu de conclure que le fait d'élargir le cercle des « membres de la famille » du travailleur turc ayant le droit d'accéder à un emploi dans l'Etat d'accueil au sens de l'article 7, premier alinéa de la décision [1/80], de façon à y inclure le concubin de ce même travailleur, n'est contraire ni à l'esprit ni à la finalité de cet article » (79). Pour ce faire, l'avocat général opère un raisonnement devenu classique dans l'application de la C.E.D.H. à Luxembourg, considérant que celle-ci peut éclairer l'interprétation d'un domaine du droit communautaire. Le raisonnement peut, depuis, être encore renforcé par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (*supra*, n° 4), dont l'article 7 prévoit que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale » et dont l'article 52, § 3, ajoute que « dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite Convention ». L'argument du Royaume-Uni, selon lequel la transposition n'est pas possible dans la mesure où l'article 8 de la C.E.D.H. « porte sur des droits « civils » [alors que l'article 3 de la décision 1/80] a pour objet un droit de nature « économique » », peut alors être rejeté par l'avocat général considérant que « ce droit « économique » a le mérite de constituer une valeur ajoutée par rapport à la protection d'ordre civil et social de la cellule familiale visée à l'article 8 [C.E.D.H.] » (80). Ce raisonnement intéressant souligne la continuité plus que l'existence de barrières ou de « générations » entre les droits civils et les droits économiques et sociaux. Il n'exclut pas que l'interprétation du principe de proportionnalité fasse l'objet d'une pesée différente des intérêts en présence, selon l'ordre juridique dans lequel on se trouve, car l'objectif légitime peut être différent. Toutefois, même si Luxembourg a égard « au bien-être économique des ressortissants communautaires », celui-ci, selon l'avocat général, n'est pas affecté de façon disproportionnée, si l'on

prend en considération la période d'union libre (81). L'on partage volontiers les arguments théoriques développés par l'avocat général : interprétation du droit communautaire à la lumière des droits de l'homme, complémentarité des droits civils et économiques et sociaux tout en tenant compte d'objectifs légitimes différents influençant la contextualisation et la pesée des intérêts en présence. Les réserves s'expriment plus sur l'interprétation de la jurisprudence strasbourgeoise en matière de vie familiale. Il y a quelque excès à affirmer que la Cour européenne des droits de l'homme « a considéré que la notion de « famille » visée par l'article 8 de la Convention incluait des « familles naturelles », [en se fondant] sur le caractère sérieux et stable du lien existant » (82). En 1986, la même année que l'affaire *Reed* à Luxembourg, dans l'affaire *Rees c. Royaume-Uni*, les juges de Strasbourg affirmaient que le mariage visé à l'article 12 C.E.D.H. concerne « le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique opposé » (83). Toujours la même année, dans l'affaire *Johnston*, citée par l'avocat général, la Cour de Strasbourg disait à propos de l'article 12 relatif au mariage que « la Cour ne saurait en dégager, au moyen d'une interprétation évolutive, un droit qui n'y a pas été inséré au départ ». La Cour ajoutait que, même l'article 8 de la C.E.D.H., dont la notion de « famille » est plus large que la notion de « mariage » de l'article 12, n'implique pas l'obligation, pour l'Irlande en l'espèce, d'adopter des mesures autorisant le divorce afin de permettre à M. Johnston de divorcer et de se remarier avec sa concubine. Certes, Strasbourg a pris en considération les relations familiales « naturelles ». Néanmoins, toutes les affaires de la Cour européenne des droits de l'homme, citées par l'avocat général pour affirmer que « les juges [de Strasbourg] ont assimilé à plusieurs reprises à la notion de « famille » et au statut de ceux qui en font parties, les relations familiales de fait » (84) sont des affaires qui concernent non pas les relations entre conjoints, mais les relations entre parents et enfants « naturels » (85). De même, dans une affaire *Ciliz*, plus récente, si la Cour européenne des droits de l'homme estimera que l'expulsion par les Pays-Bas d'un ressortissant turc, divorcé, porterait atteinte de façon disproportionnée à sa vie familiale, c'est en raison des liens que le père souhaite maintenir avec son enfant, non pas de liens entre conjoints non mariés (86). En revanche, la Cour a fait une interprétation large de la notion de vie privée permettant d'y inclure les relations sociales, mais cela ne conduit pas à une définition de la notion de

(81) Concl., pt 24.

(82) Concl., pt 23.

(83) Cour eur. D.H., 17 oct. 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, série A, n° 106.

(84) Concl., pt 18; italiques dans le texte.

(85) Cour eur. D.H., 13 juin 1979, *Marckx*, série A, n° 31; 18 déc. 1986, *Johnston*, série A, n° 112; 21 juin 1988, *Berrehab*, série A, n° 138; 26 mai 1994, *Keegan*, série A, n° 290; 20 sept. 1994, *Kroon*, série A, n° 297-C. Dans d'autres affaires où la vie familiale est examinée au regard d'une expulsion, si le concubinage est pris en considération, ce n'est pas isolément, mais avec d'autres éléments révélateurs de liens familiaux : enfants ou frères et sœurs ; Cour eur. D.H., 21 novembre 1997, *Boujlifa*, et 30 nov. 1999, *Baghli*. Au surplus, ces deux affaires ne constatent pas une violation disproportionnée de l'article 8, C.E.D.H.

(86) Cour eur. D.H., 11 juill. 2000, *Ciliz c. Pays-Bas*.

(73) C.J.C.E., 17 avril 1997, aff. C-351/97, *Kadiman*, Rec., I-2133.

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

(75) Voy. « Chronique », *J.T.D.E.*, 1997, p. 199, n° 30.

(76) C.E., 24 avril 1995, *Rev. dr. étr.*, 1996, p. 39.

(77) Pt 34, italiques ajoutées.

(78) C.J.C.E., 17 avril 1986, aff. C-59/85, *Reed*, Rec., 1283; cité dans les conclusions *Eyüp*, pt 13, italiques dans les conclusions.

(79) Concl., pt 24.

(80) Concl., pt 17; italiques dans le texte.

« membre de la famille » au sens du droit communautaire. Il paraît certes souhaitable, au vu « d'une évolution sociale d'ordre général » d'inclure le concubin dans la notion de « membre de la famille » (87). Il reste qu'il convient d'être prudent lorsqu'on entend trouver dans la jurisprudence de Strasbourg une assise solide à cet élargissement. La multiplication des législations relatives aux couples non mariés conduira à poser une autre interrogation : faut-il limiter la prise en compte de la cohabitation lorsque celle-ci est « légale » (88) ou l'étendre au ménage de fait « hors la loi » ? Comme l'a souligné l'avocat général, c'est bien l'objectif de « regroupement familial effectif », plus que la sanction d'une union par la loi, qui devrait guider l'interprétation (89).

29. — Les affaires jointes *Kocak et Örs* (90) confirment la reconnaissance de l'effet direct du principe d'égalité de traitement inscrit à l'article 3, § 1^{er}, de la décision 3/80 et reconnu

(87) Une proposition de la Commission, modifiant le règlement 1612/68 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté (J.O.C.E., 1990, C 119, 15 mai 1990, p. 10) va dans ce sens en remplaçant l'article 10 par : « Art. 10 — Ont le droit de s'installer avec le travailleur ressortissant d'un Etat membre, employé sur le territoire d'un autre Etat, même s'ils n'ont pas la nationalité d'un Etat membre : a) son conjoint ou toute personne assimilée dans le système du pays d'accueil et leurs descendants ; b) les ascendants de ce travailleur ou de son conjoint ou de toute personne assimilée dans le système du pays d'accueil ; c) tout autre membre de la famille à charge ou vivant dans le pays de provenance sous le toit de ce travailleur ou de son conjoint ou de toute personne assimilée dans le système du pays d'accueil ». De même, dans la proposition, présentée le 1^{er} décembre 1999 par la Commission, de directive du Conseil relative au droit au regroupement familial (COM [1999], 638 final), sont considérés comme « membres de la famille », selon l'article 5 (a) : « le conjoint du regroupant, ou le partenaire non marié qui a une relation durable avec le regroupant, si la législation de l'Etat membre concerné assimile la situation des couples non mariés à celle des couples mariés ». Ces deux formulations ne sont que la transposition de la jurisprudence *Reed* (*supra*, note 78), faisant référence à la loi du pays d'accueil. La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille du 18 décembre 1990 (O.N.U., résolution 45/158, non en vigueur) fait appel à un mécanisme de droit international privé plus complexe qui pourrait désigner la loi nationale ou la loi de résidence habituelle. Selon l'article 4, « l'expression "membres de la famille" désigne les personnes mariées aux travailleurs migrants ou ayant avec ceux-ci des relations qui, en vertu de la loi applicable, produisent des effets équivalents au mariage ». Dans le cadre communautaire, *de lege ferenda*, un rattachement alternatif, soit à la loi nationale, soit à la loi de la résidence habituelle, paraîtrait plus souple et moins discriminatoire. Il faut toutefois être conscient qu'il conduirait à une extension de la reconnaissance des liens familiaux hors mariage afin d'éviter les discriminations à rebours.

(88) La loi belge du 23 novembre 1998 sur la cohabitation légale, (M.B., 12 janv. 1999) est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000.

(89) Sur l'ensemble, voy. O. De Schutter, « Le droit au regroupement familial au croisement des ordres juridiques européens », *Rev. dr. étr.*, 1996, p. 531 et A. Weyembergh, « Les nouvelles formes de vie commune et leur impact sur le groupement familial », *Rev. dr. étr.*, 2000, p. 6.

(90) C.J.C.E., 14 mars 2000, aff. C-102/98, et C-211/98, *Kocak et Örs*, *Rec.*, I-1287; concl. av. gén. Colomer, 7 oct. 1999.

par la jurisprudence *Sürül* (91). Faut-il en déduire que les Turcs subissent une discrimination indirecte condamnable lorsque n'est pas pris en considération pour l'âge de la retraite un jugement turc rectifiant leur date de naissance, prononcé après leur affiliation à la sécurité sociale allemande comportant une autre date de naissance ? Non, estime la Cour, suivant l'avis de l'avocat général. Pour la Commission, bien que le même traitement soit réservé à tout document relatif au changement de date de naissance, quelle que soit sa provenance et la nationalité concernée, il y a d'une discrimination indirecte, compte tenu des différences de droit et de fait entre les règles d'état civil en Allemagne et en Turquie, en manière telle qu'il convenait d'examiner si cette discrimination indirecte « est justifiée par des considérations objectives indépendantes de la nationalité des travailleurs concernés, et si elle est proportionnée à l'objectif légitime poursuivi » (pt 42). La Cour estime toutefois que cette réglementation ne comporte « pas de différence de traitement susceptible de constituer une discrimination indirecte en raison de la nationalité [en manière telle qu'il n'y a pas lieu d'examiner si elle est justifiée par des considérations objectives et si elle est proportionnée aux objectifs légitimement poursuivis par le droit national] » (pt 52) pour la simple raison que « les difficultés particulières » en matière de date de naissance « trouvent leur origine dans la législation turque sur la tenue des registres de l'état civil et les conditions particulières de son application pratique » (pt 51) et non dans la législation allemande. Bien sûr l'adage « selon que vous êtes nés riches ou pauvres » peut aussi se lire « selon que vous êtes nés en Turquie ou en Allemagne », mais il paraît une justification faible au rejet de l'examen d'une discrimination indirecte qui devrait conduire vers l'égalité de traitement de droit et de fait. Autre chose eût été, afin d'éviter les abus, de laisser une large marge d'appréciation au juge national en matière de reconnaissance des jugements étrangers relatifs à l'état des personnes, dans le respect de ses règles de droit international privé (92).

7. — Conclusion : non-discrimination et proportionnalité

30. — Plusieurs décisions, tant relatives aux citoyens qu'aux ressortissants d'Etats tiers « tournent autour » du principe de non-discrimination à raison de la nationalité. La diversité des raisonnements tenus traduit un certain malaise. D'une part, subsiste l'affirmation de la nationalité comme critère objectif permettant certains traitements différenciés entre le national et le citoyen européen, entre le citoyen européen et le ressortissant d'Etat tiers, fût-il bénéficiaire d'une règle d'égalité de traitement. D'autre part, s'affirme le principe général de la non-discrimination à raison de la nationalité comme « droit de l'homme », dont l'application s'étend à toute personne. Ainsi, l'arrêt *Kaba* (*supra*, n° 18) et plus encore les conclusions de l'avocat général nous indiquent que « la citoyenneté de l'Union ne saurait en aucun cas être superposée sans discernement à la citoyenneté nationale »

(93). En conséquence, un traitement différencié entre le citoyen européen et le national, notamment en matière d'accès au droit de séjour, est acceptable car « les Etats membres sont en droit de tirer les conséquences de la différence objective pouvant exister entre leurs propres ressortissants et ceux des autres Etats membres » (94).

De même, la jurisprudence relative aux Turcs rappelle toujours que « en l'état actuel du droit communautaire [rien] n'affecte la compétence des Etats membres de refuser à un ressortissant turc le droit d'entrer sur leur territoire et d'y occuper un premier emploi ». En revanche, une fois cela accordé, n'importe quel traitement différencié ne sera pas accepté. Par exemple, quant à l'interprétation de la notion d'ordre public en matière d'expulsion, « aucun élément objectif [ne permet de] décliner différemment les exigences de l'ordre public » (95). La différence de motivation est toutefois flagrante : pourquoi dans ce dernier cas la nationalité n'est-elle plus un critère objectif de traitement différencié alors que, dans le premier cas, elle l'est ? Pourquoi également, s'agissant de citoyens européens, considérer qu'un traitement différencié selon l'affiliation ou non au régime national de sécurité sociale du lieu de résidence est « une discrimination indirecte sur le fondement de la nationalité [...] qui [...] ne pourrait être justifiée que si elle était fondée sur des considérations objectives indépendantes de la nationalité des personnes concernées et proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi » (96) ? En d'autres termes, pourquoi, dans certains cas, la nationalité suffit-elle comme critère objectif pour justifier un traitement différencié alors que, dans d'autres cas, il convient d'y ajouter d'autres considérations, dites objectives, puisées au principe de proportionnalité ? Une réponse peut être trouvée dans l'idée qu'il y a des droits intimement liés à la nationalité ou à la citoyenneté, des droits qui sont « l'apanage de la nationalité » (97), qui en constitueraient l'essence. Quels droits inclure dans ce cercle restreint de l'essence ? Le droit de séjour semble y trouver place, mais résiste-t-il réellement, comme on semble le croire dans l'affaire *Kaba*, à la construction d'un espace commun sans frontières internes ? Même si l'article 18 C.E. fait référence au Traité et au droit dérivé pour conditionner le droit de séjour du citoyen européen, s'agit-il encore d'une différence d'essence ? Ne s'agit-il pas plutôt d'une simple différence de degré ? Quels autres droits inclure dans le cercle restreint de l'essence quand des droits politiques sont également reconnus aux citoyens européens et, dans certains pays, aux ressortissants d'Etats tiers ? Une frontière floue et non rectiligne distingue désormais le national du citoyen européen et ce dernier des différentes catégories de ressortissants d'Etats tiers. Ce sont les droits de l'homme, de « toute personne », qui ont injecté quelque fluidité dans cette ligne frontière.

31. — Ce n'est pas dire que la jurisprudence relative aux droits de l'homme exclut nécessairement tout traitement différencié fondé sur la nationalité. En matière d'expulsion, la Cour européenne des droits de l'homme a admis que le citoyen européen fasse éventuellement l'objet d'un traitement plus favorable que le ressortis-

(91) C.J.C.E., 4 mai 1999, aff. C-262/96, *Sürül*, *Rec.*, I-2685; voy. J.T.D.E., 2000, p. 58, n° 18 et H. Verschuren, *Rev. dr. étr.*, 1999, p. 283.

(92) Sur l'ensemble, voy. S. Francq, « La force probante des actes étrangers : l'apport de la Cour de justice des Communautés européennes », observations sous l'arrêt *Dafeki*, *Rev. dr. étr.*, 1999, p. 385.

(93) Aff. *Kaba*, *supra* n° 18, concl., pt 54.

(94) *Idem*, arrêt, pt 31, italiques ajoutées.

(95) Aff. *Nazli*, *supra*, n° 25; concl., pt 72, italiques ajoutées.

(96) Aff. *Ferlini*, *supra*, n° 20, arrêt, pts 58 et 59.

(97) Aff. *Kaba*, *supra*, n° 18; concl., pt 54.

sant d'un Etat tiers, considérant que « 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 » (98). Si l'on accepte la nationalité ou la citoyenneté comme critère objectif de traitement différencié, il faut poursuivre le raisonnement plus avant et examiner la proportionnalité du traitement différencié : poursuit-il un objectif légitime par un moyen efficace et nécessaire? Mieux, si l'on accepte que la nationalité est un critère objectif qui *a priori* ne devrait pas justifier un traitement différencié — pas plus que le sexe ou la race qui, tout bien pesé, sont des critères plus objectifs, parce que plus « naturels » que la nationalité — il faut renverser le raisonnement et considérer que, *a priori*, tout traitement différencié fondé directement ou indirectement sur la nationalité est discriminatoire et condamnable, sauf pour l'auteur du traitement à établir la légitimité du but et la proportionnalité des moyens. Cet *a priori* de condamnation des mesures discriminatoires fut assez largement appliqué par la Cour de Luxembourg en matière de libre circulation des personnes jusqu'au moment où l'utilisation du principe de proportionnalité permettant de condamner les entraves indistinctement applicables (pour le coût du transfert, dans l'affaire *Bos-*

man), s'est, par une sorte de contagion, appliqué également aux entraves discriminatoires, même directes (pour les quotas de nationalité, dans la même affaire *Bosman*). En quelque sorte, l'élargissement de la cible a réduit la force de l'impact. L'extension du champ d'application matériel des entraves condamnées — s'étendant des entraves discriminatoires aux entraves indistinctement applicables — a limité la force du facteur discriminatoire comme critère de condamnation. Ceci paraît avoir conduit aux hésitations et incertitudes de la jurisprudence. Même si l'appréciation de la proportionnalité variera selon les circonstances, les domaines et le contexte, plutôt que de tenter de cerner le contenu essentiel des droits liés à la nationalité, il paraît plus cohérent et plus efficace d'établir, dans l'ordre, un principe général et une exception : tout traitement différencié, fondé directement ou indirectement sur la nationalité est, *a priori*, discriminatoire et condamnable, sauf pour son auteur à établir la légitimité du but poursuivi et la proportionnalité du moyen utilisé. C'est en ce sens que s'est orientée la Cour européenne des droits de l'homme, dans un arrêt *Gaygusuz* relatif aux droits sociaux d'un Turc en Autriche, considérant, à l'unanimité et en utilisant exactement les mêmes termes que dans sa jurisprudence relative aux traitements différenciés à raison du sexe (99),

que « seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité » (100). Les réflexions relatives au critère de nationalité et aux migrations humaines pourraient s'inspirer utilement des réflexions qui ont conduit la Cour de justice des Communautés européennes, cette même année 2000, à connaître de la situation d'autres migrants que sont les oiseaux. L'avocat général Léger constate qu'un objectif légitime à long terme de « développement durable » dans le cadre de l'établissement de « zones spéciales de conservation » (Z.S.C.) des habitats naturels, de la faune et de la flore sauvage, invite à « mettre l'accent sur l'équilibre nécessaire entre divers intérêts parfois contradictoires, mais qu'il convient de concilier » (101).

Jean-Yves CARLIER

Professeur à l'Université catholique de Louvain
Professeur adjoint à l'Université de Liège.
Avocat.

(98) Cour eur. D.H., 7 août 1996, *C... c. Belgique*, Rec., 1996, III.

(99) Cour eur. D.H., 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, série A, n° 94, pt 78; 24 juin 1993, *Schuler-Zraggen c. Suisse*, sé-

rie A, n° 263, pt 21; 18 juill. 1994, *Schmidt c. Allemagne*, série A, n° 291-B, pt 24.

(100) Cour eur. D.H., 11 sept. 1996, *Gaygusuz*, Rec., 1996-IV, pt 42.

(101) C.J.C.E., 27 nov. 2000, aff. C-371/98, *First Corporate Shipping Ltd et W.W.F.*; concl. av. gén. Léger, 7 mars 2000, pt 54.