

Cour dans sa réponse à la question préjudicielle ne valent donc qu'à l'égard des dispositions régissant les offres combinées portant sur la participation à un concours. En principe, les dispositions nationales relatives aux autres techniques de vente (ventes en solde, achats forcés, ventes à perte, etc.) ne sont pas affectées.

15. — Rappelons que l'arrêt est obligatoire non seulement pour la juridiction qui a posé la question préjudicielle, mais également pour d'autres juridictions qui statuent dans des affaires similaires<sup>23</sup>. L'arrêt *Plus* du 14 janvier 2010 donne une interprétation contraignante de la directive 2005/29/CE par rapport à l'interdiction de principe des offres couplant la participation à un concours à l'acquisition d'un produit ou d'un service. Il a donc un effet *erga omnes* qui impose aux juridictions nationales de s'abstenir de donner une interprétation différente de celle retenue par l'arrêt.

Concrètement, cela signifie que la juridiction qui a posé la question préjudicielle et les autres juridictions allemandes appelées à statuer dans un cas similaire, devront constater que l'interdiction prévue par la loi allemande est contraire à la directive 2005/29/CE.

16. — Avec l'arrêt *Total et Galatea* du 23 avril 2009, la Cour a donné pour la première fois une interprétation de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales et a conclu ce qui suit : il est interdit d'interdire de manière générale et préventive les offres conjointes de produits ou de services.

Tout en rencontrant le souci d'unité de sa jurisprudence, la Cour développe celle-ci avec l'arrêt *Plus* du 14 janvier 2010. Cet arrêt marque une étape supplémentaire. D'abord, parce que la technique de l'offre conjointe, en général, et, maintenant, celle de l'offre combinée à la participation à un concours, en particulier, ne peuvent être interdites automatiquement par les législations nationales. Ensuite, parce que les juridictions nationales confrontées à des offres promotionnelles similaires disposent, à présent, de deux arrêts les incitant à ne pas interdire trop rapidement ces offres. Ces deux arrêts dessinent les premiers traits de la jurisprudence de la Cour en la matière tout en laissant présager des développements à venir<sup>24</sup>.

Fleur LONGFILS<sup>25</sup>

(23) Voy. notamment les arrêts de la Cour suivants : C.J., arrêt du 3 février 1977, *Benedetti c. Munari*, Rec., p. 00163, n<sup>os</sup> 52-76; C.J., arrêt du 15 septembre 1998, *Edilizia Industriale*, C-131/96, Rec., p. I-4951, n<sup>os</sup> 15-18; C.J., 14 décembre 2000, *Fazenda*, C-446/98, Rec., p. I-11435, n<sup>o</sup> 49.

(24) Notamment dans l'affaire *Mediaprint*, C-540/08, dans laquelle un arrêt est attendu à propos de la compatibilité de la législation autrichienne avec la directive 2005/29/CE.

(25) L'auteur, juriste d'entreprise, avocate honoraire du barreau de Bruxelles, et assistante à l'U.L.B. La présente contribution est rédigée à la date du 22 février 2010. Cette date explique qu'il ne peut pas encore être tenu compte des arrêts que prononcerait la Cour de justice à propos de l'application par les États membres de la directive 2005/29/CE. Actuellement, d'autres affaires intéressantes cette question sont à l'examen, mais elles n'ont pas encore donné lieu à un arrêt de la Cour à l'heure où je termine la présente contribution : voy. notamment l'affaire pendante *Mediaprint*, C-540/08, examinant la législation autrichienne à la lumière de la directive 2005/29/CE. L'auteur peut être contactée à l'adresse [flongfils@skynet.be](mailto:flongfils@skynet.be).

## La circulation des personnes dans et vers l'Union européenne (\*)

**L**A JURISPRUDENCE DE L'ANNÉE 2009 concerne plus la politique migratoire, parfois qualifiée de circulation externe, que la traditionnelle libre circulation des travailleurs, interne à l'Union européenne. Parmi d'autres, trois arrêts marquent ces premières jurisprudences relatives à la politique migratoire : Elgafaji, pour la notion de protection subsidiaire à la qualité de réfugié; Zurita Garcia, pour l'application de Schengen au contrôle des frontières extérieures et Kadzoev pour la directive retour.

1. — Si l'on devait, pour l'année 2009, s'en tenir à ce qui faisait le cœur de cette chronique de jurisprudence relative à la libre circulation des personnes lorsqu'elle fut commencée en 1995, quelques lignes suffiraient. Ceci souligne l'intérêt d'un double élargissement de perspective. Il y a d'abord l'élargissement dans le temps, consubstantiel à toute chronique qui se veut récurrente. Les années qui précèdent ont montré que la jurisprudence relative à la libre circulation des personnes recèle encore des questions nouvelles, en particulier dans son rapprochement avec l'interprétation de la citoyenneté européenne. Même en 2009, quelques arrêts concernent ce lien entre la libre circulation et la citoyenneté et des conclusions des avocats généraux annoncent des arrêts qui nourriront les chroniques futures. Il y a ensuite l'élargissement matériel, personnel et spatial du contenu de la chronique. Au-delà de la jurisprudence, on peut s'intéresser à quelques textes, comme une communication de la Commission sur la directive 2004/38. Au-delà des travailleurs et des citoyens européens on peut aussi relever quelques jurisprudences résultant notamment des accords avec la Turquie et la Suisse. Enfin, et surtout, au-delà de la circulation interne à l'Union, on peut, comme on le faisait dès 1995 avec moins de matière, scruter l'évolution de cette circulation externe vers l'Union européenne. Sur ce point, quantitativement et qualitativement, 2009 est la première année qui livre un bon cru d'arrêts précisant plusieurs notions en matière de « visa, asile, immigration ».

### 1

#### Entrée, asile, immigration

2. — Pendant plusieurs années la présente chronique a fait état de l'évolution du droit dérivé en matière de politique migratoire. Il faudra suivre la transposition de ces textes dans les législations nationales<sup>1</sup>. Comme en 2008, plu-

sieurs organes de l'Union publient des textes d'intérêt variable relatifs à la politique migratoire<sup>2</sup>. Au « Pacte européen pour l'immigration et l'asile » adopté sous la présidence française de l'Union en 2008 a succédé le « programme de Stockholm » sous présidence suédoise, comportant différents aspects relatifs à « un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens ». Le titre de ce texte est trompeur, dans la mesure où il concerne tout autant, sinon plus, les ressortissants d'États tiers que les citoyens. Son contenu se caractérise par la reprise de nombreuses formulations antérieures auxquelles quelques nuances sont apportées<sup>3</sup>.

3. — Mais l'apport normatif principal est certainement l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> décembre 2009, du Traité de Lisbonne. « L'espace de liberté, de sécurité et de justice » devient le titre V de la troisième partie du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (articles 67 à 89 TFUE). Héritier de la coopération en matière de justice et d'affaires intérieures (J.A.I.), cet « espace » est consacré à trois aspects de la coopération : la coopération judiciaire en matière civile qui concerne l'évolution du droit international privé européen (chap. 3), la coopération judiciaire en matière pénale (chap. 4) et la coopération policière (chap. 5). S'y adjoint, comme par le passé, dans une logique qui n'a d'autre justification que la construction historique de différentes coopérations autour de compétences ministérielles, le chapitre 2 consacré aux « Politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration » (articles 77 à 80). L'article 77 est consacré au contrôle des frontières extérieures, l'article 78 à l'asile et l'article 79 à l'immigration. Ce dernier article « n'affecte pas le droit des États membres de fixer les volumes d'entrée des ressortissants de pays tiers, de provenance de pays tiers, sur leur territoire dans le but d'y rechercher un emploi salarié ou non salarié » (article 79, § 5). Cette disposition révèle, si besoin en était, le difficile équilibre des

Pour un ouvrage de présentation générale, publié en 2009, voy. P. Boeles, M. Den Heijer, G. Lodder, K. Wouters, *European Migration Law*, Antwerp, Intersentia, 2009.

(2) *J.D.E.*, 2009, p. 79.

(3) COM (2009) 262/4, communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil : « Un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens ».

(\*) 1<sup>er</sup> janvier - 31 décembre 2009.

(1) Le réseau Odysseus d'études juridiques sur la politique européenne d'immigration et d'asile y consacrera divers travaux. Voy. [www.ulb.ac.be/assoc/odysseus](http://www.ulb.ac.be/assoc/odysseus).

compétences concurrentes de l'Union et des États membres dans le domaine de la politique migratoire. Le principe de subsidiarité guidera l'élaboration des textes et la Cour présidera à leur interprétation. Et telles sont les deux innovations majeures du Traité de Lisbonne reprises du projet de Traité constitutionnel : d'une part, la « procédure législative ordinaire » de codécision s'appliquera à l'ensemble du domaine visé par la politique migratoire (à l'exception de dispositions concernant les documents, article 77, § 3), d'autre part, la Cour de justice de l'Union européenne se voit reconnaître une compétence normale. L'article 68 CE qui limitait la possibilité de poser des questions préjudicielles sur la base du titre V du Traité C.E. (visa, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes) en la réservant aux seules juridictions nationales de dernier niveau est abrogé. En outre, lorsque la question concerne « une personne détenue, la Cour... statue dans les plus brefs délais » (article 267, alinéa 4, TFUE)<sup>4</sup>. L'ouverture de la question préjudicielle, en matière migratoire, à toute juridiction nationale et le référé susceptible de s'appliquer à tout étranger privé de sa liberté ne manqueront pas d'accroître la saisine de la Cour dans le domaine de la politique migratoire.

**4.** — Avant même ces compétences élargies, la Cour a, déjà en 2009, prononcé plusieurs arrêts relatifs à l'espace de liberté, de sécurité et de justice en général et à la politique migratoire en particulier. On notera avec intérêt que sur quelque vingt-cinq décisions relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, quinze, soit largement plus de la moitié concernent le droit international privé, soit le domaine de la coopération judiciaire civile. Cette compétence ancienne de la Cour sur question préjudicielle, inaugurée par la Convention de Bruxelles de 1968 sur la compétence internationale, demeure donc importante même si elle a souffert de la communautarisation se voyant appliquer, par contagion de titre, la même limite formelle que celle marquant la politique migratoire. Ainsi, par une ordonnance du 20 novembre 2009 la Cour a dû rappeler au tribunal de grande instance de Paris qu'il n'avait pas pouvoir pour poser une question préjudicielle en interprétation du règlement 44/2001 (Bruxelles I) concernant la compétence judiciaire et, qu'en conséquence, la Cour n'était pas compétente pour répondre à la question<sup>5</sup>. Vainement, le T.G.I. Paris avait-il tenté d'invoquer, anticipativement, l'article 267 TFUE. Le Traité de Lisbonne étant entré en vigueur, il reste au tribunal à reposer la question, ce que la Cour eût peut-être pu lui épargner en se prononçant onze jours plus tard. Les autres décisions relatives au droit international privé débordent du champ de la présente chronique et ne sont pas examinées<sup>6</sup>.

**5.** — S'agissant de la politique migratoire outre les arrêts classiques en manquement pour non-transposition du droit dérivé<sup>7</sup>, on retiendra cinq

arrêts : deux concernant les frontières extérieures (*Kjiku* et *Zurita Garcia*), deux autres relatifs à l'asile (*Petrosian* et *Elgafaji*) et un sur la directive retour (*Kadzoev*).

#### A. — Frontières extérieures (*Kjiku*, *Zurita Garcia*)

**6.** — Autorisation d'accès au territoire obtenue préalablement au voyage, le visa est un mode classique de contrôle des frontières. Ce premier élément d'une politique migratoire européenne fut communautarisé dès Maastricht, bénéficiant déjà des mises en œuvre de la convention d'application des accords de Schengen. Ce n'est pas sans difficulté que les États membres se sont accordés sur les textes de droit dérivé fixant la liste des États tiers dont les ressortissants doivent avoir un visa pour entrer sur le territoire de l'Union<sup>8</sup>. L'acquis Schengen opère d'ailleurs une distinction entre le visa touristique, dit de court séjour, valable pour une période de séjour de trois mois au maximum et le visa de transit dont la durée ne peut dépasser cinq jours. Dans le cadre du développement de l'Espace économique européen, il a été convenu de simplifier le contrôle aux frontières extérieures des personnes possédant un titre de séjour valable en Suisse ou au Liechtenstein<sup>9</sup>. En conséquence, M. *Kjiku*, ressortissant serbo-monténégrin qui séjourne régulièrement en Suisse depuis plusieurs années croit pouvoir se rendre en Allemagne, pour une visite de famille, sans visa, muni de son seul passeport et de son titre de séjour en Suisse. Erreur pénalement sanctionnée. La Cour confirme le point de vue de l'Allemagne, qui se déduisait des textes. Le titre de séjour suisse vaut visa de transit de maximum cinq jours. Il ne vaut pas visa de court séjour qui doit être demandé<sup>10</sup>. Publié au *Journal officiel* du 15 septembre 2009, le code communautaire relatif aux visas permet de mieux connaître les conditions de délivrance de ces visas<sup>11</sup>.

**7.** — L'acquis Schengen et plus précisément le code frontière Schengen<sup>12</sup> a donné lieu à une

relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants de pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts (dite directive qualification), *J.O.* L 304, p. 12, date de transposition : le 10 octobre 2006 : la Finlande (5 février 2009, aff. C-293/08), le Royaume-Uni (30 avril 2009, aff. C-256/08) et l'Espagne (9 juillet 2009, aff. C-272-08). L'Espagne est également condamnée pour non-transposition de la directive 2004/81 CE du Conseil du 29 avril 2004, relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes, *J.O.* L 261, p. 19, date de transposition : le 6 août 2006 (14 mai 2009, aff. C-266/08).

(8) J.-Y. Carlier, *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 144.

(9) Décision n° 896/2006/CE du Parlement européen et du Conseil, du 14 juin 2006, établissant un régime simplifié de contrôle des personnes aux frontières extérieures, fondé sur la reconnaissance unilatérale par les États membres de certains titres de séjour délivrés par la Suisse et le Liechtenstein aux fins de transit par leur territoire, *J.O.* L 167, p. 8.

(10) C.J., 2 avril 2009, aff. C-139/08, *Kjiku*, non encore publié au *Recueil*.

(11) Règlement CE n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2009. Le Code entre en vigueur le 5 avril 2010 sauf pour les dispositions relatives aux recours qui entrent en vigueur un an plus tard.

(12) Règlement CE n° 562/2006 du Parlement européen

autre décision d'interprétation dans l'affaire *Zurita Garcia*<sup>13</sup>. Deux ressortissants boliviens, Mme *Zurita Garcia* et M. Choque Cabrera font l'objet d'une décision d'expulsion d'Espagne en raison de l'irrégularité de leur séjour. Tous deux invoquent le caractère disproportionné de cette expulsion qui, selon le droit national, pourrait être remplacée par une amende. La juridiction nationale s'interroge : une amende est-elle conforme au droit communautaire? Le code frontière Schengen n'impose-t-il pas l'expulsion en cas de séjour irrégulier? Non répond la Cour. « Lorsqu'un ressortissant d'un pays tiers se trouve en situation irrégulière sur le territoire d'un État membre... cet État membre n'est pas obligé d'adopter une décision d'expulsion à son encontre » (point 66 et dispositif). En d'autres termes, selon la répartition des compétences concurrentes entre l'Union et les États évoquée ci-dessus, « il appartient au droit national de chaque État membre d'adopter... les modalités d'application des règles de base... relatives aux ressortissants de pays tiers » (point 64).

#### B. — Directive « retour » (*Kadzoev*)

**8.** — En revanche, la directive retour adoptée en 2008, impose aux États membres le respect de diverses modalités en cas d'expulsion de ressortissants d'État tiers en séjour irrégulier<sup>14</sup>. Premier texte de la politique migratoire adopté dans le cadre de la procédure de codécision avec le Parlement européen, cette directive avait été fortement critiquée par les milieux associatifs et qualifiée de directive de la honte. J'ai considéré, pour ma part, qu'il fallait être plus nuancé. D'une part, la directive impose le respect de procédures inconnues dans plusieurs États membres. C'est d'ailleurs pour ce motif que le Royaume-Uni, considérant sa législation plus stricte, a renoncé à utiliser sa possibilité d'*opting in* et n'est, en conséquence, pas lié par la directive retour. D'autre part, la directive permet un contrôle juridictionnel de plein contentieux. J'en déduisais que, malgré une durée longue de privation de liberté en vue de l'expulsion, pouvant atteindre un total de dix-huit mois, il fallait attendre la mise en œuvre concrète de la directive et du contrôle juridictionnel avant de la juger<sup>15</sup>. La Cour paraît donner raison à cet optimisme modéré dans

et du Conseil, du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (Code frontière Schengen), *J.O.* L 105, p. 1.

(13) C.J., 22 octobre 2009, aff. jointes C-261/08 et C-348/08, *Zurita Garcia* et *Choque Cabrera*, non encore publié au *Recueil*. Les deux affaires ont été jointes par ordonnance du 27 mars 2009.

(14) Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, *J.O.* L 348, p. 98. Aux commentaires référencés dans la précédente chronique, *J.D.E.*, 2009, p. 79, note 11, ajoutez Fr. Martucci, « La directive "retour" : la politique européenne d'immigration face à ses paradoxes », *R.T.D.E.*, 2009, p. 47; A. Boldaccini, « The return and removal of irregular migrants under EU law : an analysis of the Return Directive », *EJML*, 2009, p. 1; C. Flamand, « La directive retour et la protection des droits fondamentaux », *R.D.E.*, 2008, p. 177; F. Kauff-Gazin, « La directive retour, une victoire du réalisme ou du tout répressif? », *Europe*, février 2009, p. 3.

(15) J.-Y. Carlier, « La directive retour et le respect des droits fondamentaux », *L'Europe des libertés*, université de Strasbourg, mai 2008, n° 6, p. 13.

(4) Pour plus de détails, S. Van Der Jeught, « Le Traité de Lisbonne et la Cour de justice de l'Union européenne », *J.D.E.*, 2009, p. 297.

(5) C.J.C.E., 20 novembre 2009, aff. C-278/09, *Martinez*, non encore publié au *Recueil*.

(6) A. Nuyts et H. Boularbah, « Droit international privé européen », *J.D.E.*, 2009, p. 313.

(7) Plusieurs États sont condamnés en manquement pour non-transposition de la directive 2004/83 du Conseil du 23 avril 2004, concernant les normes minimales

l'arrêt *Kadzoev* rendu en grande chambre, à peine dix mois après l'entrée en vigueur de la directive (13 janvier 2009) et plus d'un an avant la date limite fixée pour sa transposition (24 décembre 2010)<sup>16</sup>. L'affaire concerne la détention en Bulgarie de M. Kadzoev, « citoyen de la république de Tchétchénie-Itchkérie » depuis octobre 2006, soit près de trois ans, en vue de son éloignement du territoire. Si la Bulgarie a transposé la directive retour en mai 2009, antérieurement sa législation nationale ne connaissait pas de durée maximale de détention d'un étranger pour son éloignement du territoire.

Sur quatre points relatifs à la durée de détention prévue par l'article 15 de la directive retour, la Cour va trancher en faveur de l'interprétation conforme aux libertés individuelles. Premièrement, la durée maximale de rétention (18 mois) doit inclure toute période de détention accomplie avant que le régime de cette directive ne soit d'application, ce qui, en l'espèce, doit conduire à la mise en liberté immédiate de l'intéressé (dispositif, point 1). Deuxièmement, cette période maximale de rétention (18 mois) doit comprendre la période de détention liée à l'exercice de recours suspensifs (dispositif, point 3). Troisièmement, pour interpréter la limite de la durée de détention au regard d'une « perspective raisonnable d'éloignement » (article 15, § 4) il faut considérer que telle perspective « n'existe pas lorsqu'il paraît peu probable que l'intéressé soit accueilli dans un pays tiers eu égard » aux différents délais fixés à l'article 15, §§ 5 et 6 (dispositif, point 5 et points 65 et 66). Quatrièmement, la période maximale de détention ne peut être prolongée pour d'autres motifs tirés de l'ordre public, par exemple ne pas être en possession de documents d'identité valides, être agressif ou ne pas disposer de moyens de subsistance (dispositif, point 6). Sur un point, la Cour est moins favorable à l'étranger expulsable considérant que le calcul de la durée maximale de détention ne doit pas inclure un placement provisoire en centre fermé « au titre des dispositions nationales et communautaires relatives aux demandeurs d'asile » (dispositif, point 2). Le contrôle de l'application de la directive retour devra également se faire à la lumière de la jurisprudence strasbourgeoise particulièrement en matière de privation de liberté au regard de l'article 5, § 1<sup>er</sup>, *f*, de la Convention européenne des droits de l'homme. Si la privation de liberté de l'étranger non muni des documents requis est possible, selon cette disposition, en vue du refus d'accès au territoire ou de son éloignement, encore faut-il que les modalités et la durée de cette privation de liberté soient proportionnelles à l'objectif poursuivi<sup>17</sup>.

### C. — Asile (*Petrosian, Elgafaji*)

9. — Dans deux affaires relatives aux demandes d'asile, la Cour apporte encore des préci-

sions d'interprétation globalement favorables aux personnes concernées.

10. — J'écris « globalement » car l'interprétation du règlement « Dublin » donné par la Cour dans *Petrosian* a pu paraître aux yeux de certains défenseurs des requérants d'asile comme trop stricte<sup>18</sup>. Cette évaluation me paraît résulter d'une lecture trop rapide de l'arrêt et ignorer le souci de la Cour d'équilibrer au plus juste les différents intérêts en cause qui ne se résument pas aux bons requérants d'asile d'un côté et aux méchants États de l'autre.

L'on sait que le règlement de Dublin met en place un mécanisme de détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile au sein de l'Union européenne. L'idée centrale est qu'un seul État doit être responsable de cet examen. Le mécanisme consiste, sauf exceptions, à désigner responsable l'État par lequel le requérant est entré sur le territoire de l'Union. En l'espèce, la Suède constate que la famille *Petrosian*, d'origine arménienne, qui demande l'asile en Suède avait déjà introduit une demande en France. La Suède demande donc à la France de reprendre les intéressés en qualité d'État responsable.

Les principes sont simples, leur mise en œuvre est plus complexe, en particulier lorsqu'il s'agit de fixer le délai à respecter. Le transfert doit s'opérer dans un délai de six mois selon l'article 20, § 1<sup>er</sup>, *d*, du règlement Dublin. La difficulté consiste à déterminer le *dies a quo* des six mois. Trois hypothèses peuvent être distinguées. Dans les deux premières hypothèses, il n'y a pas de recours suspensif qui existe ou qui soit introduit dans l'État requérant. Dans ce cas, première hypothèse, si l'État requis accepte la reprise dans le délai d'un mois (réduit à deux semaines si la demande est fondée sur des données obtenues par le système Eurodac) le *dies a quo* est la date de cette acceptation. Si, deuxième hypothèse, l'État requis ne répond pas dans ce délai, les six mois commencent à courir à la date de cette échéance d'un mois (ou de deux semaines). Toutefois, troisième hypothèse, s'il existe dans l'État requis un recours suspensif contre la décision de transfert et que tel recours a été introduit, le *dies a quo* est celui « de la décision sur le recours ou la révision en cas d'effet suspensif » (article 20, § 1<sup>er</sup>, *d*). C'est le cas en l'espèce, la Suède connaissant un recours suspensif et tel recours ayant été introduit. Mais, en Suède comme en Belgique, ce recours n'est pas suspensif de plein droit. C'est la juridiction qui, dans une décision provisoire, accorde la suspension. D'où la question préjudicielle de la juridiction suédoise : le délai de six mois court-il à partir de la décision provisoire suspendant la mise en œuvre du transfert? Si oui, en l'espèce le délai est dépassé et la Suède devient l'État responsable de l'examen de la demande, ce que tente d'obtenir la famille *Petrosian*. Ou, faut-il considérer que le délai court à dater de la décision définitive qui statue sur le bien-fondé de la procédure de transfert? Dans ce cas, en l'espèce le délai n'est pas dépassé et la famille *Petrosian* peut être transférée en France. Suivant l'avis de

la Commission européenne et de huit États membres qui sont intervenus en la cause, la Cour tranche en faveur de cette dernière interprétation et dit pour droit que « lorsque la législation de l'État membre requérant prévoit l'effet suspensif d'un recours, le délai d'exécution de transfert court, non pas déjà à compter de la décision juridictionnelle provisoire suspendant la mise en œuvre de la procédure de transfert, mais seulement à compter de la décision juridictionnelle qui statue sur le bien-fondé de la procédure et qui n'est plus susceptible de faire obstacle à cette mise en œuvre » (dispositif). Certes, à première vue, cette interprétation est, en l'espèce, défavorable aux requérants. Toutefois, la correcte interprétation de la Cour résulte du « contexte et des objectifs » (point 34) du règlement Dublin et du délicat équilibre, déjà évoqué, entre les compétences concurrentes de l'Union et des États. Il convient, en effet, de respecter « la protection juridictionnelle garantie par un État membre et... le principe d'autonomie procédurale des États membres » (point 47). Ceux-ci ne sont pas obligés, selon la directive, de prévoir un recours suspensif. Lorsqu'ils le font c'est, évidemment, en faveur des requérants. Il ne faudrait pas qu'en conséquence de cela, l'État et ses juges soient placés « dans une situation inconfortable » (point 50) obligés soit de traiter tout recours dans un délai bref, soit, à défaut, de devenir automatiquement l'État responsable. Cette logique du tout ou rien pourrait conduire les États qui ont maintenu la possibilité d'un recours suspensif à le supprimer en s'alignant ainsi sur d'autres États moins protecteurs. L'ensemble des requérants d'asile y perdrait au final.

En outre, comme la Cour le précisera dix mois plus tard, dans l'affaire *Kadzoev* examinée ci-dessus, ne pas inclure la durée d'une procédure suspensive dans la computation du délai de transfert, selon le règlement Dublin, ne conduit nullement au même raisonnement dans la computation du délai maximum de détention en vue d'un éloignement, selon la directive retour. Écartant expressément ce rapprochement la Cour précise, dans *Kadzoev* : « tandis que le délai en cause dans l'arrêt *Petrosian*, détermine le temps disponible pour l'État membre requérant pour exécuter le transfert d'un demandeur d'asile vers l'État membre qui est tenu de le réadmettre, les délais maximaux prévus par l'article 15... de la directive [retour] servent l'objectif de limiter la privation de liberté d'un individu » (*Kadzoev*, point 56). Il reste que le délai de six mois fixé pour le transfert, augmenté d'une procédure suspensive sans délai rend très théorique l'objectif de célérité avancé par le troisième considérant du règlement Dublin qui devrait « permettre une détermination rapide de l'État membre responsable afin de garantir un accès effectif aux procédures de détermination de la qualité de réfugié et ne pas compromettre l'objectif de célérité dans le traitement des demandes d'asile ». La longueur du processus de détermination de l'État responsable est une critique récurrente faite au mécanisme de Dublin. Il ne s'en déduit pas que c'est à tort que la Cour ait favorisé les garanties procédurales plus que la célérité. Il pourrait s'en déduire que le législateur communautaire devrait s'interroger plus sérieusement sur le mécanisme de répartition de la « charge » des demandes d'asile. Plutôt que de répartir physiquement les personnes par un mécanisme à l'efficacité très relative, un mécanisme de com-

(16) C.J., 30 novembre 2009, aff. C-357/09, *Kadzoev*, non encore publié au *Recueil*. À la demande de la juridiction de renvoi l'affaire a bénéficié d'une procédure d'urgence conformément à l'article 104ter du règlement de procédure. L'article 267, alinéa 4, TFUE impose désormais cette procédure en référé en cas de détention.

(17) Voy. par exemple C.E.D.H., 29 janvier 2008, *Saadi c. R.U.*, *R.T.D.H.*, 2009, p. 795, note J.-Y. Carlier et C.E.D.H., 19 février 2009, *A. c. R.U.*, refusant la détention à durée indéterminée, pour motif de terrorisme.

(18) C.J., 29 janvier 2009, aff. C-19/08, *Petrosian e.a.*, non encore publié au *Recueil*. Règlement 343/2003 du Conseil du 18 février 2003, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, *J.O. L 50*, p. 1. Voy. J.-Y. Carlier, *La condition des personnes*, op. cit., p. 164.

pensation financière plus élaboré permettrait d'allier deux objectifs : une procédure plus rapide et le respect du droit pour toute personne de chercher asile où elle le veut ou le peut.

**11.** — En l'état actuel, le mécanisme de Dublin repose sur une notion classique de confiance mutuelle entre les États qui conduit à considérer que toute demande d'asile sera examinée de la même façon dans tout État membre. C'est ce qui a conduit à l'adoption d'une directive « qualification » fixant les critères communs d'examen d'une demande d'asile<sup>19</sup> et d'une directive « procédure » fixant des garanties procédurales minimales<sup>20</sup>. La directive qualification définit deux types de demandes d'asile : le statut de réfugié et la protection subsidiaire. Le statut de réfugié est fondé sur la Convention de Genève du 28 juillet 1951. Ratifiée par tous les États membres, elle qualifie réfugié toute personne qui « craint avec raison des persécutions » de fait de cinq causes (race, religion, nationalité, appartenance à un groupe social ou opinion politique). La directive ne fait ici que préciser certaines interprétations de cette définition commune. En revanche, la directive qualification innove en créant une « protection subsidiaire » à la convention de Genève. La protection subsidiaire vise la personne qui « courrait un risque réel de subir des atteintes graves » (article 2, c) que sont « a) la peine de mort ou l'exécution, ou b) la torture ou des traitements inhumains ou dégradants infligés à un demandeur dans son pays d'origine, ou c) des menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle en cas de conflit armé interne ou international » (article 15). Les deux premières lettres intègrent dans la protection subsidiaire la protection par « ricochet » de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme depuis l'arrêt *Soering*<sup>21</sup>. La troisième lettre est plus novatrice. Elle est aussi plus obscure, sa rédaction résultant d'un compromis au sein du Conseil entre les États favorables à une protection plus large contre toutes violations graves et massives des droits fondamentaux et ceux qui entendaient limiter cette protection aux civils victimes d'un conflit armé. Le texte comporte différentes difficultés d'interprétation<sup>22</sup>.

**12.** — L'affaire *Elgafaji*<sup>23</sup> soumet la principale à la Cour : qu'est-ce qu'une « mesure grave et in-

(19) *Supra*, note 7.

(20) Directive 2005/85 du 1<sup>er</sup> décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait de statut de réfugié dans les États membres, *J.O.*, 2005, L 326/13. Sur l'ensemble, J.-Y. Carlier, « Droit d'asile et des réfugiés - De la protection aux droits », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tome 332 (2007), pp. 9-354. En 2009, la Commission a déjà soumis des propositions de révision de ces deux directives. Plutôt que de modifier des textes aussi rapidement, il serait plus prudent de laisser à la jurisprudence le temps de faire son œuvre interprétative.

(21) C.E.D.H., 7 juillet 1989, *Soering c. R.U.* Voy. pour des cas d'application en 2009, conduisant à refuser l'expulsion vers la Tunisie, C.E.D.H., 24 mars 2009, sept arrêts contre l'Italie (*Abdelhedi, Ben Salah, Bouyahia, Darraji, Hamraoui, Soltana, O.*) confirmant la jurisprudence du 28 février 2008, *Saadi c. Italie*; ou vers l'Irak et l'Irak, C.E.D.H., 22 septembre 2009, *Abdolkhani et Karimnia c. Turquie*.

(22) Pour la jurisprudence en Belgique, notamment sur la notion de conflit armé, voy. S. Bodart, *La protection internationale des réfugiés en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 284.

dividuelle... en raison d'une violence aveugle »? N'y a-t-il pas une contradiction entre le caractère individuel que doit revêtir la menace et la violence aveugle qui en est la source? À l'image d'une boutade que m'a servi à l'examen, avec autant de pertinence que d'impertinence, un étudiant africain : « faut-il que je sois frappé par une bombe qui porte mon nom »? La famille *Elgafaji* qui va être renvoyée par les Pays-Bas vers l'Irak peut faire état d'un risque de violence aveugle, non d'une menace individuelle. Doit-elle bénéficier de la protection subsidiaire? Tout en laissant le soin d'en décider à la juridiction nationale, la réponse de la Cour invite à l'affirmative en précisant que « l'existence de menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne de demandeur de la protection subsidiaire n'est pas subordonnée à la condition que ce dernier rapporte la preuve qu'il est visé spécifiquement en raison d'éléments propres à sa situation » (dispositif, point 1). Ce faisant, la Cour distingue clairement les deux premières hypothèses (a et b) résultant de la jurisprudence strasbourgeoise et visant « le risque d'une atteinte de type particulier » (point 32) de la troisième hypothèse (c), « dont le contenu est distinct de celui de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme » (point 28) et « couvre un risque d'atteinte plus général » (point 33). « La violence en cause à l'origine desdites menaces est qualifiée d'« aveugle », terme qui implique qu'elle peut s'étendre à « des personnes sans considération de leur situation personnelle ». Par son interprétation, qui conduit à donner effet utile à l'hypothèse de protection dans le cadre d'un conflit armé en la distinguant de deux autres, la Cour confirme la sagesse du législateur belge qui, conscient du problème, a supprimé dans sa loi de transposition le qualificatif « individuel » accolé aux menaces graves<sup>24</sup>. Si l'arrêt *Elgafaji* confirme la loi et la jurisprudence belge<sup>25</sup>, il offre en outre une subtile grille d'interprétation de la combinaison de deux exigences pour les États qui ont transposé la directive à la lettre. Introduisant une manière de proportionnalité entre les caractères individuel de la menace et aveugle de la violence, la Cour précise que « l'existence de telles menaces peut exceptionnellement être considérée comme établie lorsque le degré de violence aveugle caractérisant le conflit armé en cours... atteint un niveau si élevé qu'il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'un civil... courrait, du seul fait de sa présence... un risque réel de subir lesdites menaces » (dispositif, point 2). À l'inverse, « plus le demandeur est... apte à démontrer qu'il est affecté spécifiquement en raison d'éléments propres à sa situation personnelle, moins sera élevé le niveau de violence requis pour qu'il puisse bénéficier de la protection subsidiaire » (point 39). En d'autres termes, le niveau de risque individuel requis est inversement proportionnel au niveau de violence aveugle<sup>26</sup>.

(23) C.J., 17 février 2009, aff. C-465/07, *Elgafaji*, non encore publié au *Recueil*.

(24) Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, telle que modifiée, article 48/4, § 2, c.

(25) S. Bodart, « Qui est réfugié? », in J.-Y. Carlier (dir.), *L'étranger face au droit*, actes des XX<sup>es</sup> journées juridiques Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 409.

(26) On rapprochera ce mécanisme de balance des niveaux de menace et de violence du même mécanisme que j'utilise entre le risque et la persécution dans la théorie des trois échelles pour interpréter la définition du

## 2

## Séjour et circulation

A. — **Travailleurs, citoyens**  
(*Vatsouras, Gottwald*, COM, 2009, 313)

**13.** — L'année 2009 eût pu être une année blanche pour la jurisprudence relative à la libre circulation des travailleurs au sens strict, n'était la sagacité de la Cour dans l'affaire *Vatsouras*. La Cour donne une leçon de droit communautaire élémentaire au juge national<sup>27</sup>. Des ressortissants grecs se voient refuser une allocation en faveur des demandeurs d'emplois en Allemagne, alors que la même allocation serait accordée à des ressortissants d'États tiers, candidats réfugiés se trouvant dans une situation similaire. Le juge national s'interroge, n'y a-t-il pas là une discrimination contraire à l'article 12 CE, lu en combinaison avec l'article 39 CE, en qualité de demandeurs d'emplois ou avec le statut de citoyen de l'Union? Sur ce dernier point, la Cour rappelle que l'article 12 CE condamne les discriminations entre ressortissants des États membres, il « ne s'oppose pas à une réglementation nationale, qui exclut les ressortissants des États membres du bénéfice de prestations d'assistance sociale octroyées aux nationaux d'États tiers » (dispositif, point 2). En revanche, la Cour attire l'attention du juge national sur le fait que les intéressés travaillant partiellement durant une période, « le fait que les revenus d'une activité salariée sont inférieurs au minimum d'existence n'empêche pas de considérer la personne qui l'exerce comme « travailleur » au sens de l'article 39 CE »<sup>28</sup>, auxquels cas les intéressés « auraient pu conserver le statut de travailleurs pendant au moins six mois », selon les conditions de la directive 2004/38, article 7, § 3, c, et bénéficier desdites prestations (points 28, 31 et 32). Ce faisant, la Cour rappelle que la citoyenneté, statut fondamental, ne fait que compléter les différents statuts, dont celui de travailleur, dont les ressortissants des États membres peuvent bénéficier et qui peuvent s'avérer plus protecteurs<sup>29</sup>.

**14.** — En revanche, tranchant du point de vue de la citoyenneté européenne comme statut fondamental, la Cour estime que n'est pas une discrimination la législation autrichienne qui réserve l'octroi à titre gratuit d'une vignette routière annuelle aux personnes handicapées ayant leur domicile ou leur résidence habituelle sur le territoire d'un État membre, ou s'y rendant régulièrement pour des raisons professionnelles ou personnelles<sup>30</sup>. Confirmant quelques

réfugié inscrite à la Convention de Genève, J.-Y. Carlier, *Droit d'asile et des réfugiés*, op. cit., pp. 195 et s.

(27) C.J., 4 juin 2009, aff. jointes C-22/08 et C-23/08, *Vatsouras et Koupatantze*, non encore publié au *Recueil*.

(28) C.J., 23 mars 1982, aff. 53/81, *Levin, Rec.*, 1982, p. 1035, points 15 et 16; 3 juin 1986, aff. 139/85, *Kempf, Rec.*, 1986, p. 1741, point 14.

(29) On s'étonnera en conséquence que le service administratif du greffe de la Cour se contente, sur le site internet, de référencer l'affaire *Vatsouras* dans le domaine « citoyenneté européenne » et l'ignore dans le domaine « libre circulation des personnes » (consulté le 27/12/2009). Voy. aussi Cl. Marzo, « La définition d'une nouvelle méthode de jugement attachée à la citoyenneté européenne - Réflexions autour de l'arrêt *Förster* », *R.T.D.E.*, 2009, p. 439.

jurisprudences, la Cour estime qu'il y a là une exigence proportionnée de lien suffisant (points 32 à 41). On pourrait toutefois s'en étonner au regard de la jurisprudence *Cowan* qui, bien avant la citoyenneté européenne, reconnaissait le bénéficiaire d'un principe d'égalité à un ressortissant d'un autre État membre usager du métro, en sa seule qualité de touriste bénéficiaire de services<sup>31</sup>. On concédera que ces législations nationales réservant des avantages sociaux de transport à « leurs » handicapés ne favorisent guère la mobilité européenne des personnes handicapées et qu'il n'est pas certain qu'elles résistent à l'évolution de la jurisprudence strasbourgeoise condamnant la discrimination en raison de la nationalité dans l'accès à différents droits sociaux, fussent-ils non contributifs.

**15.** — Du point de vue législatif, le Traité de Lisbonne n'a pas d'incidence notable sur la libre circulation des personnes autre que la nouvelle numérotation (article 45 TFUE, au lieu de 39 CE). La libre circulation des personnes, des services et des capitaux devient le titre IV des « politiques et actions internes à l'Union » (troisième partie du TFUE) juste avant « l'espace de liberté, de sécurité et de justice » (titre V). Le droit dérivé sera évidemment adopté « conformément à la procédure législative ordinaire » (articles 46 et s. TFUE) en codécision avec le Parlement.

L'apport le plus important pour l'année 2009 en matière de libre circulation des citoyens et des membres de la famille n'est pas tant le droit dérivé lui-même que son interprétation par la communication de la Commission concernant les lignes directrices destinées à améliorer la transposition et l'application de la directive 2004/38<sup>32</sup>. La Commission y fait la synthèse des acquis de la jurisprudence et notamment du controversé arrêt *Metock* ouvrant le droit au regroupement familial pour les membres de la famille ressortissants d'États tiers, même à défaut de vie familiale préalable dans le pays d'origine du citoyen<sup>33</sup>. Outre une synthèse utile pour les juges nationaux, la communication offre quelques rappels et outils d'évaluations qui pourraient guider les administrations. On en retiendra trois exemples :

1) *Visa*. Le visa de court séjour, nécessaire pour l'accès au territoire du membre de la famille ressortissant d'États tiers doit être délivré « sans frais, dans les meilleurs délais et dans le cadre d'une procédure accélérée ». Par analogie avec l'article 23 du code des visas (*supra* note 11), la Commission considère « qu'un délai de délivrance excédant quatre semaines n'est pas

raisonnable », que « les autorités des États membres devraient conseiller les membres de la famille quant au type de visa à demander, et ne sauraient leur faire obligation d'introduire une demande de visa de long séjour ou de regroupement familial » (point 6, point 2.2.1). Quant au droit d'obtenir un visa d'entrée découlant de l'existence d'un lien de parenté avec le citoyen de l'Union, « les États membres ne peuvent exiger que la présentation d'un passeport en cours de validité et d'une preuve de l'existence d'un tel lien... Aucun document supplémentaire, du type attestation d'accueil, preuve de ressources suffisantes, lettre d'invitation ou billet aller-retour, ne peut être exigé » (*idem*, p. 7 et directive 2004/38, article 8, § 5, et article 10, § 2). On sera attentif au fait que, pour la Belgique, ces recommandations concernent également le regroupement familial avec un ressortissant belge. En effet, si la directive 2004/38 concerne les citoyens de l'Union qui circulent et les membres de leur famille, à l'exclusion des situations purement internes, afin d'éviter les discriminations à rebours, le législateur belge y a assimilé les membres de la famille du Belge<sup>34</sup>, en manière telle que le droit belge doit être lu et appliqué à la lumière du droit communautaire, de la jurisprudence de la Cour et de cette communication de la Commission<sup>35</sup>.

2) *Polygamie*. Les États membres ne sont pas tenus de reconnaître les mariages polygamiques, contractés légalement dans un pays tiers, qui peuvent être contraires à leur ordre juridique interne<sup>36</sup>. La Commission précise que ce doit être « sans préjudice de l'obligation de tenir dûment compte de l'intérêt supérieur des enfants issus de ces mariages » (p. 4, point 2.1.1). On notera que la Cour constitutionnelle de Belgique avait anticipé ce point de vue. La Belgique avait transposé la directive 2004/38 en refusant le droit de séjour non seulement « au conjoint d'un étranger polygame lorsqu'un autre conjoint de celui-ci séjourne déjà dans le royaume », mais aussi « aux enfants issus, dans le cadre d'un mariage polygame, d'un étranger et d'une autre épouse que celle séjournant déjà dans le royaume »<sup>37</sup>. La Cour constitutionnelle a annulé cette dernière restriction en application du principe d'égalité entre les enfants, considérant notamment « que les enfants concernés ne sont aucunement responsables de la situation conjugale de leurs parents »<sup>38</sup>.

3) *Moyens de subsistance*. Le citoyen européen qui séjourne sur le territoire d'un autre État membre doit, en principe, bénéficier de ressources suffisantes. Depuis l'arrêt *Grzelczyk*, la Cour a développé une importante jurisprudence, fondée notamment sur la notion de « liens étroits » pour déterminer dans quelle mesure le citoyen peut bénéficier de droits sociaux à

charge du pays d'accueil. La Commission rappelle, dans sa communication, que les bénéficiaires du droit de séjour ne peuvent faire l'objet d'une mesure d'éloignement pour le seul motif d'avoir bénéficié d'une aide sociale « aussi longtemps qu'ils ne deviennent pas une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil » (p. 9, point 2.3.1 et directive 2004/38, article 14, § 3). Pour apprécier le caractère déraisonnable ou non de cette charge, la Commission propose aux autorités nationales un système à points, autour de trois critères tirés du considérant n° 16 de la directive 2004/38, tenant compte (1°) de la durée (du séjour, de l'allocation perçue et prévisible) et (2°) du montant (de l'aide mais aussi de la contribution du citoyen à la sécurité sociale), ainsi que (3°) de la situation personnelle du requérant et de sa famille, notamment du point de vue de l'intégration.

## B. — Diplôme et qualifications (Commission, Rubino, Pesla)

**16.** — La Commission européenne a également développé son activité liée à la libre circulation des personnes en introduisant une série de procédures en manquement à l'encontre des États membres n'ayant pas transposés la directive 2005/36/CE du Parlement et du Conseil, du 7 septembre 2005, relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles<sup>39</sup>. La reconnaissance des qualifications professionnelles est un moteur essentiel de la mobilité européenne. Cette directive réorganise et rationalise les dispositions antérieures relatives à la reconnaissance des diplômes. En 2009, sept États sont condamnés pour non-transposition de cette directive<sup>40</sup>. Une fois de plus : regrets.

**17.** — Sur questions préjudicielle, la Cour a précisé ce qu'il y a lieu d'entendre par « profession réglementée » au sens de cette directive 2005/36, en faisant clairement la distinction entre la reconnaissance des qualifications acquises dans un État membre et la procédure de sélection tenue dans un autre État membre pour bénéficier d'un emploi<sup>41</sup>. Ainsi, M. Rubino, océanographe italien, ayant obtenu ses diplômes en Allemagne (*Habilitation et Lehrbefugnis*) lui donnant aptitude à y enseigner à l'université n'est pas pour autant en droit d'obtenir automatiquement son inscription en Italie sur la liste des titulaires de l'aptitude scientifique nationale (A.S.N.), cette liste étant établie au terme d'une forme de concours comportant plusieurs critères. En effet, dit la Cour, « le fait que l'accès à une profession soit réservé aux candidats ayant été retenus à la suite

(30) C.J., 1<sup>er</sup> octobre 2009, aff. C-103/08, *Gottwald*, non encore publié au *Recueil* et non référencé sur le site de la Cour dans les domaines « citoyenneté » et « libre circulation des personnes » (consulté le 27/12/2009).

(31) C.J., 2 février 1989, aff. 186/87, *Cowan*, *Rec.*, 1989, p. 195.

(32) COM(2009)313 final du 2 juillet 2009, concernant les lignes directrices destinées à améliorer la transposition et l'application de la directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. Sur cette directive, voy. *J.D.E.*, 2005, p. 193 et les références citées, J.-Y. Carlier, *La condition des personnes*, op. cit., pp. 25 et s.; St. Leclerc (éd.), *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009.

(33) C.J., 25 juillet 2008, aff. C-127/08, *Metock*, *Rec.*, 2008, p. I-6241; *J.D.E.*, 2009, p. 80; S. Hammamoun et N. Neuwahl, « Le droit de séjour du conjoint non communautaire d'un citoyen de l'Union dans le cadre de la directive 2004/38 », *R.T.D.E.*, 2009, p. 91.

(34) Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, telle que modifiée par la loi du 25 avril 2007, article 40ter.

(35) C.J., 13 février 1985, aff. 267/83, *Diata*, *Rec.*, 1985, p. 567.

(36) Pour un examen des différents effets de la polygamie en droit international privé, voy. J.-Y. Carlier, « Quand l'ordre public fait désordre - Pour une interprétation nuancée de l'ordre public de proximité en droit international privé », *R.G.D.C.*, 2008, p. 525.

(37) Loi du 15 décembre 1980 précitée, article 10, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2 et directive 2004/38 précitée, article 4, § 4 et considérant n° 10.

(38) Cour const. b., 26 juin 2008, n° 95/2008, point B.21, accessible sur [www.arbitrage.be](http://www.arbitrage.be).

(39) *J.O.* L 255, p. 22, date de transposition : 20 octobre 2007. Sur ces questions, voy. J. Pertek, *Diplômes et professions en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2008. Pour une décision relative à l'ancienne directive 89/48/CEE, voy. C.J.C.E., 29 janvier 2009, aff. C-311/06, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*, non encore publié au *Recueil*.

(40) C.J.C.E., 2 juillet 2009, aff. C-567/08, *Com. c. Luxembourg*; aff. C-465/08, *Commission c. Grèce*; 9 juillet 2009, aff. C-556/08, *Commission c. Royaume-Uni*; aff. C-469/08, *Commission c. Belgique*; 24 septembre 2009, aff. C-477/08, *Commission c. Autriche*; 1<sup>er</sup> octobre 2009, aff. C-468/08, *Commission c. France*; 17 décembre 2009, aff. C-505/08, *Commission c. Allemagne*, non encore publié au *Recueil*.

(41) C.J.C.E., 17 décembre 2009, aff. C-586/08, *Rubino*, non encore publié au *Recueil*.



d'une procédure visant à sélectionner un nombre prédéfini de personnes sur la base d'une évaluation comparative des candidats, plutôt que par l'application de critères absolus, et conférant un titre dont la validité est limitée dans le temps n'a pas pour conséquence que ladite profession constitue une profession réglementée au sens... de la directive 2005/36 » (dispositif). Toutefois, précise la Cour, pour respecter la libre circulation inscrite aux articles 39 CE et 43 CE, cette procédure d'évaluation devra veiller à ce que « les qualifications acquises dans d'autres États membres soient reconnues à leur juste valeur et dûment prises en compte » (point 34 et dispositif).

**18.** — La Cour tient un raisonnement similaire, sur d'autres bases, dans l'arrêt *Pesla* à propos de l'accès aux stages préparatoires aux professions juridiques<sup>42</sup>. Se revendiquant de la jurisprudence *Morgenbesser*<sup>43</sup>, M. *Pesla*, ressortissant polonais, entend pouvoir s'inscrire au stage préparatoire aux professions juridiques sans passer l'examen sur les matières de droit allemand, alors qu'il dispose d'un diplôme polonais de l'université de Poznan, complété d'un « *cursus* de formation juridique germano-polonais » de l'Université de Francfort-sur-l'Oder. Le ministère de la Justice du Land de Mecklenburg-Vorpommern juge toutefois cette formation en droit allemand insuffisante et impose l'examen. Constatant que l'intéressé n'a pas obtenu la qualification requise pour l'exercice de la profession d'avocat en Pologne, la Cour ne se place pas sur le terrain du droit dérivé en matière de reconnaissance des diplômes et qualifications mais sur le seul terrain du droit primaire de la libre circulation, dont les articles 39 CE et 43 CE. La Cour admet que « selon un principe inhérent aux libertés fondamentales » (point 38), les autorités requises sont « tenues... de prendre en considération la qualification professionnelle de l'intéressé en procédant à une comparaison entre, d'une part, la qualification attestée par ses diplômes, certificats et autres titres ainsi que par son expérience professionnelle pertinente et, d'autre part, la qualification professionnelle exigée par la législation nationale » (point 37). La Cour précise, dès lors, contrairement à ce qu'avançait M. *Pesla*, que cet examen comparatif ne doit pas s'attacher prioritairement aux qualifications obtenues dans l'État d'origine mais peut tenir compte de « la qualification professionnelle exigée par la législation de l'État membre d'accueil » (points 45 et 48), et donc, en l'occurrence, d'une connaissance suffisante du droit allemand. Cet examen comparatif relève de la compétence des autorités nationales sans que le principe de libre circulation « impose une diminution du niveau de connaissances du droit de l'État membre d'accueil », tel que requis des candidats disposant d'un diplôme de cet État (point 45), étant entendu que « la possibilité d'une reconnaissance partielle » des qualifications acquises ne doit pas demeurer « simplement fictive » (point 58) et qu'il y a lieu, le cas échéant, de limiter l'examen à certaines matières.

On le voit, le travail d'équilibre n'est pas uniquement celui qu'exerce la Cour entre les com-

pétences communautaire et nationale, il sera aussi celui du juge national chargé de contrôler cet examen comparatif (point 61).

### C. — Fonction publique (Commission c. Grèce)

**19.** — Dans l'arrêt *Pela* précité, la Cour a rappelé que l'activité de stagiaire en droit, même exercée dans le secteur public, n'entre pas dans le champ d'application de l'exception relative à la fonction publique prévue aux articles 39, § 4 CE et 45 CE, en l'absence de « participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique » (points 30 et 33). Pour le même motif, après d'autre pays, la Grèce est condamnée en manquement pour le maintien dans sa législation de l'exigence de la nationalité grecque pour l'accès aux emplois de capitaine et d'officier sur tous les navires battant pavillon grec<sup>44</sup>.

### D. — Élargissement et accord (Commission, Stamm et Hauser, Grimme, Sahin, Soysal et Savatli)

**20.** — Au regard de l'élargissement de la libre circulation des travailleurs en faveur des ressortissants des nouveaux États membres, les anciens États ont pris des positions différenciées<sup>45</sup>. Plusieurs États n'ont pas, ou pas suffisamment, adapté leur législation conformément à la directive 2006/100/CE du Conseil du 20 novembre 2006, portant adaptation de certaines directives dans le domaine de la libre circulation des personnes en raison de l'adhésion de la Bulgarie et de la Roumanie<sup>46</sup>.

**21.** — Deux arrêts de la quatrième chambre de la Cour permettent de préciser le champ d'application personnel et matériel de l'accord bilatéral avec la Suisse sur la libre circulation des personnes<sup>47</sup>. La Cour souligne les différences entre ces accords bilatéraux et l'adhésion. Ainsi, un ressortissant allemand membre du directeur d'une société suisse ne pourra pas bénéficier de la dispense d'affiliation au régime légal allemand de l'assurance vieillesse comme pourrait le faire le membre du directoire d'une société allemande<sup>48</sup>. En effet, l'accord bilatéral

ne concerne pas la libre circulation des personnes morales mais uniquement celle des personnes physiques (point 33) et ne condamne que la discrimination en raison de la nationalité, ce qui n'est pas le cas en l'espèce (points 48 et 49). Il peut s'en déduire que la Cour refuserait la condamnation des entraves discriminatoires indirectes sur la base de cet accord. Aux regrets que la Suisse pourrait émettre, la Cour rappelle qu'à la suite du référendum de 1992, « la Confédération suisse, par son refus, n'a pas souscrit au projet d'un ensemble économique intégré avec un marché unique... mais a préféré la voie d'arrangements bilatéraux » (point 27), en manière telle que « l'interprétation donnée aux dispositions de droit communautaire concernant le marché intérieur ne peut pas être automatiquement transposée à l'interprétation de l'accord » (point 29). Dit plus prosaïquement : vous ne pouvez avoir le beurre et l'argent du beurre. Ce n'est pas dire qu'un Suisse, et en particulier un agriculteur frontalier, ne peut tirer bénéfice des accords. Il doit ainsi bénéficier des mêmes droits au bail rural en Allemagne qu'un agriculteur allemand même s'il ne s'établit pas dans ce pays<sup>49</sup>.

**22.** — À la différence de la Suisse, la Turquie souhaite bien son adhésion à l'Union européenne et c'est avec une certaine amertume qu'elle a fêté, le 31 juillet 2009, le cinquantième anniversaire de sa première demande d'adhésion. À la différence de ce qui semble se profiler pour les accords bilatéraux avec la Suisse, la Cour a toujours favorisé une interprétation extensive de l'accord d'association avec la Turquie, alignée sur les interprétations classiques du droit communautaire au déplaisir des États, en particulier l'Allemagne et les Pays-Bas, qui souhaitent traiter les Turcs comme des migrants ressortissants d'États tiers de droit commun. Ces deux pays se font encore rappeler à l'ordre par la Cour en 2009. Dans deux espèces, la Cour confirme l'application du principe de « stand still », qui se retrouve dans différents textes consécutifs à l'accord d'association avec la Turquie. En conséquence, le ressortissant turc, qui entre dans le champ d'application de l'accord, ne peut être placé dans une situation de droit moins favorable que celle qui existait au moment de l'entrée en vigueur de ces textes, sauf si les nouvelles dispositions affectent, de façon similaire, les ressortissants communautaires.

Ainsi, les Pays-Bas ne peuvent exiger le paiement d'un droit fiscal de 160 EUR pour la délivrance ou la prorogation d'un titre de séjour d'un Turc, alors que tel acte administratif était gratuit en 1980, et que, au moment des faits, les droits exigés des ressortissants communautaires ne s'élevaient qu'à 30 EUR<sup>50</sup>. De même, l'Allemagne ne peut exiger un visa d'entrée d'un ressortissant turc qui, en qualité de camionneur, effectue des prestations de service en Allemagne pour le compte d'une société de transport établie en Turquie, alors qu'un tel visa n'était

(44) C.J.C.E., 10 décembre 2009, aff. C-460/08, *Commission c. Grèce*, non encore publié au *Recueil*.

(45) ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=475&langId=en.

(46) J.O. L 363, p. 141, date de transposition : 1<sup>er</sup> janvier 2007. Sont condamnés en manquement, la France (C.J., 10 février 2009, aff. C-224/08, non encore publié au *Recueil*); le Portugal (C.J.C.E., 10 mars 2009, aff. C-245/08, non encore publié au *Recueil*) et la Grèce (C.J., 4 juin 2009, aff. C-427/08, non encore publié au *Recueil*), après la Belgique et le Luxembourg en 2008, voy. *J.D.E.*, 2009, p. 83, n° 25.

(47) Accord entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, signé à Luxembourg le 21 juin 1999, *J.O.*, 2002, L 114, p. 6. Les deux arrêts ne portent pas encore sur l'extension du protocole du 26 octobre 2004 aux États qui ont adhéré à l'Union européenne le 1<sup>er</sup> mai 2008 (*J.O.*, 2006, L 89, p. 30). Sur l'ensemble, voy. Chr. Kaddous et M. Jametti Geiner (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE*, Bruxelles, Bruylant, 2006; J.-Y. Carlier, *La condition des personnes*, op. cit., p. 76 et A. Borghi, *La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'U.E. – Commentaire article par article de l'accord du 21 juin 1999*, Genève, Edis, 2010.

(48) C.J., 12 novembre 2009, aff. C-351/08, *Grimme*, non encore publié au *Recueil*.

(49) C.J., 22 décembre 2008, aff. C-13/08, *Stamm et Hauser*, non encore publié au *Recueil*.

(50) C.J., 17 septembre 2009, aff. C-242/06, *Sahin*, non encore publié au *Recueil*. Est en cause, ici, l'article 13 de la décision 1/80 du Conseil d'association institué par l'accord d'association du 12 septembre 1963 (*J.O.*, 1964, 217, p. 3685). On notera qu'en qualité d'époux d'une ressortissante nationale, en Belgique, la situation de M. Sahin eut été assimilée à celle du membre de la famille d'un ressortissant communautaire (*supra*, n° 15 et note 35).

(42) C.J.C.E., 10 décembre 2009, aff. C-345/08, *Pesla*, non encore publié au *Recueil*.

(43) C.J.C.E., 13 novembre 2003, aff. C-313/01, *Morgenbesser*, *Rec.*, 2003, p. I-13467, *J.D.E.*, 2004, p. 79.

pas exigé à l'époque des accords<sup>51</sup>. Cette affaire *Soysal et Savatli* comporte des liens évidents avec la politique migratoire et le contrôle des frontières par le moyen du visa évoqué au début de la présente chronique. Il est utile de relever que la Cour écarte à cet égard deux arguments invoqués par l'Allemagne. D'une part, celui qui voudrait que la Cour soit incompétente pour connaître d'une question préjudicielle en matière de politique migratoire et de visas, sur la base de l'article 68 CE, lorsque cette question n'est pas posée par une juridiction de dernier niveau (disposition abrogée par le Traité de Lisbonne, *supra*, n° 3). La Cour constate qu'elle est saisie sur pied de l'article 234 CE en interprétation du droit communautaire dont l'accord d'association fait partie (points 38 à 41). En d'autres termes, il ne suffit pas pour l'État de situer la cause dans le champ de la politique migratoire pour que son examen échappe au contrôle de la Cour, qui décide elle-même si un autre domaine du droit communautaire est en cause. D'autre part, le visa étant instauré non seulement par une législation nationale mais par un règlement communautaire, celui-ci ne l'emporte-t-il pas sur la clause de *stand still* d'accords antérieurs? La Cour considère que le droit dérivé peut déroger à la clause de *stand still*, s'il le fait dans une mesure similaire pour les ressortissants communautaires et rappelle le principe de « primauté des accords internationaux conclus par la communauté sur les actes de droit communautaire »<sup>52</sup>.

23. — Les relations entre politiques migratoires, nationales et communautaire, jointes au droit communautaire de la libre circulation des personnes, élargi par certains accords avec des pays tiers, marquent l'année 2009. Elles marqueront les années qui suivent dans une mesure d'autant plus forte que, depuis le 1<sup>er</sup> décembre 2009, toute juridiction nationale peut poser une question préjudicielle dans le domaine de la politique migratoire. Le praticien y sera attentif.

Jean-Yves CARLIER(\*\*)

## Chronique de droit européen des sociétés (\*)

**L**ES PRINCIPAUX DÉVELOPPEMENTS du droit européen des sociétés au cours de la période considérée concernent la problématique sensible de la rémunération des dirigeants, qui a retenu l'attention de la Commission européenne dans un contexte de crise financière, et l'égalité entre actionnaires, notion complexe ayant donné lieu à un important arrêt de la Cour de justice dans le cadre d'une cession de contrôle.

### Introduction

1. — La présente chronique couvre l'essentiel de la réglementation et de la jurisprudence de droit européen des sociétés publiées en 2009. Son objectif est de mettre en lumière les principaux développements qu'a connus cette matière durant la période considérée afin d'informer les lecteurs tout en les incitant à aller plus loin... La partie consacrée aux travaux de la Commission européenne concerne essentiellement la problématique de la rémunération des administrateurs de sociétés cotées (1). Quant à la jurisprudence, nous analyserons un arrêt de la Cour de justice ayant confirmé l'absence de principe général d'égalité entre actionnaires en droit européen (2).

### 1

#### La recommandation sur le système de rémunération des administrateurs des sociétés cotées

2. — Durant la période considérée, les travaux de la Commission ont essentiellement porté sur l'établissement de nouvelles orientations concernant la structure et la détermination de la rémunération des administrateurs de sociétés cotées et concernant la rémunération dans le secteur financier. Ces travaux ont abouti à l'adoption d'une communication<sup>1</sup> et de deux recommandations complémentaires<sup>2</sup>. Nous

analyserons ci-après la recommandation relative à la rémunération des administrateurs de sociétés cotées.

#### A. — Contexte : crise financière et plan de relance en Europe<sup>3</sup>

3. — La crise financière récente a mis en lumière les défaillances de la réglementation et de la surveillance des marchés financiers. Les politiques de rémunération au sein des sociétés cotées et du secteur financier ont en particulier fait l'objet de critiques du grand public. Les préoccupations portent principalement sur les incitations sous-jacentes aux plans de rémunération qui favorisent essentiellement les rendements à court terme. De plus, ces dernières années, les rémunérations d'administrateurs dans les différents secteurs du marché ont connu des augmentations substantielles, en particulier pour ce qui concerne la partie variable. Afin de restaurer la confiance au sein des marchés financiers et d'en responsabiliser les acteurs, la Commission a décidé de mettre en œuvre une grande réforme, portant notamment sur les politiques de rémunération.

Les deux recommandations en matière de rémunération s'inscrivent dans la stratégie de la Commission visant à donner une impulsion à la relance économique en Europe à la suite des dégâts économiques causés par la crise financière. La Commission a émis diverses propositions de mesures à prendre à cet égard dans sa communication intitulée « L'Europe, moteur de la relance »<sup>4</sup>. Un des objectifs de son plan de relance est d'« améliorer la gestion des risques dans les établissements financiers et moduler le niveau des primes en fonction de la pérennité des performances »<sup>5</sup>.

#### B. — Position du problème<sup>6</sup>

4. — À l'origine, la rémunération basée sur la performance a été conçue en vue d'établir une

ces financiers (C(2009) 3159, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/directors-remun/financialsector\\_290409\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/directors-remun/financialsector_290409_fr.pdf)).

(3) Voy. communication de la Commission du 30 avril 2009.

(4) Communication de la Commission au Conseil européen du 4 mars 2009, « L'Europe, moteur de la relance » (COM(2009) 114, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52009DC0114:FR:NOT>).

(5) Voy. communication de la Commission du 4 mars 2009, p. 9.

(6) Document de travail des services de la Commission accompagnant la recommandation de la Commission complétant les recommandations 2004/913/CE et 2005/

(51) C.J., 19 février 2009, aff. C-228/06, *Soysal et Savatli*, non encore publié au *Recueil*. Est en cause, ici, l'article 41, § 1<sup>er</sup>, du protocole additionnel à l'accord d'association, signé le 23 novembre 1970, *J.O.*, L 293, p. 1.

(52) Point 59. Ce qui n'est pas toujours d'interprétation aisée. Voy. par exemple : H. Labayle et R. Mehdi, « Le contrôle juridictionnel de la lutte contre le terrorisme - Les *black lists* de l'Union dans le prétoire de la Cour de justice », *R.T.D.E.*, 2009, p. 231. *Adde*, en 2009, *Trib.*, 11 juin 2009, aff. T-318/01, *Othman*, non encore publié au *Recueil*.

(\*\*) Professeur à l'Université catholique de Louvain et à l'Université de Liège, avocat.

(\*) Année 2009.

(1) Communication de la Commission du 30 avril 2009 accompagnant la recommandation de la Commission complétant les recommandations 2004/913/CE et 2005/162/CE en ce qui concerne le régime de rémunération des administrateurs de sociétés cotées et la recommandation de la Commission sur les politiques de rémunération dans le secteur des services financiers (COM(2009) 211, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/directors-remun/COM\(2009\)\\_211\\_FR.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/directors-remun/COM(2009)_211_FR.pdf)).

(2) Recommandation de la Commission du 30 avril 2009 complétant les recommandations 2004/913/CE et 2005/162/CE en ce qui concerne le régime de rémunération des administrateurs des sociétés cotées (C(2009) 3177, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/directors-remun/directorspay\\_290409\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/directors-remun/directorspay_290409_fr.pdf)) et recommandation de la Commission du 30 avril 2009 sur les politiques de rémunération dans le secteur des servi-