

toutes les transactions repérées par les logiciels. Les logiciels de profilage sont en effet capables d'identifier des milliers d'opérations atypiques par jour mais aucune banque ne dispose de moyens suffisants pour les analyser toutes. Seuls quelques centaines de cas sont examinés de façon plus approfondie et ce ne sont, finalement, que peu d'opérations qui sont communiquées aux autorités.

Les systèmes de détection mis en place ces dernières années dans le secteur financier ont exigé d'importants investissements. Leur efficacité est cependant assez limitée lorsque l'on compare les résultats aux efforts déployés.

7

Conclusion

La troisième directive s'inscrit dans un contexte international plus large dont les principales bases ont été élaborées par le Groupe d'action financière. Si cette réglementation s'adresse essentiellement aux Etats membres de l'Union européenne, force est de constater que sa mise en œuvre pratique repose largement sur les professionnels du droit et les acteurs du monde financier au sens le plus large du terme.

Le blanchiment et le financement du terrorisme sont des formes de délinquance qui, par définition, laissent moins de traces que des délits plus classiques. Contrairement à un vol ou à une escroquerie, ces délits ne font, apparemment, pas de victime, si bien qu'il est extrêmement rare que les autorités en soient saisies par le biais d'une plainte. Dans le cas du blanchiment, le délit principal a déjà été commis, et parfois même sanctionné, alors que dans celui du financement du terrorisme, il est toujours en préparation. Les victimes se situent donc en amont ou en aval des faits répréhensibles. Par ailleurs, il n'est pas rare que les opérations s'étendent dans différents pays, compliquant ainsi toute tentative de répression efficace.

Les autorités sont, dès lors, fort démunies pour combattre ce genre de criminalité et n'ont d'autre choix que de se reposer sur les acteurs du monde juridique et financier pour remplir le rôle de détection qu'elles sont, faute de moyens, incapables d'assumer.

Les organismes financiers sont conscients des responsabilités qui leur incombent dans la croisade à mener contre ces fléaux mais considèrent, pour la plupart, que les nombreuses contraintes qui leur sont imposées sont disproportionnées par rapport aux réels efforts des autorités.

Tant que les gouvernements ne s'accorderont pas pour mener une lutte mondiale contre le blanchiment et le financement du terrorisme, et tant qu'il restera des pays plus ou moins accueillants pour ces formes de criminalité, celles-ci continueront à se développer.

L'Union européenne a certes élaboré un système de prévention cohérent mais il serait illusoire de considérer qu'elle est désormais à l'abri du blanchiment et qu'elle a enrayé le financement du terrorisme. Elle a, tout au plus, limité les risques de voir ces types de criminalité se développer sur son territoire.

Christian BERDEN
Compliance officer

La libre circulation des personnes dans l'Union européenne

(1^{er} janvier - 31 décembre 2006)

1. — Durant l'année 2006, la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, relative à la libre circulation des personnes, apporte quelques précisions sur les droits liés à la citoyenneté européenne, considérée comme statut fondamental, selon la formule *Grzelczyk* (1). Qu'il s'agisse de droits sociaux (*De Cuyper, Tas*) ou de droits politiques (*Espagne c. Royaume-Uni, Eman*) c'est de plus en plus la résidence ou la proximité qui s'affirme comme critère d'exercice des droits liés à la citoyenneté, même si la nationalité demeure le critère d'accès à cette citoyenneté européenne.

La jurisprudence de 2006 porte également, mais plus accessoirement, sur d'autres aspects de la libre circulation des personnes. Aussi demeure-t-il utile de conserver la division tripartite retenue dans la chronique annuelle du présent journal depuis 1995, soit 1) l'entrée et l'immigration qui constituent en quelque sorte la circulation externe vers l'Union, 2) le séjour et la circulation interne dans l'Union et 3) les accords avec les Etats tiers dont la jurisprudence, une fois de plus, concerne surtout l'accord avec la Turquie.

1

Entrée et immigration

2. — Alors que l'adoption de textes relatifs à la politique migratoire se poursuit lentement (A), les premières décisions sur questions préjudicielles font leur apparition à l'ombre des recours directs introduits par la Commission ou par le Parlement (B).

A. — Textes

3. — Le texte le plus important en matière de contrôle des frontières, durant la période sous revue, est certainement le « Code frontières Schengen » (2). Il est significatif de constater que ce Code communautaire adopté en la forme d'un règlement, fondé sur les articles 61 et 62 CE, est appelé « Code Schengen », dans la mesure où il consolide l'acquis Schengen en matière de contrôle des frontières tant internes qu'externes à l'Union (considérant n° 3 du règlement 562/2006). Par rapport à l'espace communautaire, le Code frontières Schengen comporte des limitations (Royaume-Uni, Irlande et, sous réserve, Danemark) et des extensions (Islande, Norvège, Suisse). Pour l'essentiel, il confirme

deux degrés de contrôles aux frontières extérieures. Premièrement, « toutes les personnes font l'objet d'une vérification minimale visant à établir leur identité » (article 7, § 2). Il s'agit d'un « examen simple et rapide » du document d'identité. Deuxièmement, s'il est constaté qu'il s'agit d'un ressortissant de pays tiers, celui-ci est soumis à une « vérification approfondie », qui porte notamment sur le visa, les moyens de subsistance, le risque pour l'ordre public (article 7, § 3 et article 15). Seuls les membres de la famille d'un citoyen et les ressortissants de pays qui, en vertu d'accords, jouissent de droits en matière de libre circulation équivalents à ceux des citoyens de l'Union (c'est-à-dire l'E.E.E. et la Suisse), bénéficient d'une exception à la vérification approfondie (article 2, §§ 5 et 6, article 7, § 6). Aucune exception n'est prévue pour les étrangers résidents de longue durée couverts par la directive 2003/109. Il reste que, de façon générale, « les garde-frontières respectent pleinement la dignité humaine dans l'exercice de leurs fonctions ». Ils ne peuvent prendre des mesures disproportionnées ou discriminatoires (art. 6). Afin de faciliter la circulation des personnes qui, *a priori*, ne seront soumises qu'à une vérification minimale, des « couloirs séparés de signalisation » sont aménagés. Les uns sont réservés à ceux qui bénéficient de la libre circulation. Ils portent la mention « U.E. - E.E.E. - C.H. - Citoyens ». Les autres sont ouverts à tous. Ils portent la mention : « Tous passeports ». Entré en vigueur le 26 octobre 2006, le Code frontières Schengen abroge l'ancien Manuel commun, mais aussi certaines dispositions qui y étaient liées ainsi que les articles 2 à 8 de la convention d'application de l'accord de Schengen (article 39).

4. — Pour le reste, les textes adoptés sont principalement des textes programmatiques qui, de façon assez répétitive, annoncent la mise en œuvre progressive d'une approche globale (« *comprehensive* ») des questions liées aux migrations. On notera deux communications de la Commission. L'une trace les priorités de la mise en œuvre du « programme de La Haye », adopté par le Conseil européen de novembre 2004, qui vise à « renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne » (3). L'autre vise à « l'adaptation des dispositions du titre IV du Traité relatives aux compétences de la Cour de justice, en vue d'assurer une protection juridictionnelle plus effective » (4). Fondée sur l'article 67, § 2, CE qui permet désormais au Conseil de prendre une décision « en vue d'adapter les dispositions relatives aux compétences de la Cour de justice », cette communication propose, dans la ligne de ce que prévoyait le Traité établissant une Constitution, de lever les limites que l'article 68 CE impose à la compétence de la Cour saisie d'une question préjudicielle dans le domaine du titre IV : visa, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circu-

(1) C.J.C.E., 30 septembre 2005, aff. C-184/99, *Grzelczyk*, Rec., I-6193.

(2) Règlement 562/2006 du 15 mars 2006 établissant un Code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, *J.O.*, 2006, L 105/1. Pour des premiers commentaires, voy. V. Chetail, « Le Code communautaire relatif au franchissement des frontières : une nouvelle étape dans la consolidation de l'acquis Schengen », *Europe-Lexis Nexis Juris Classeur*, août-septembre 2006, pp. 4-8; S. Peers, « Key Legislative Developments on Migration in the European Union », *E.J.M.L.*, 2006, pp. 321-356.

(3) COM (2006) 331 final du 28 juin 2006.

(4) COM (2006) 346 final du 28 juin 2006.

lation des personnes. L'on sait que la principale mesure prévoit que seules les juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours posent une question préjudicielle. Cette limite, ajoutée à la nouveauté des textes adoptés, explique le petit nombre de recours indirects introduits, alors que, soucieux de ses prérogatives et du respect des droits fondamentaux, le Parlement européen conduit des recours directs à l'encontre de certains textes.

B. — Recours

5. — Parmi ces recours directs, le principal est le recours en annulation à l'encontre de la directive 2003/86 relative au droit au regroupement familial (5). Tout en ne déclarant pas le recours irrecevable, comme le proposait à titre principal l'avocate générale Kokott, la Cour ne prononce pas l'annulation de la directive. Les critiques du Parlement européen portaient principalement sur les atteintes au respect de la vie familiale, garanti par la Convention européenne des droits de l'homme et par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ces risques d'atteinte à la vie familiale concernent surtout les mesures permettant aux Etats de limiter le regroupement familial des enfants, dans certaines conditions, lorsqu'ils sont âgés de plus de douze ou de quinze ans. Si les associations de défense des droits de l'homme jugent assez sévèrement l'arrêt de la Cour, estimant qu'elle eût dû faire droit à l'annulation de certaines dispositions, il convient de constater que, en son principe, la démarche de la Cour emporte deux enseignements importants. D'abord, tout en reconnaissant en ce domaine de l'immigration une large marge d'appréciation au Conseil et aux Etats, la Cour n'hésite pas à soumettre la directive au contrôle des droits de l'homme par le principe de proportionnalité, qu'en l'espèce, elle estime respecté. Ensuite, elle effectue ce contrôle des droits de l'homme non seulement, comme d'habitude, au regard des traditions constitutionnelles des Etats membres et de la Convention européenne des droits de l'homme qui revêt une signification particulière (point 36) et même au regard du pacte international relatif aux droits civils et politiques (point 37), mais aussi au regard de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. S'agissant de la Charte, la Cour affirme qu'elle « a été proclamée solennellement par le Parlement, le Conseil et la Commission à Nice le 7 décembre 2000 [et que] si cette Charte ne constitue pas un instrument juridique contraignant, le législateur communautaire a cependant entendu en reconnaître l'importance en affirmant, au deuxième considérant de la directive, que cette dernière respecte les principes qui sont reconnus non seulement par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais également par la Charte. La Cour ajoute que « l'objectif principal de la Charte, ainsi qu'il ressort de son préambule, est de réaffirmer les droits qui résultent notamment des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes aux Etats membres ... ainsi que de la jurisprudence de la Cour et de la Cour européenne des droits de l'homme ». Après quelques références dans les conclusions d'avocats généraux et dans des arrêts du tribunal de première instance, cette référence

expresse dans un arrêt de la Cour est une première (6). Elle donne une certaine envergure constitutionnelle à la Charte. Ce constat doit toutefois être tempéré par la première justification de la Cour : elle cite la Charte parce que la directive, dont elle a à connaître, la cite. Il reste que, d'une part, l'élaboration de tous les textes de droit dérivé étant dorénavant soumise à un examen au regard de la Charte, celle-ci sera presque toujours citée et que, d'autre part, la deuxième justification donnée par la Cour est plus large, en rappelant que la Charte est une synthèse des droits fondamentaux reconnus dans différents textes et jurisprudences.

La Commission poursuit des procédures en manquement à l'encontre des Etats qui ne transposent pas les premières directives relatives à l'asile qui ont été adoptées, dont la directive 2003/9 relative aux normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile (7).

6. — Une question préjudicielle a été posée par le Conseil d'Etat de France, sur pied de l'article 68 CE, en interprétation de la Convention de Schengen (8). Dans son arrêt, la Cour donne une interprétation large du séjour touristique de maximum trois mois autorisé pour les ressortissants d'Etats tiers. L'article 20 de la Convention de Schengen prévoit que « les étrangers non soumis à l'obligation de visa (comme en l'espèce, M. Bot, ressortissant roumain) peuvent circuler librement sur les territoires des parties contractantes pendant une durée maximale de trois mois au cours d'une période de six mois à compter de la première entrée ». La Cour dit pour droit que la notion de première entrée vise non seulement la toute première entrée, mais chaque première entrée après une période de six mois, ce qui permettrait « en cumulant deux séjours successifs non consécutifs de séjourner dans l'espace Schengen pendant une durée de près de six mois » (point 42).

D'autres questions relatives à la Convention de Schengen concernent la coopération pénale dans le cadre du troisième pilier et sont fondées sur l'article 35 UE. Elles ont pour principal objet de préciser le principe *non bis in idem*. En réponse à une question de la Cour de cassation de Belgique, la Cour précise le champ d'application temporel et matériel du principe (9). Dans le temps, il y a lieu de se placer au moment de l'examen du principe qui est applicable, même si la Convention de Schengen n'était pas encore en vigueur dans l'Etat où une première condamnation a été prouvée. Pour le champ d'application matériel, l'identité des faits doit être comprise comme « l'existence d'un ensemble de faits indissociablement liés entre eux indépendamment de la qualification juridique de ces faits ou de l'intérêt juridique protégé ». C'est

le cas, en l'espèce, de l'exportation et de l'importation des mêmes stupéfiants, même si les quantités ne sont pas identiques (10). Le précédent qui conduit à l'impossibilité de « condamner » une deuxième fois, peut consister en un acquittement pour motif de prescription (11) ou pour insuffisance de preuve (12).

2

Séjour et circulation

7. — Les arrêts relatifs à la citoyenneté (A) et aux droits fondamentaux (B) confirment leur importance qualitative, alors que de nombreux arrêts plus particuliers concernent encore la libre circulation classique des travailleurs (C).

A. — Citoyenneté (Commission c. Belgique)

8. — Dans une décision de Grande chambre, condamnant la Belgique en manquement, la Cour a précisé le critère de « moyens de subsistance suffisants » qui permet à tout citoyen de bénéficier du droit de séjour sur le territoire d'un autre Etat membre, que ce soit en application de la directive 90/364 de l'époque ou de la directive 2004/38 actuelle (13). Ne faisant en réalité que confirmer sa jurisprudence *Chen* (2004), la Cour dit pour droit que ces moyens de subsistance ne doivent pas être propres au citoyen et peuvent, par exemple dans les espèces épinglées par la Commission, provenir, pour une Portugaise vivant en Belgique, de son partenaire belge (14).

Mais c'est surtout en matière de droits sociaux (1^o) et de droits politiques (2^o) qu'en 2006, la citoyenneté européenne se révèle une notion complexe.

1^o Droits sociaux (De Cuyper, Tas)

9. — Dans l'affaire *De Cuyper*, répondant à une question préjudicielle du tribunal de travail de Bruxelles, la Cour affirme, en un arrêt de grande chambre, que « la liberté de circulation et de séjour reconnue à tout citoyen de l'Union européenne par l'article 18 CE, ne s'oppose pas à une clause de résidence ... comme condition du maintien [du] droit à une allocation de chômage » (15). M. De Cuyper est un ressortissant belge au chômage. Agé de plus de cinquante ans, il est dispensé de l'obligation de justifier de sa disponibilité sur le marché de l'emploi. Il achète un vieux bateau en France, qu'il rénove et dont il fait son habitation. A l'occasion d'un contrôle, l'Office belge de l'emploi (O.N.Em.) constate qu'il ne réside plus en Belgique et décide de l'exclure des presta-

(5) C.J.C.E., 27 juin 2006, aff. C-540/03, *Parlement c. Conseil*, non encore publiée au *Recueil*.

(6) En début d'année 2006, la Cour avait déjà consacré implicitement la Charte en n'écartant pas la référence qui y était faite : C.J.C.E., 19 janvier 2006, aff. C-547/03, *Asian Institute of Technology c. Commission, Rec.*, 2006, p. I-845, point 47.

(7) C.J.C.E., 26 octobre 2006, aff. C-102/06, *Commission c. Autriche*, non encore publiée (condamnation de l'Autriche). Voy. aussi les affaires en cours C-389/06 (Belgique), C-75/06 (Portugal), C-72/06 (Grèce) et C-496/06 (Allemagne).

(8) C.J.C.E., 3 octobre 2006, aff. C-241/05, *Bot*, non encore publiée.

(9) C.J.C.E., 9 mars 2006, aff. C-436/04, *Van Esbroeck, Rec.*, p. I-2333; H. Mock, « *Ne bis in idem*, une locution dont le sens ne semble pas être le même à Luxembourg qu'à Strasbourg », *Rev. trim. dr. h.*, 2006, p. 635.

(10) C.J.C.E., 28 septembre 2006, aff. C-150/05, *Van Straaten*, non encore publiée au *Recueil*.

(11) C.J.C.E., 28 septembre 2006, aff. C-467/04, *Gasparini et autres*, non encore publiée au *Recueil*.

(12) *Van Straaten*, *op. cit.*

(13) *J.O.*, 2004, L 158/77 et L 229/35. Voy. J.-Y. Carlier, « Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne - Regard sur la directive 2004/38 », *C.D.E.*, 2006, p. 13.

(14) C.J.C.E., 23 mars 2006, aff. C-408/03, *Commission c. Belgique, Rec.*, p. I-2647, *J.T.D.E.*, 2006, p. 151; C.J.C.E., 19 octobre 2004, aff. C-200/02, *Chen, Rec.*, p. I-9925.

(15) C.J.C.E., 18 juillet 2006, aff. C-406/04, *De Cuyper*, non encore publiée, dispositif. Pour un commen-

tions de chômage avec effet rétroactif. Le tribunal du travail s'interroge : la condition de résidence habituelle en Belgique, imposée par la réglementation relative au chômage (16) n'est-elle pas une entrave disproportionnée à la liberté de circulation et de séjour reconnue à tout citoyen? Pour répondre par la négative, la Cour rappelle que le droit de séjour du citoyen européen sur le territoire des Etats membres « n'est pas inconditionnel » (point 36). Utilisant le principe de proportionnalité, la Cour considère que la condition de résidence poursuit l'objectif légitime « de contrôler la situation professionnelle et familiale des chômeurs » (point 41) par des moyens proportionnés. La Cour estime que le moyen est efficace et nécessaire, l'intéressé n'établissant pas qu'il y aurait d'autres moyens, car l'efficacité des mécanismes de contrôles « repose, dans une large mesure, sur le caractère inopiné du contrôle et sur la possibilité que celui-ci soit effectué sur place » (point 45). En d'autres termes, le test d'interchangeabilité permettant de mesurer le seuil de nécessité de la mesure n'est pas franchi.

10. — Dans l'affaire *Tas*, répondant à une question préjudicielle du Centrale Raad van Beroep des Pays-Bas, la Cour estime que le même droit de séjour reconnu au citoyen par l'article 18 CE « s'oppose à une réglementation ... [qui] ... refuse ... une prestation pour les victimes civiles de guerre au seul motif que ... l'intéressé était domicilié ... sur [le territoire] d'un autre Etat membre » (17). Ayant vécu dans les Indes néerlandaises pendant l'occupation japonaise, M. et Mme *Tas* sollicitent le bénéfice d'une allocation accordée aux victimes civiles de guerre. Ils remplissent les conditions d'invalidité et de nationalité requises, mais pas la condition de territorialité, ayant, au moment de la demande, leur domicile en Espagne. Avec quelques références à l'arrêt *De Cuyper*, la Cour applique le principe de proportionnalité. Elle admet que le critère de résidence habituelle aux Pays-Bas poursuit l'objectif légitime « de circonscrire l'obligation de solidarité à l'égard des victimes civiles de guerre aux seules personnes qui ont eu un lien avec le peuple néerlandais durant et après la guerre » en manière telle que « la condition de résidence serait ... une manifestation du degré de rattachement de celles-ci à cette société » (point 34). Tout en rappelant que « les Etats ont une large marge d'appréciation » (point 36), la Cour conteste l'efficacité du moyen, estimant qu'un tel critère de résidence au moment de la demande n'est pas « un moyen apte à atteindre l'objectif poursuivi » (point 37), dans la mesure où il n'est pas « suffisamment indicatif du degré de rattachement du demandeur à la société qui lui témoigne ainsi sa solidarité » (point 39) (18).

11. — Dans les deux affaires, *De Cuyper* et *Tas*, la Cour affirme clairement que l'exercice

taire des arrêts *De Cuyper* et *Tas*, voy. A. Jaume, *JTT*, 2007, p. 69.

(16) Arrêté royal du 25 novembre 1991, article 66, *M.B.*, 31 décembre 1991, modifié en 1995 et en 2002, *M.B.*, 8 décembre 1995 et 11 juin 2002.

(17) C.J.C.E., 26 octobre 2006, aff. C-192/05, *Tas*, non encore publiée.

(18) L'affaire peut être rapprochée de C.J.C.E., 16 septembre 2004, aff. C-386/02, *Baldinger*, *Rec.*, 2004, p. I-8411, *J.T.D.E.*, 2005, p. 78, n° 28. Toutefois, *Baldinger* perd sa pension de prisonnier de guerre en raison de la perte de sa nationalité autrichienne non du seul fait de sa résidence en Suède.

de droits sociaux liés à la citoyenneté européenne peut en principe être conditionné par un critère de proximité. Il n'est rien là de très neuf après les arrêts *Grzelczyk* (2001), *D'Hoop* (2002), *Collins* (2004), *Trojani* (2004) et *Bidar* (2005) examinés dans les chroniques des années concernées (19). Toutefois, les solutions opposées retenues par la Cour en 2006 dans *De Cuyper* et *Tas* montrent les difficultés pour les autorités concernées des Etats membres de mesurer leur marge d'appréciation de ce critère de proximité au regard du principe de proportionnalité. Tout paraît cas d'espèce, appréciable *in concreto*. Ainsi, dans *De Cuyper*, la Cour souligne « que le contrôle à mener en matière d'allocations de chômage présente une spécificité qui justifie l'instauration de mécanismes plus contraignants que ceux imposés à l'occasion du contrôle concernant d'autres prestations » (pt 45). Cela justifie-t-il pour autant un critère de résidence lorsqu'il y va d'un chômeur qui ne doit plus être disponible sur le marché de l'emploi? Concrètement, quelle serait la conséquence de l'arrêt *De Cuyper*, sinon d'inviter l'intéressé à s'adresser aux autorités françaises compétentes, pour bénéficier d'une assistance sociale sur la base de la jurisprudence *Trojani* précitée, qui concernait un « sans domicile fixe » français en Belgique? C'est effectivement alors une solidarité de résidence qui se substitue à la solidarité nationale. Il y aurait là de quoi alimenter les débats sur la régionalisation du système de sécurité sociale dans les Etats membres de nature fédérale, comme la Belgique. Cette citoyenneté de résidence n'est pas en soi condamnable mais impose de mesurer les portes qu'elle ouvre, particulièrement lorsque, la même année, elle s'étend des droits sociaux aux droits politiques, ce qui est plus neuf.

2° Droits politiques (Espagne c. Royaume-Uni, Eman)

12. — Le champ d'application territorial du droit communautaire réserve quelques surprises lorsqu'il concerne des situations particulières héritées de l'histoire, comme le statut de Gibraltar cédé par le roi d'Espagne à la couronne britannique en 1710 et Aruba, île des Antilles néerlandaises considérée comme territoire d'outre-mer visé à l'article 299 CE (20). Deux arrêts prononcés le même jour, en grande chambre, concernent les élections pour le Parlement européen dans ces territoires.

13. — L'affaire *Espagne contre Royaume-Uni* (21) concerne les élections européennes à Gibraltar à la suite de l'arrêt *Matthews* de la Cour européenne des droits de l'homme (22). Dans cette affaire, la Cour de Strasbourg avait condamné le Royaume-Uni pour violation de

l'article 3 du protocole 1 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoyant l'obligation pour les Etats d'organiser des élections libres, alors que les élections de 1994 au Parlement européen n'avaient pas été organisées à Gibraltar. Invité de la sorte à remplir ses obligations, le Royaume-Uni a adopté, en 2003, l'European Parliament Representation Act (EPRA). Gibraltar est rattaché à une circonscription anglaise et le droit de vote y est accordé, comme en Angleterre, non seulement aux citoyens européens, mais aussi aux citoyens du Commonwealth remplissant certains critères (Qualifying Commonwealth Citizen - QCC). Estimant cet élargissement du droit de vote au-delà du citoyen européen contraire aux articles 17, 19, 189 et 190 du Traité CE, l'Espagne a introduit une procédure en manquement. La Commission européenne a soutenu le point de vue du Royaume-Uni, considérant que, à défaut de précisions dans le Traité, chaque Etat pouvait déterminer les bénéficiaires du droit de vote aux élections du Parlement européen. La Cour suit ce point de vue et rejette le recours. Ce faisant, la Cour fait une interprétation littérale identique des deux paragraphes de l'article 19 CE. Le premier concerne les élections municipales. Le second concerne les élections européennes. Les deux paragraphes prévoient que le droit de vote et d'éligibilité est ouvert à « tout citoyen de l'Union résidant dans un Etat membre dont il n'est pas ressortissant ». Différents pays, dont l'Espagne et la Belgique, ont élargi le droit de vote aux élections municipales aux étrangers ressortissants d'Etats tiers résidents de longue durée. Pour des motifs historiques développés dans l'arrêt et pour des motifs politiques moins avouables destinés à s'assurer une majorité anglophone à Gibraltar, le Royaume-Uni estime pouvoir opérer le même élargissement dans le cadre des élections européennes. La Cour suit ce point de vue : l'obligation d'ouvrir le droit de vote aux citoyens européens n'exclut pas la possibilité de l'élargir à d'autres personnes. Au travers de ce constat, la Cour précise toutefois deux conditions à cet élargissement. D'une part, elle constate que cet élargissement est fait non seulement pour Gibraltar mais, dans les mêmes conditions, pour l'ensemble du Royaume-Uni, posant ainsi un critère de territorialité nationale. D'autre part, elle constate que les citoyens du Commonwealth ont « un lien étroit » avec l'Etat qui pratique l'élargissement, posant un critère de proximité.

Même assortie de ces deux critères de territorialité et de proximité, l'extension du droit de vote au-delà du citoyen européen ne paraît pas évidente s'agissant d'élections européennes. Il est certain que cet élargissement emporte des conséquences plus importantes pour les autres Etats membres. Ces conséquences sont plus « communautaires » que celles qui résultent de l'élargissement à l'occasion d'élections municipales. L'on pourrait s'attendre à ce que cet élargissement soit subordonné à l'accord des autres Etats membres en la forme d'un texte de droit dérivé. De façon peu satisfaisante, la Cour répond que le nombre de représentants élus dans chaque Etat membre étant fixé, l'extension du droit de vote « n'affecte que le choix de représentants élus dans cet Etat membre et n'a d'incidence ni sur le choix ni sur le nombre des représentants élus dans les autres Etats membres », feignant d'oublier que cette extension peut affecter considérablement la

(19) C.J.C.E., 20 septembre 2001, aff. C-1284/99, *Grzelczyk*, *Rec.*, 2001, p. I-6193; 11 juillet 2002, aff. C-224/98, *D'Hoop*, *Rec.*, 2002, p. I-6191; 23 mars 2004, aff. C-138/02, *Collins*, *Rec.*, 2004, p. I-2703; 7 septembre 2004, aff. C-456/02, *Trojani*, *Rec.*, 2004, p. I-7573; 15 mars 2005, aff. C-209/03, *Bidar*, *Rec.*, 2005, p. I-2119.

(20) Aruba et les Antilles néerlandaises sont reprises à l'annexe II du Traité CE intitulée « Pays et territoires d'outre-mer ». Depuis 1986, Aruba a été dotée d'un statut spécial par les Pays-Bas qui avaient annoncé son indépendance dans les dix ans.

(21) C.J.C.E., 12 septembre 2006, aff. C-145/04, *Espagne c. Royaume-Uni*, non encore publiée.

(22) C.E.D.H., 18 février 1999, *Matthews c. Royaume-Uni*; voy. G. Cohen-Jonathan et J.-Fr. Flauss, « A propos de l'arrêt *Matthews c. Royaume-Uni* », *R.T.D.E.*, 1999, p. 637.

composition sociologique et politique du Parlement européen, particulièrement lorsqu'il s'agit d'un grand Etat membre.

Paradoxalement, dans une affaire *Kaur* (23), le Royaume-Uni avait affirmé et obtenu, en 2001, que le droit de séjour, également reconnu au citoyen européen, ne soit pas étendu, au Royaume-Uni, à la même catégorie des *overseas citizens*, considérant que, chaque Etat déterminant souverainement quels sont ses nationaux, il lui revient à lui seul, et non au droit communautaire, de dire quels sont ceux qui, parmi ses citoyens, ont une nationalité qui leur permet d'accéder à la citoyenneté européenne. La Cour considère que ce choix, qu'elle avait avalisé, « vise le champ d'application des dispositions du Traité CE faisant référence à la notion de "ressortissant", telles les dispositions relatives à la libre circulation des personnes, en cause dans l'affaire ... [*Kaur*], et non l'ensemble des dispositions du Traité » (point 75). En d'autres termes, l'Etat est en mesure de choisir le champ d'application personnel, mais aussi le champ d'application matériel, de l'exercice des droits liés à la citoyenneté, sous réserve du critère de proximité (24).

14. — Le même enseignement peut se déduire *a contrario* de l'arrêt *Eman* (25). Des Néerlandais résidant à Aruba n'ont pas bénéficié du droit de vote aux élections européennes de 2004. Ayant saisi la Cour, ils ont tenté d'obtenir la procédure accélérée en vue d'éviter que le même problème ne se pose à l'occasion du référendum sur le Traité établissant une Constitution. Cette demande a été rejetée à deux reprises en 2004 et en 2005 (26). Toutefois, en 2006, ils ont obtenu gain de cause sur le fond et droit à réparation. Si la Cour reconnaît, comme dans l'arrêt relatif à Gibraltar, prononcé le même jour, que « rien ne s'oppose à ce que les Etats membres définissent, dans le respect du droit communautaire, les conditions du droit de vote et d'éligibilité aux élections du Parlement européen par référence au critère de la résidence », les critères choisis ne peuvent toutefois être discriminatoires. Or, le critère de résidence sur le territoire des Pays-Bas, exigé des Néerlandais résidant à Aruba, est discriminatoire, dès lors que les Néerlandais résidant dans des Etats tiers bénéficient du droit de vote.

Constatant une discrimination, la Cour applique un principe de proportionnalité plus stricte, faisant peser la charge de la preuve sur l'auteur de la discrimination et constate que, malgré la marge d'appréciation dont dispose le législateur des Pays-Bas, « le gouver-

nement néerlandais n'a pas suffisamment démontré que la différence de traitement relevée entre les Néerlandais résidant dans un pays tiers et ceux résidant aux Antilles néerlandaises ou à Aruba est objectivement justifiée et ne constitue dès lors pas une violation du principe d'égalité de traitement » (point 60).

15. — Toutes ces affaires relatives à la citoyenneté européenne portent la marque de la formule *Grzelczyk* (2001), de la citoyenneté comme « statut fondamental » même si celle-ci n'est citée que dans l'arrêt relatif à Gibraltar pour y ajouter que « ce constat n'a pas nécessairement pour conséquence que les droits reconnus par le Traité seraient réservés aux citoyens de l'Union » (point 74). Il peut se déduire de ces jurisprudences que l'Etat dispose d'une large marge d'appréciation quant à l'étendue qu'il accorde à l'exercice des droits liés à la citoyenneté tant pour ses ressortissants qui résident en dehors du territoire national (*De Cuyper, Tas, Eman*) que pour des étrangers qui résident sur son territoire (*Espagne c. Royaume-Uni*). Cette marge d'appréciation s'étend à diverses catégories de droits, comme, dans les arrêts de 2006, les droits sociaux et politiques. Toutefois, cette marge d'appréciation est encadrée par le principe de proximité, sous forme des critères de résidence habituelle et de lien étroit, et par le principe de proportionnalité, dont l'examen sera plus strict lorsqu'il porte sur un traitement discriminatoire. Il se déduit également de l'ensemble de ces jurisprudences que si l'accès à la citoyenneté demeure conditionné par la nationalité (article 17 CE), l'exercice des droits liés à la citoyenneté repose de plus en plus sur un critère de résidence, non seulement pour les ressortissants d'Etats membres mais aussi pour les étrangers ressortissants d'Etats tiers. Lorsque le droit de vote aux élections européennes est reconnu à certains ressortissants d'Etats tiers sur la base d'un critère de lien étroit, c'est la définition même du citoyen européen qui mérite d'être questionnée, comme le laissait déjà supposer la création d'un statut d'étranger résident de longue durée ouvrant, après cinq ans de résidence dans un Etat membre, le droit à la liberté de circulation. Sous peine de vider la citoyenneté européenne liée à la nationalité d'un Etat membre de tout contenu propre, il faudra peut-être définir le citoyen européen comme « toute personne résidant régulièrement depuis plus de cinq ans sur le territoire de l'Union ».

B. — Droits fondamentaux

16. — Les arrêts de 2006 relatifs aux droits fondamentaux n'entrent pas dans le domaine de la libre circulation des personnes au sens strict. Ils méritent toutefois d'être mentionnés dans la mesure où ils concernent la condition des personnes au sens large et pourraient également s'appliquer au migrant, comme au sédentaire. On peut distinguer deux catégories d'affaires. Les unes ont trait à la lutte contre le terrorisme à la suite du 11 septembre 2001 (1^o), les autres concernent le principe d'égalité (2^o).

1^o Lutte contre le terrorisme (Parlement c. Conseil, Modjahedines du peuple)

17. — L'affaire *Parlement c. Conseil*, bien que ne concernant pas directement la liberté de circulation interne à l'Union, concerne la cir-

culcation internationale en avion (27). A la suite des attentats du 11 septembre 2001, les Etats-Unis d'Amérique ont adopté une législation disposant que les transporteurs aériens desservant les Etats-Unis étaient tenus de fournir aux autorités douanières des Etats-Unis un accès électronique aux données contenues dans leurs systèmes automatiques de réservation et de contrôle des départs, désignées par les termes « Passenger Name Records » (PNR). A la suite de négociations entre les Etats-Unis et la Commission européenne, deux décisions ont été adoptées en mai 2004, permettant le traitement et le transfert des données PNR (28). Le Parlement européen, estimant que la décision de la Commission excède ses pouvoirs et que la décision du Conseil ne respect pas les droits fondamentaux, principalement en matière de respect des données à caractère privé, a introduit deux recours en annulation. La Cour annule les deux décisions : celle de la Commission pour excès de pouvoir, celle du Conseil pour base juridique incorrecte. Elle ne doit donc pas se prononcer sur la violation des droits fondamentaux. La Cour estime que la décision du Conseil ne peut être fondée sur l'article 95 CE relatif au marché intérieur. Le transfert des données PNR relève de la sécurité publique et du droit pénal (points 56 et 57). A l'inverse de l'affaire relative aux clauses pénales en matière d'environnement (29), la matière relève du troisième pilier, non du premier. Mais, dans les deux hypothèses, le raisonnement de la Cour est le même : c'est elle qui détermine le champ de compétence.

18. — Dans la décision *Modjahedines du peuple*, le T.P.I. annule une décision du Conseil ayant inscrit cette organisation sur la liste des personnes et groupes terroristes dont les fonds peuvent être gelés (30). S'agissant de la demande en annulation d'une position commune, fondée sur le Traité UE, le Tribunal la déclare en partie irrecevable et en partie non fondée. Ce faisant, comme *a contrario* dans l'arrêt de la Cour précité relatif au transfert de coordonnées des passagers aériens, la juridiction détermine elle-même son champ de compétence car « les juridictions communautaires sont compétentes pour procéder à l'examen du contenu d'un acte adopté dans le cadre du Traité UE afin de vérifier si cet acte n'affecte pas les compétences de la Communauté et pour l'annuler s'il devait apparaître qu'il aurait dû être fondé sur une disposition du Traité CE » (31). S'agissant de la décision précise de gel de fonds, la demande est jugée recevable et fondée. Le Tribunal

(23) C.J.C.E., 20 février 2001, aff. C-192/99, *Kaur*, Rec., 2001, p. I-1237.

(24) En ses conclusions, l'avocat général Tizzano avait proposé de faire droit au point de vue contraire de l'Espagne, mais pour des motifs étrangers à la citoyenneté. L'avocat général marquait son accord avec la possible extension du droit de vote au-delà des seuls citoyens européens mais estimait qu'en l'espèce, s'agissant de Gibraltar, cette extension ne respectait pas l'Acte de 1976 portant élection des représentants à l'Assemblée au suffrage universel (décision 76/787 du 20 septembre 1976; J.O., 1976, L 278/1, modifiée par la décision 2002/772, J.O., 2002, L 283/1). L'annexe II de l'acte de 1976 précise que : « Le Royaume-Uni appliquera les dispositions du présent acte uniquement en ce qui concerne le Royaume-Uni ».

(25) C.J.C.E., 12 septembre 2006, aff. C-300/04, *Eman et Sevinger*, non encore publiée.

(26) C.J.C.E., 23 août 2004, aff. C-300/04, *Eman*, et 18 mars 2005, aff. C-300/04, *Eman*, ordonnances non publiées, voy. J.T.D.E., 2006, p. 79, n^o 14.

(27) C.J.C.E., 30 mai 2006, aff. jointes C-317/04 et C-318/04, *Parlement, Rec.*, 2006, p. I-4721.

(28) Décision 2004/535 de la Commission, du 14 mai 2004 relative au niveau de protection adéquat des données à caractère personnel contenues dans les dossiers des passagers aériens transférés au Bureau des douanes et de la protection des frontières des Etats-Unis d'Amérique, J.O., 2004, L 235/11. Décision 2004/496 du Conseil du 17 mai 2004, concernant la conclusion d'un accord entre la Communauté européenne et les Etats-Unis d'Amérique, sur le traitement et le transfert des données PNR par les transporteurs aériens au Bureau des douanes et de la protection des frontières du ministère américain de la sécurité intérieure, J.O., 2004, L 183/83 et 2005, L 255/168.

(29) C.J.C.E., 13 septembre 2005, aff. C-176/03, *Commission et Parlement c. Conseil, Rec.*, 2005, p. I-7879.

(30) T.P.I., 12 décembre 2006, aff. T-228/02, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran c. Conseil*, non encore publiée.

(31) Point 56 de la décision du T.P.I.; voy. déjà, 12 mai 1998, aff. C-170/96, *Commission c. Conseil*, dite aff. des *Visas de transit aéroportuaire, Rec.*, 1998, p. I-2763, points 16 et 17.

procède à un examen de la recherche d'un « juste équilibre entre les exigences de la lutte contre le terrorisme international et la protection des droits fondamentaux » (point 155). Prolongeant des jurisprudences antérieures, l'examen porte sur le respect des droits de la défense, l'obligation de motivation et l'existence d'une protection juridictionnelle effective (32). S'agissant de la protection juridictionnelle effective, le Tribunal fait expressément référence à la directive 2004/38 relative au droit de séjour des citoyens en ses dispositions concernant l'exception d'ordre public (point 157, visant l'article 31). « En conclusion, le Tribunal constate que la décision attaquée n'est pas motivée et qu'elle a été adoptée dans le cadre d'une procédure au cours de laquelle les droits de la défense ... n'ont pas été respectés [et qu'il] n'est pas en mesure, même à ce stade de la procédure, de procéder au contrôle juridictionnel de la légalité de cette décision » (point 173) (33).

2° Egalité

(Richards, Commission c. Autriche et c. Allemagne, Chacón Navas)

19. — L'arrêt *Richards* concerne le domaine, devenu classique, de l'égalité des sexes (34). La Cour poursuit la reconnaissance de droits « qui trouvent leur origine dans le changement de sexe » (point 24). Prolongeant l'arrêt *K.B.* (35), la Cour reconnaît à une transsexuelle le droit de bénéficier, en qualité de femme, de la pension de retraite à l'âge fixé pour les femmes lorsque, comme au Royaume-Uni, celui-ci est différent (soixante ans) de celui fixé pour les hommes (soixante-cinq ans). La directive 2006/54 du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail prend acte de ces évolutions, pratiquant une sorte de refonte des textes et de la jurisprudence relative à l'égalité des sexes comme la directive 2004/38 l'a fait pour la libre circulation (36).

20. — L'Autriche et l'Allemagne sont condamnées en manquement pour non-transposition de la directive 2000/78 portant créa-

tion d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi (37). L'Allemagne obtient un délai pour la transposition des mesures relatives aux discriminations en raison de l'âge. L'on sait toutefois que celles-ci sont déjà condamnables, la Cour ayant, en 2005, dans la jurisprudence *Mangold*, élevé le principe de non-discrimination en raison de l'âge au rang de principe général de droit communautaire (38).

21. — Dans *Chacón Navas* (39), en application de la même directive, la Cour apporte des précisions sur la notion de handicap. Celle-ci, « doit être entendue comme visant une limitation résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entraînant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle » (point 43). La maladie, en général, n'est pas un handicap et ne peut être ajoutée aux critères énumérés par la directive 2000/78. En conséquence, un licenciement pour cause de maladie ne relève pas du cadre de la directive 2000/78.

C. — Libre circulation

22. — De nombreuses décisions concernent encore la libre circulation classique des travailleurs. Elles permettent d'apporter différentes précisions sur des questions générales (1°) ou sur l'exercice du droit social et fiscal (2°).

1° Généralités

(Commission c. Luxembourg, Jia, Commission c. Espagne, Commission c. Allemagne, Commission c. Italie)

23. — Si besoin en était, la Cour, saisie en interprétation de l'article 39 CE relatif à la libre circulation des travailleurs par la cour d'appel d'Anvers, rappelle les règles de base de la question préjudicielle et constate que : « en premier lieu, la juridiction de renvoi ne définit pas suffisamment le cadre factuel dans lequel s'insère la demande de décision préjudicielle ..., en deuxième lieu, ladite juridiction ne donne aucune indication sur le contenu de la réglementation nationale ... [et] en troisième lieu ... ne mentionne pas les raisons qui l'ont conduite à s'interroger sur l'interprétation du droit communautaire ». Ces trois mauvais points amènent la Cour à juger la question irrecevable (40).

En matière d'établissement des avocats, la Cour condamne la législation luxembourgeoise qui tend à limiter l'exercice permanent au Luxembourg de la profession d'avocat par des ressortissants d'autres Etats (41). Des contrôles préalables, notamment de connaissance linguistique, sont jugés contraires à la directive 98/5 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un

Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise (42).

24. — Le champ d'application personnel de la libre circulation des personnes a fait l'objet de divers élargissements, parmi lesquels des élargissements latéraux aux membres de la famille, quelle que soit leur nationalité, qui accompagnent le travailleur. La notion d'accompagnement est ici utilisée à dessein. Faut-il que le membre de la famille étranger qui accompagne le travailleur communautaire ait au préalable séjourné régulièrement avec lui dans un autre Etat membre ou peut-il rejoindre le travailleur européen résident dans un autre Etat membre en venant directement de son Etat tiers d'origine? La question, fondée sur une ancienne directive, demeure pertinente, dans la mesure où l'actuelle directive 2004/38 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres prévoit que « le droit de séjour ... s'étend aux membres de la famille n'ayant pas la nationalité d'un Etat membre lorsqu'ils accompagnent ou rejoignent dans l'Etat membre d'accueil le citoyen de l'Union » (43). L'arrêt *Jia* répond à cette question. Il est examiné ici, bien que prononcé début janvier 2007 (44). Mme Jia est la maman d'un Chinois vivant en Suède avec une épouse allemande qui y exerce une activité non salariée. Pour des motifs d'illégalité du séjour et d'absence de dépendance économique, la Suède refuse le séjour de madame Jia, au-delà du séjour touristique. Relatif à l'établissement, l'enseignement de l'arrêt *Jia* peut toutefois s'étendre au membre de la famille d'un salarié ou de tout citoyen. Une première question concerne la légalité du séjour. Faut-il « que ce membre de la famille ait, au préalable, séjourné légalement dans un autre Etat membre »? (point 25). L'hésitation provient de l'apparente contradiction entre les jurisprudences *Akrich* (45) et la jurisprudence *Mrax* (46). Alors qu'en 2002, dans *Mrax*, la Cour avait jugé que l'exigence de visa dans le chef du membre de la famille pouvait constituer une atteinte disproportionnée au respect de la vie familiale, en 2003, dans *Akrich*, la Cour avait considéré que l'installation de M. Akrich, ressortissant d'un Etat tiers, avec son épouse anglaise en Irlande, ne suffisait pas à légaliser *a posteriori* un séjour au Royaume-Uni par retour dans ce pays après usage, par son épouse, de la libre circulation. A raison, la Cour interprète strictement l'arrêt *Akrich*, constatant que les faits sont différents dans *Jia* car « il n'est pas reproché au membre de la famille en question de séjourner illégalement dans un Etat membre ni de chercher à se soustraire abusivement à l'emprise d'une réglementation nationale en matière d'immigration » (point 31). En conséquence, « le droit communautaire ... n'impose pas aux Etats membres de soumettre l'octroi d'un droit de séjour à un ressortissant de pays tiers, membre de la famille d'un resor-

(32) T.P.I., 7 juin 2004, aff. T-338/02, *Segi, Rec.*, 2004, p. II-1647; 21 septembre 2005, aff. T-306/01, *Yusuf, Rec.*, 2005, p. II-3533 et aff. T-315/01, *Kadi, Rec.*, 2005, p. II-3649, ces deux affaires font l'objet d'un pourvoi devant la Cour C-402/05P et C-415/05P; 18 novembre 2005, aff. T-299/04, *Selmani*, non encore publiée.

(33) Sur l'ensemble de ces questions, dans la doctrine en 2006, voy. notamment H. Labayle, « L'ouverture de la jarre de Pandore, réflexions sur la compétence de la Communauté en matière pénale (commentaire de l'arrêt de la Cour du 13 septembre 2005, en matière environnementale), *C.D.E.*, 2006, p. 379; Sur le même arrêt, note de C. Haguenu-Moizard, in *R.T.D.E.*, 2006, p. 369 et de C. Moal-Nuyts, in *R.D.I.D.C.*, 2006, p. 249; P. Stangos et G. Gryllos, « Le droit communautaire à l'épreuve des réalités du droit international : leçons tirées de la jurisprudence communautaire récente relevant de la lutte contre le terrorisme international », *C.D.E.*, 2006, p. 429; A. Adam, « L'échange de données à caractère personnel entre l'Union européenne et les Etats-Unis », *R.T.D.E.*, 2006, p. 411; N. Angelet et A. Weerts, « La mise en œuvre par la Communauté européenne des mesures adoptées par les Nations-Unies en matière de lutte contre le financement du terrorisme », *J.T.D.E.*, 2006, p. 73.

(34) C.J.C.E., 27 avril 2006, aff. C-423/04, *Richards, Rec.*, 2006, p. I-3585.

(35) C.J.C.E., 7 janvier 2004, aff. C-117/01, *K.B., Rec.*, 2004, p. I-541.

(36) *J.O.*, 2006, L 204/23, mise en œuvre pour le 15 août 2008, abrogation, avec effet au 15 août 2009 des directives 75/117, 76/207, 86/378 et 97/80.

(37) C.J.C.E., 23 février 2006, aff. C-43/05, *Allemagne, Rec.*, 2006, p. I-33* et aff. C-133/05, *Commission c. Autriche, Rec.*, 2006, p. I-36*.

(38) C.J.C.E., 22 novembre 2005, aff. C-144/04, *Mangold, Rec.*, 2005, I-9981. Sur l'égalité en général, voy. D. Martin, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

(39) C.J.C.E., 11 juillet 2006, aff. C-13/05, *Chacón Navas*, non encore publiée.

(40) C.J.C.E., 6 octobre 2006, aff. C-436/05, *De Graaf*, non encore publiée. La question portait sur la contestation par un travailleur frontalier belge, résident en Belgique et travaillant aux Pays-Bas, de sa soumission à la contribution complémentaire de crise.

(41) C.J.C.E., 19 septembre 2006, aff. C-193/05, *Commission des Communautés européennes c. Grand-duché du Luxembourg*, non encore publiée.

(42) *J.O.*, 1998, L 77/36.

(43) Article 7, § 2, italiques ajoutées. Le commentaire de cette disposition dans l'exposé des motifs de la proposition de directive, précisait simplement « accompagner, au sens large du terme » (COM (2001) 0257 final article 7, § 2).

(44) C.J.C.E., 9 janvier 2007, aff. C-1/05, *Jia*, non encore publiée.

(45) C.J.C.E., 23 septembre 2003, aff. C-109/01, *Akrich, Rec.*, 2003, p. I-9607, *J.T.D.E.*, 2004, p. 78, point 12.

(46) C.J.C.E., 25 juillet 2002, aff. C-459/99, *Mrax, Rec.*, 2002, p. I-6591.

tissant communautaire ayant fait usage de sa liberté de circulation, à la condition que ce membre de la famille ait, au préalable, séjourné légalement dans un autre Etat membre » (dispositif, point 1). La formule du dispositif demeure toutefois ambiguë. En disant que le droit communautaire n'impose pas un séjour légal préalable, la Cour ne dit pas pour autant qu'il interdit cette condition. La motivation, constatant que « le droit suédois lui-même ne s'oppose pas » n'est pas plus claire (point 31). La Cour laisse la porte ouverte à de nouvelles questions. Une deuxième question concernait la notion de dépendance économique, l'ascendant devant être « à charge » du citoyen comme l'indique encore la directive 2004/38 (article 2, § 2, d). La Cour précise que l'on entend par « être à charge » le fait de « nécessiter de soutien matériel ... afin de subvenir à ses besoins essentiels dans l'Etat d'origine ou de provenance ... au moment de [la] demande » de regroupement familial (dispositif, point 2).

25. — C'est également en citant notamment les arrêts *Akrich* et *Mrax* que la Cour, en formation de grande chambre, condamne l'Espagne en manquement pour avoir refusé l'accès à son territoire à certains membres de la famille de citoyens européens au seul motif qu'ils faisaient l'objet d'une mention dans le système d'information Schengen (SIS) (47). Si l'Espagne estime avoir fait une application normale de la Convention de Schengen, la Cour estime que « force est de constater que la notion d'ordre public au sens ... de la directive [à l'époque 64/221, aujourd'hui 2004/38] ne correspond pas à celle ... de la Convention de Schengen » (point 48). « L'inscription dans le SIS d'un ressortissant d'un Etat tiers conjoint d'un ressortissant d'un Etat membre constitue certes un indice de l'existence d'un motif ... [de refus d'entrée]. Toutefois, cet indice doit être corroboré par des informations permettant ... de constater que la présence de l'intéressé ... constitue une menace réelle, actuelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société » selon la définition classique de l'ordre public (point 53).

26. — Par le même rappel de l'interprétation restrictive de toute limite à la libre circulation des personnes, l'Allemagne est condamnée en manquement pour transposition incorrecte de l'exception d'ordre public (48). L'Italie qui soutenait la Commission dans l'affaire précédente contre l'Allemagne, est également condamnée en manquement pour une interprétation trop large de l'exception fonction publique, en continuant de refuser de prendre « en compte l'expérience professionnelle et l'ancienneté acquises dans l'exercice d'une activité comparable au sien d'une administration publique d'un autre Etat membre » (49), alors même que cette attitude lui est reprochée depuis plus de dix ans à la suite de l'affaire *Scholtz* (50).

27. — A la différence de l'accès au territoire, la Cour accepte plus facilement les limites imposées par un Etat quant à l'accès au mar-

ché du travail pour les membres de la famille ressortissants d'Etats tiers. C'est le cas dans l'affaire *Mattern* (51). Mme Mattern, Luxembourgeoise, et son mari, M. Cikotic, ressortissant d'Etat tiers, résident en Belgique où Madame a suivi un stage d'aide familiale. Le Luxembourg refuse un permis de travail à M. Cikotic, qui y a trouvé un emploi. La Cour accepte ce refus, considérant que l'article 11 du règlement 1612/68 « ne confère pas à un ressortissant d'un Etat tiers le droit d'accéder à une activité salariée dans un Etat membre autre que celui où son conjoint, ressortissant communautaire ayant fait usage de son droit à la libre circulation, exerce ou a exercé une activité salariée » (dispositif). Pour motiver ce point de vue, la Cour précise que l'article 11 du règlement 1612/68 « ne confère aux membres de la famille des travailleurs migrants aucun droit propre à la libre circulation ». Le maintien de cette réponse dans le futur n'est pas certain. Cet article a été abrogé par la directive 2004/38. Certes, l'article 23 de la directive 2004/38 maintient que « les membres de la famille ... qui bénéficient du droit de séjour ... dans un Etat membre, ont le droit d'y entamer une activité lucrative » (italique ajoutée). Toutefois, la directive permet, dans certaines circonstances, l'accès du membre de la famille à un droit propre au séjour et prend en compte le citoyen et non plus le seul travailleur. La même question pourrait, dans le futur, faire l'objet d'une réponse plus nuancée, compte tenu notamment de la durée du séjour et des droits ouverts au ressortissant d'Etat tiers résident de longue durée par la directive 2003/109 (52).

28. — L'élargissement du champ d'application de la libre circulation des personnes concerne également la Roumanie et la Bulgarie depuis le 1^{er} janvier 2007. Comme pour l'élargissement précédent, des mesures transitoires sont prévues afin de limiter la libre circulation des travailleurs salariés (53). Les personnes autres que les travailleurs salariés bénéficient directement de la libre circulation, pour autant qu'elles disposent de moyens de subsistance suffisants. Les travailleurs eux-mêmes bénéficient déjà d'une forme limitée de libre circulation temporaire par le moyen de la libre circulation de service des entreprises (54). On sera d'autant plus at-

tentif aux précisions apportées par la jurisprudence sur la circulation des travailleurs détachés depuis les jurisprudences *Rush Portuguesa* et *Van der Elst* (55). L'Allemagne conditionnait ces prestations de services avec travailleurs détachés par des contrôles préalables à la délivrance d'un visa dit « Van der Elst ». La Cour condamne l'Allemagne en manquement pour violation du droit communautaire « en ne se limitant pas à soumettre le détachement de travailleurs ressortissants d'Etats tiers en vue de l'accomplissement d'une prestation de services sur son territoire à une simple déclaration préalable de l'entreprise, établie dans un autre Etat membre, envisageant de procéder au détachement de tels travailleurs et en exigeant que ces derniers soient employés depuis au moins un an par cette entreprise » (56).

2^o) Droit social et droit fiscal (Chateigner, Federatie Nederlandse Vakbeweging, N., Turpeinen)

29. — D'autres chroniques approfondissent l'incidence de la libre circulation dans les domaines du droit social (57) et du droit fiscal (58). On se contente ici d'informer sur l'existence de quelques arrêts.

30. — Dans le domaine du droit social, deux arrêts prononcés le même jour concernent les allocations parentales pour des agents des Communautés européennes (59). Dans une affaire *Chateigner*, la Cour condamne la législation belge relative au chômage qui « refuse à un ressortissant d'un autre Etat membre le droit aux allocations de chômage au motif que, à la date du dépôt de la demande d'allocations, l'intéressé n'avait pas accompli sur le territoire dudit Etat membre de résidence une période déterminée d'emploi, alors qu'une telle condition n'est pas exigée pour les ressortissants de ce dernier Etat membre » (60).

En matière d'aménagement du temps de travail, en ce compris les congés, deux décisions concernent la directive 93/104 (61) remplacée depuis par la directive 2003/88 (62). Le Royaume-Uni est condamné en manquement pour application incorrecte des périodes minimales de repos journalier et hebdomadaire (63), dix ans après avoir tenté de

(51) C.J.C.E., 30 mars 2006, aff. C-10/05, *Mattern*, Rec., 2006, p. I-3145.

(52) Directive 2003/109 du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, *J.O.*, 2004, L 16/44. La date de transposition de cette directive, venue à échéance le 23 janvier 2006, paraît être passée inaperçue. Au besoin, il faudra apprécier dans quelle mesure la disposition qui crée le statut de résident de longue durée, prévu par la directive pour l'étranger qui réside depuis plus de cinq ans dans un Etat membre, et les droits qui y sont liés, dont la libre circulation, a ou non effet direct.

(53) Annexes VI et VII aux Traités d'adhésion de la Bulgarie et de la Roumanie, *J.O.*, 2005, L 157/104 et 138. La dérogation prévoit des périodes transitoires de deux à cinq ans. Les mesures transitoires qui s'appliquaient à huit des dix nouveaux Etats membres de 2004 (exception faite de Malte et Chypre) ont été totalement levées par sept anciens Etats (dans l'ordre chronologique : Royaume-Uni, Irlande, Suède, Espagne, Finlande, Grèce, Portugal et Italie) et partiellement, selon les emplois, par quatre Etats (Belgique, France, Luxembourg, Portugal). A l'égard de la Bulgarie et de la Roumanie, six Etats membres ont annoncé qu'ils n'appliqueraient pas de mesure transitoire (Tchéquie, Estonie, Finlande, Lettonie, Slovaquie, Suède). L'Italie examine cette possibilité compte tenu d'une présence importante de travailleurs roumains.

(54) Pour l'Allemagne et l'Autriche, même la libre circulation des services sera refusée dans certains secteurs (construction, horticulture...).

(55) C.J.C.E., 27 mars 1990, aff. C-113/89, *Rush Portuguesa*, Rec., 1990, p. I-1417 et 9 août 1994, aff. C-43/93, *Van der Elst*, Rec., 1994, p. I-3803.

(56) C.J.C.E., 19 janvier 2006, aff. C-244/04, *Commission c. Allemagne*, Rec., 2006, p. I-885.

(57) P. Rodière, « Droit social, libre circulation et citoyenneté européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice », *R.T.D.E.*, 2006, p. 163.

(58) E. Traversa, « Chronique de droit fiscal communautaire (1^{er} mars 2005-28 février 2006) », *J.T.D.E.*, 2006, p. 161; D. Berlin, « Jurisprudence fiscale européenne (1^{er} janvier 2004-31 décembre 2005) », *R.T.D.E.*, 2006, p. 329.

(59) C.J.C.E., 16 février 2006, aff. C-137/04, *Rockler* et C-185/04, *Öberg*, Rec., 2006, pp. I-1441 et I-1453.

(60) C.J.C.E., 9 novembre 2006, aff. C-346/05, *Chateigner*, non encore publiée, dispositif. La Cour de cassation de Belgique avait déjà considéré, à propos d'un étranger ressortissant d'Etat tiers (Congolais), que la disposition concernée relative au chômage introduisait une discrimination entre Belges et étrangers par une réglementation (arrêt royal) qui n'est pas une loi, conformément à ce qu'exige la Constitution belge pour porter exception au principe d'égalité entre Belges et étrangers (article 121), Cass., 25 mars 2002, n^o 501009F.

(61) *J.O.*, 1993, L 307.

(62) *J.O.*, 2003, L 299.

(63) C.J.C.E., 7 septembre 2006, aff. C-484/04, *Commission c. Royaume-Uni*, non encore publiée.

(47) C.J.C.E., 31 janvier 2006, aff. C-503/03, *Commission c. Espagne*, Rec., 2006, p. I-1097.

(48) C.J.C.E., 27 avril 2006, aff. C-441/02, *Commission c. Allemagne*, non encore publiée.

(49) C.J.C.E., 26 octobre 2006, aff. C-371/04, *Commission c. Italie*, non encore publiée.

(50) C.J.C.E., 23 février 1994, aff. C-419/92, *Scholtz*, Rec., 1994, p. I-505.

contester la base juridique de la directive (64). S'agissant des congés annuels, après avoir admis le report éventuel du congé annuel en cas de cumul de périodes de congés garantis (65), la Cour s'oppose à la législation hollandaise qui permettrait « que la période minimale de congé annuel payé soit remplacée par une indemnité financière en cas de report sur une année ultérieure », considérant que « la possibilité d'une compensation financière pour le congé annuel minimal reporté créerait une incitation, incompatible avec les objectifs de la directive [de protection de la sécurité et de la santé au travail], à renoncer au congé de repos ou à faire en sorte que le travailleur y renonce » (66). Ces jurisprudences, interprétant le droit dérivé fondé sur la politique sociale, concernent tout travailleur, migrant comme sédentaire.

31. — En revanche, entre fiscalité et droit social, l'affaire *Piatkowski* tranche, une fois de

plus, une situation de double imposition entre les Pays-Bas et la Belgique. M. Piatkowski, ressortissant néerlandais domicilié en Belgique où il est soumis à l'impôt comme travailleur salarié, est également directeur d'une société établie aux Pays-Bas. La Cour estime que le droit communautaire ne s'oppose pas à la législation hollandaise qui intègre dans l'assiette des cotisations sociales les intérêts d'une créance dont l'intéressé est titulaire sur une société détenue en grande part par sa propre société (67).

32. — Dans l'affaire *N.*, le Cour condamne un régime hollandais d'imposition des plus-values lié au transfert de domicile d'un contribuable dans un autre Etat membre (68). Le raisonnement est fondé sur l'atteinte à la liberté d'établissement de N. (article 43 CE), jugeant que cette liberté l'emporte sur la liberté générale de circulation de tout citoyen (article 18 CE). En l'espèce, il semble que le simple changement de domicile privé de N. correspond plus à la circulation du citoyen

qu'à l'établissement pour l'exercice d'une activité économique. La même critique pourrait être opposée à l'arrêt *Ritter-Coulais* (69). A l'inverse, c'est bien au regard de l'article 18 CE que la Cour condamne la législation finlandaise qui taxe davantage la retraite de Madame *Turpeinen* en raison de sa résidence dans un autre Etat membre (70).

3

Accords

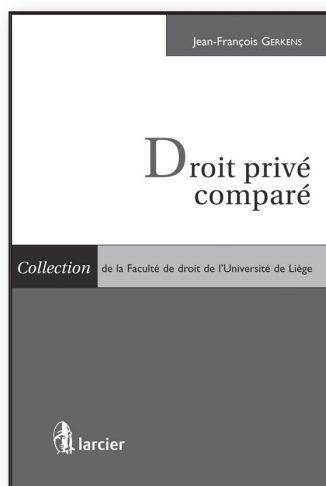
33. — Trois décisions précisent encore certains éléments de l'accord d'association avec la Turquie et de la décision 1/80 du Conseil d'association. Les affaires *Sedef* (71) et *Güzeli* (72) précisent les conditions d'accès au marché de l'emploi, notamment en cas d'interruptions fréquentes. L'affaire *Torun* confirme le maintien du droit de séjour de l'enfant de travailleur migrant turc, lorsqu'il est devenu majeur et remplit les conditions d'accès au marché de l'emploi (73).

34. — L'arrêt *Echouikh* (74) confirme le principe de non-discrimination dans le cadre des accords euro-méditerranéens qui prolongent les accords d'association avec le Maroc, l'Algérie et la Tunisie. En l'espèce, il s'agit du bénéfice de la pension militaire d'invalidité. Cette question, médiatisée en France par le film « Indigènes », avait déjà fait l'objet de décisions d'autres instances et juridictions au regard des droits de l'homme (75). Trop peu connues, toutes ces décisions affirment le droit à une pension, pour les soldats africains ayant servi notamment pendant la Deuxième Guerre mondiale, équivalente à celle des soldats européens. En application des mêmes accords, l'arrêt *Gattoussi* (76), prolongeant l'arrêt *El Yassini* de 1999 (77), précise que bien que ces accords n'ouvrent pas l'accès à la libre circulation et au droit de séjour, un droit de séjour ne peut être limité *a posteriori* si le travailleur, en l'espèce tunisien, dispose encore d'un contrat de travail et d'un permis de travail valable.

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

(69) C.J.C.E., 21 février 2006, aff. C-152/03, *Ritter-Coulais*, Rec., 2006, p. I-1711.
(70) C.J.C.E., 10 janvier 2006, aff. C-230/03, *Turpeinen*, Rec. non encore publiée.
(71) C.J.C.E., 10 janvier 2006, aff. C-230/03, *Sedef*, Rec., 2006, p. I-157.
(72) C.J.C.E., 26 octobre 2006, aff. C-4/05, *Güzeli*, non encore publiée.
(73) C.J.C.E., 16 février 2006, aff. C-502/04, *Torun*, Rec., 2006, p. I-1563.
(74) C.J.C.E., 13 juin 2006, aff. C-336/05, *Echouikh*, non encore publiée.
(75) Comité des droits de l'homme, *Gueye et autres c. France*, (1989), R.U.D.H., 1989, p. 62; C.E. fr., 15 avril 1996, *Doukouré*, Rec., p. 126; C.E. fr., 30 novembre 2001, *Diop*, R.F.D.A., 2002, p. 573.
(76) C.J.C.E., 14 décembre 2006, aff. C-97/05, *Gattoussi*, non encore publiée.
(77) C.J.C.E., 2 mars 1999, aff. C-416/96, *El Yassini*, Rec., 1999, p. I-1209, J.T.D.E., 2000, p. 59, n° 22.

Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège



Droit privé comparé

Jean-François GERKENS, chargé de cours
à l'Université de Liège

Cet ouvrage d'une grande qualité scientifique est un voyage chronologique à travers les différents systèmes juridiques du monde et à travers ses époques.

Éd. 2007 • 16 x 24 cm • ISBN 978-2-8044-2472-5 • 256 p. • 48,00 €



Consultez et commandez sur notre site : www.larcier.com

Informations et commandes

Larcier c/o De Boeck Services sprl • Fond Jean-Pâques 4 • B-1348 Louvain-la-Neuve

☎ (010) 48 25 00 • 📠 (010) 48 25 19 • commande@deboeckservices.com • www.larcier.com