

La libre circulation des personnes dans l'Union européenne

1^{er} janvier - 31 décembre 2005

1. — Il est assez fréquent de critiquer la Cour pour ses errements dans différents domaines du droit communautaire. Deux critiques dominent. L'une souligne l'incohérence de la jurisprudence qui se contente de l'examen au cas par cas, au détriment de l'analyse systémique et de la prévisibilité des solutions. L'autre souligne l'excès de créativité du juge qui se substitue par trop au législateur. Pour partie, ces deux critiques rassurent en ce qu'elles se compensent dans leur opposition : résoudre chaque cas ou dire la règle générale. Ces critiques perdent de vue le rôle premier de tout juge : porter solution au litige qui lui est soumis. Ce rôle limité est renforcé dans la technique préjudicielle, le juge communautaire étant saisi des seuls éléments que lui soumet le juge national. En elle-même, la question montre que l'interprétation du droit communautaire est incertaine, au moins pour le juge qui la pose, et que la réponse sera nécessaire à la solution du litige. En révélant le droit, parfois de façon créatrice, le juge communautaire aide aussi à résoudre le litige. C'est à la doctrine, éventuellement critique, que revient le rôle d'analyse et de recherche de la trame qui traverse la chaîne des arrêts. Les défauts que cette analyse permet de mettre en lumière pourront éventuellement être corrigés à l'occasion d'autres affaires. Le commentateur révèle ainsi le défaut d'interprétation du juge qui, lui, révèle la loi. Une chronique de jurisprudence n'y participe que modestement, son rôle premier étant d'informer sur le contenu des jugements.

En 2005, en matière de libre circulation des personnes, la tendance est contrastée. La citoyenneté comme statut fondamental s'impose, mais elle le fait souvent de manière incantatoire, fil rouge sur un tissu bigarré. Les conséquences de ce statut fondamental demeurent floues, pour le citoyen comme pour l'observateur, particulièrement au regard du principe d'égalité. En formation de grande chambre, la Cour affirme avec force la prééminence du principe de non-discrimination à raison de la nationalité pour octroyer une bourse d'étude à un étudiant (*Bidar*) ou la non-discrimination à raison de l'âge, comme illustration d'un principe général du droit communautaire, pour condamner la possibilité de l'engagement de personnes âgées pour des contrats à durée déterminée (*Mangold*), alors qu'elle admet, toujours en grande chambre, qu'un traitement différencié, en matière de déductibilité fiscale d'une pension alimentaire versée dans un autre Etat membre, n'est pas discriminatoire en ce qu'il résulte de la disparité des législations nationales concernées (*Schempp*). Faits, causes et domaines sont certes différents, mais la personne concernée demeure ce citoyen au « statut fondamental », dont les jurisprudences futures permettront peut-être de mieux cerner les contours.

Le plan de la chronique maintient une division tripartite entre 1) l'entrée qui concerne le contrôle des frontières extérieures et l'immigra-

tion, 2) le séjour qui concerne la libre circulation interne et 3) les accords avec des Etats tiers à l'Union, partie réservée cette année à la jurisprudence relative à l'accord d'association avec la Turquie.

1

Entrée et immigration

2. — Alors qu'en 2004 le Conseil s'était empressé d'adopter plusieurs textes relatifs à la politique d'immigration et d'asile, dans le cadre du titre IV du Traité CE, avant l'échéance du 31 décembre 2004, en 2005, l'actualité dominante n'est pas législative mais politique, par l'adoption de programmes (A), et judiciaire, par les recours (B) relatifs aux textes déjà adoptés dans la politique d'immigration et d'asile (1).

A. — Programmes d'action

3. — Sur la base du programme de La Haye, adopté par le Conseil européen des 4 et 5 novembre 2004, comportant des priorités pour les années 2005-2009, afin de renforcer l'espace de liberté, de sécurité et de justice (2), la Commission européenne a adopté, après de larges consultations ayant conduit à l'adoption d'un *Livre vert* (3) et d'un plan d'action (4), le 21 décembre 2005 un « Programme d'action relatif à l'immigration légale » (5). L'immigration légale de travail est ainsi la dernière phase de la politique migratoire, abordée après les vi-

(1) Comme publications récentes sur la politique européenne d'immigration, voy. S. Peers, « Key legislative developments in migration in the European Union », *European Journal of Migration and Law*, 2005, p. 87; Fr. Julien-Laferrrière et H. Labaye (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq années après le Traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 2005; J.-Y. Carlier et Ph. De Bruycker (dir.), *Actualité du droit de l'immigration et de l'asile*, Bruxelles, Bruylant, 2005; H. Labaye, « L'espace de liberté, sécurité et justice dans la Constitution pour l'Europe », *R.T.D.E.*, 2005, p. 437.

(2) COM (2005) 184 final. Voy. aussi l'adoption, fin 2005, de la directive relative aux procédures d'asile : directive 2005/85/CE du 1^{er} décembre 2005, relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres, *J.O.*, L326/13, 13 décembre 2005.

(3) Commission européenne, *Livre vert sur une approche communautaire de la question des migrations économiques*, COM (2004) 811 final du 11 janvier 2005.

(4) Plan d'action du Conseil et de la Commission mettant en œuvre le programme de La Haye visant à renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, *J.O.*, C 198, 12 août 2005.

(5) IP/05/1664 du 21 décembre 2005.

sas, l'asile, le regroupement familial et la lutte contre l'immigration illégale. Centré en 2006 sur des études, le programme devrait conduire, dès 2007, à l'adoption de législations sur les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers à des fins d'emploi.

B. — Recours

1^o — Transporteurs

4. — Parmi les textes déjà adoptés en matière de politique migratoire et d'asile, plusieurs font l'objet de recours. En 2005, le Luxembourg a été condamné en manquement pour non-transposition de la directive relative aux sanctions à charge des transporteurs qui prennent à leur bord des personnes non munies des documents requis (6) et de la directive relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées (7). La Grèce a également

(6) C.J.C.E., 21 juillet 2005, aff. C-449/04, *Commission c. Luxembourg*, non encore publié au *Recueil*. Il s'agit de la directive 2001/51/CE du 28 juin 2001 visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985, *J.O.*, L 187, p. 45. La directive devait être transposée pour le 11 février 2003.

Pour une étude de la directive et des rapports sur sa transposition dans les différents Etats membres, dont la Belgique, voy. Ph. De Bruycker, « Rapport de synthèse concernant la transposition de la directive visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 », et rapports nationaux in J.-Y. Carlier et Ph. De Bruycker (dir.), *op. cit.*, note 1, pp. 417-502. De façon générale, l'étude des transpositions montre une augmentation des amendes à charge des transporteurs allant de 3.000 EUR à 500.000 EUR. Pour la situation antérieure en Belgique, voy. J.-Y. Carlier, « Les transporteurs nouveaux contrôleurs des migrations internationales ? A propos des sanctions à charge des transporteurs qui prennent à leur bord des personnes non munies des documents requis pour leur entrée dans le pays de destination », in *Liber amicorum Jacques Putzeys*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 15.

(7) C.J.C.E., 2 juin 2005, aff. C-454/04, *Commission c. Luxembourg*, non encore publié au *Recueil*. Il s'agit de la directive 2001/55/CE du 20 juillet 2001, relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les Etats membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, *J.O.* L 212, p. 12, qui devait être transposée pour le 31 décembre 2002. Pour l'étude de cette directive et des transpositions, voy. J. Gortazàr Rotacche, « Synthesis report on the transposition of the Directive on Temporary Protection », et rapports nationaux in J.-Y. Carlier et Ph. De Bruycker (dir.), *op. cit.*, pp. 306-406. Le rapport de Fr. Moysse pour le Luxembourg précise que ce pays disposait déjà d'une loi du 18 mars 2000 créant un régime de protection temporaire, mais que sa mise en œuvre devait faire l'objet d'un règlement

été condamnée pour non-transposition de cette directive « personnes déplacées » (8). Ces sanctions à charge des transporteurs sont complétées par des obligations de communication de données relatives aux passagers qui concernent plus la lutte contre le terrorisme que l'immigration et ont fait l'objet, à la suite des attentats du 11 septembre 2001, d'un accord avec les autorités américaines, qui est contesté par le Parlement européen dans une procédure en annulation pendante (9). Dans ses conclusions, l'avocat général a proposé l'annulation pour choix erroné de la base juridique et excès de pouvoir, tout en ne considérant pas que ces textes porteraient, de façon disproportionnée, atteinte aux droits fondamentaux, notamment au regard de la vie privée protégée par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, considérant notamment que « eu égard à la nature et à l'importance de l'objectif de lutte contre le terrorisme [...] le contrôle exercé par la Cour quant à la nécessité de l'ingérence devrait [...] se limiter à la vérification d'une éventuelle erreur manifeste d'appréciation » (10).

2^o — Eloignement, visa et frontières extérieures

5. — L'Italie et le Luxembourg sont condamnés en manquement pour non-transposition de la directive 2001/40/CE du 29 mars 2001 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers (11).

grand-ducal (« Luxembourg - Rapport sur la transposition partielle de la directive sur la protection temporaire », *idem*, p. 393). Créé à la suite de la crise de l'ex-Yougoslavie, le régime européen de la protection temporaire qui, pour être déclenché, doit faire l'objet d'une décision du Conseil, n'a pas encore été utilisé. Cela rend compréhensible l'attitude attentiste des Etats pour l'adoption de règlements d'exécution lorsqu'ils disposent déjà d'une loi.

(8) C.J.C.E., 17 novembre 2005, aff. C-476/04, *Commission c. Grèce*, non encore publié au *Recueil*. Une procédure similaire contre les Pays-Bas (aff. C-461/04, *J.O.*, C-314/8, 18 décembre 2004) a été radiée le 16 novembre 2005. Deux procédures sont pendantes contre la France (C-451/04) et contre le Royaume-Uni (C-455/04).

(9) Outre une directive 2004/82/CE du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers (*J.O.*, L 261/24, 6 août 2004), il y a une 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 de données « Passenger Name Records » (PNR) par les transporteurs aériens au bureau des douanes et de la protection des frontières du ministère américain de la Sécurité intérieure (*J.O.*, L 183, 20 mai 2004) et une 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.*, L 235/11, 6 juillet 2004). Ce sont ces deux instruments qui font l'objet de recours en annulation, aff. C-317/04, *Parlement c. Conseil* et C-318/04, *Parlement c. Commission*.

(10) Aff. C-317/04 et C-318/04, conclusions de l'avocat général Léger, 22 novembre 2005, point 231.

(11) *J.O.* L 149/34, 2 juin 2001; commentaires et analyse des transpositions, K. Groenendijck, « Synthesis report on the transposition of the Directive on the mutual recognition of decisions on the expulsion of third country nationals », et rapports na-

Par un arrêt en grande chambre, la Cour rejette le recours en annulation introduit par la Commission européenne, soutenue par les Pays-Bas, à l'encontre du Conseil, soutenu par l'Espagne, en matière de visa et de contrôle des frontières extérieures (12). La Commission demandait l'annulation de deux règlements, 789/2001 et 790/2001, réservant au Conseil des pouvoirs d'exécution en ce qui concerne certaines dispositions détaillées et modalités pratiques relatives à la mise en œuvre du contrôle et de la surveillance des frontières (13). Il s'agit principalement de modalités pratiques figurant dans le manuel commun (M.C.) pour les contrôles aux frontières et dans les instructions consulaires communes pour les délivrances de visa (I.C.C.) (14). La Commission estimait que le Conseil n'avait pas justifié à suffisance cette auto-attribution exceptionnelle de compétence d'exécution, alors que l'exécution entre, en principe, dans les compétences de la Commission où elle échappe davantage au pouvoir des Etats. La Cour rejette le recours au motif principal que « le Conseil s'est explicitement référé [...] au rôle renforcé des Etats membres en matière de visas et de surveillance des frontières, ainsi qu'à la sensibilité de ces domaines, en particulier en ce qui concerne les relations politiques avec les Etats tiers » (point 52).

3^o — Regroupement familial

6. — La directive 2003/86/CE du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial devait, en principe, être transposée pour le 3 octobre 2005 (15). Plusieurs Etats ne l'ont pas fait, attendant, notamment, l'issue du recours en annulation introduit par le Parlement (16). On no-

tionaux in J.-Y. Carlier et Ph. De Bruycker (dir.), *op. cit.*, pp. 181-259; voy. les rapports de Br. Nascimbene (« Italy - Report on the partial transposition of the Directive on the mutual recognition of decisions on expulsion of third country nationals », p. 207) et Fr. Moysse (« Luxembourg - Rapport sur la non-transposition de la directive relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement », p. 247). C.J.C.E., 8 septembre 2005, aff. C-462/04, *Commission c. Italie*, et C-448/04, *Commission c. Luxembourg*, non encore publiés au *Recueil*. Pour d'autres travaux relatifs à l'expulsion des étrangers, voy. aussi Comité des ministres du Conseil de l'Europe, 4 mai 2005, *Retour forcé, vingt principes directeurs*, et Commission du droit international des Nations unies, Rapport de M. Kamto sur l'expulsion des étrangers, 4 avril 2005, A/CN.4/554.

(12) C.J.C.E., 18 janvier 2005, aff. C-257/01, *Commission c. Conseil, Rec.*, p. I-345.

(13) *J.O.* L 116/2 et 5, 26 avril 2001.

(14) *J.O.*, C 313/1, 16 décembre 2002.

(15) *J.O.*, L 251/122, 3 octobre 2003. Commentaires, D. Schaffrin, « Which standard for family reunification of third country nationals in the European Union? », in J.-Y. Carlier et Ph. De Bruycker (dir.), *op. cit.*, pp. 90-12; C. Urbano De Sousa, « Le regroupement familial au regard des standards internationaux », in Fr. Julien-Lafferrière et H. Labayle (dir.), *op. cit.*, p. 127.

(16) Aff. C-540/03, conclusions de l'avocat général Kokott du 8 septembre 2005, qui propose de déclarer le recours irrecevable dans la mesure où il ne porte que sur certaines dispositions qui ne sont pas séparables du reste de la directive et ne peuvent, sans se substituer au législateur, conduire à une annulation partielle de la directive. A titre subsidiaire, l'avocat général propose d'annuler l'article 4, § 6 (permettant aux Etats d'exiger que les demandes de regroupement familial soient introduites avant que l'enfant ait atteint l'âge de quinze ans), dans la mesure où le

tera encore que la date de transposition de la directive 2003/109/CE du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée est le 23 janvier 2006 (17). Cette directive offre à l'étranger, ressortissant d'un Etat tiers, résident depuis plus de cinq ans, un statut proche de celui du citoyen européen en lui ouvrant la possibilité de bénéficier de la libre circulation des personnes au sein de l'Union européenne. Cette évolution fondamentale, qui permettrait, par exemple, à un travailleur turc résidant depuis plus de cinq ans en Allemagne de séjourner en Belgique, est passée presque inaperçue. Sa transposition méritera attention.

7. — De façon générale, l'adoption par l'Union de plusieurs textes relatifs à la politique d'asile et d'immigration à des moments différents, avec des dates de transpositions différentes, alors que ces textes sont pour partie complémentaires, ne facilite pas la tâche des Etats. Si certains Etats font preuve de retard par simple paresse, d'autres souhaitent procéder à une refonte globale de la législation relative aux étrangers et « transposer en une seule fois les nombreuses directives récemment adoptées en matière d'entrée et de séjour des étrangers » (18). Si la Cour, tenue par le droit, va répétant que « l'existence d'un manquement doit être appréciée en fonction de la situation de l'Etat membre, telle qu'elle se présentait au terme du délai fixé dans l'avis motivé » de la Commission, cette dernière pourrait faire preuve de discernement et examiner si l'Etat membre développe un projet de refonte globale de sa législation relative aux étrangers pour lui laisser, dans ce cas, un délai suffisant en retenant les échéances de transposition fixées par les dernières directives adoptées fin 2004, soit vers fin 2006.

2

Séjour et circulation

8. — Plusieurs affaires concernent encore la classique libre circulation des travailleurs et la sécurité sociale (B), comme lors des dernières chroniques. Toutefois, de plus en plus, la citoyenneté s'impose comme statut fondamental et les droits fondamentaux sont invoqués par les personnes à l'appui de leurs revendications (A). Ce faisant, la Cour poursuit une évolution « citoyenne » déjà relevée dans les précédentes chroniques (19).

A. — Citoyenneté et droits fondamentaux

9. — La formule *Grzelczyk* (20) de la citoyenneté comme statut fondamental devient

Parlement européen n'a pas été reconsulté sur ce point (dans ce cas, ce moyen serait soulevé d'office par la Cour) et l'article 8 (permettant aux Etats d'introduire des périodes d'attente de deux ou trois ans avant d'autoriser le regroupement familial), dans la mesure où l'interprétation de cette disposition est ambiguë du point de vue du respect des droits de l'homme dans des cas de rigueur excessive.

(17) *J.O.*, n° L 16/44, 23 janvier 2004.

(18) C.J.C.E., 21 juillet 2005, aff. C-449/04, *Commission c. Luxembourg, op. cit.*, point 7.

(19) Pour la dernière, *J.T.D.E.*, 2005, p. 71.

(20) C.J.C.E., 20 septembre 2001, aff. C-184/99, *Grzelczyk, Rec.*, p. I-6193, points 30 et 31.

incantatoire : tantôt sa magie fonctionne et conduit à la reconnaissance d'un droit social (bourse d'étude ou allocation d'attente) (1^o), tantôt elle perd ses pouvoirs et accepte les disparités de traitement en matière fiscale (refus d'exonération d'impôt sur pension alimentaire) (2^o). En matière de droits fondamentaux, la Cour risque d'introduire une nouvelle formule incantatoire relative au principe de non-discrimination dans ses diverses formes (3^o).

1^o — Droit social (Bidar, Ioannidis)

10. — Comme dans *Grzelczyk*, c'est en faveur d'un étudiant que la Cour franchit, en grande chambre, un nouveau pas dans l'affaire *Bidar* (21). Après le droit à une aide sociale temporaire (*Grzelczyk*), voici que l'étudiant bénéficie également au titre de la citoyenneté « qui a vocation à être le statut fondamental » d'une bourse d'étude à charge du pays d'accueil, dans la mesure où il justifie d'un lien réel avec ce pays (*Bidar*). Ressortissant français résidant depuis plus de trois ans au Royaume-Uni, M. Bidar postule le bénéfice d'un prêt d'études pour ses frais d'entretien. Les autorités britanniques ne l'accordent pas, conformément à leur législation nationale, qui exige l'établissement au Royaume-Uni, ce qui est refusé à un étudiant. Le secrétaire d'Etat à l'Education se prévaut des jurisprudences *Lair* et *Brown*, qui avaient, en 1988, considéré que la part d'une bourse d'étude destinée aux frais d'entretien ne relevait pas du champ d'application du Traité et, partant, n'était pas soumise au principe de non-discrimination, à la différence de la part destinée aux frais de scolarité (22). La Cour considère que la situation n'est plus la même en 2005 en raison des développements, d'une part, en matière de citoyenneté européenne (article 18 CE), d'autre part, en matière d'éducation et de formation professionnelle (article 149 CE). La Cour dit pour droit qu'une « aide accordée, que ce soit sous forme de prêts subventionnés ou de bourses, aux étudiants séjournant légalement dans l'Etat membre d'accueil et visant à couvrir leurs frais d'entretien, entre dans le champ d'application du Traité » (dispositif, point 1) et que limiter l'octroi de cette aide aux étudiants « établis dans l'Etat membre d'accueil, tout en excluant qu'un ressortissant d'un autre Etat membre obtienne, en tant qu'étudiant, le statut de personne établie, même si ce ressortissant séjourne légalement et a effectué une partie importante de ses études secondaires dans l'Etat membre d'accueil et, par conséquent, a établi un lien réel avec la société de cet Etat » est une discrimination prohibée par l'article 12 CE (dispositif, point 2). Cette avancée prétorienne ne serait-elle pas contraire à la nouvelle directive 2004/38/CE du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, qui doit être transposée pour le 30 avril 2006 (23)? L'article 24, § 2,

de cette directive, confirmant pour partie l'ancienne directive étudiant abrogée par le même texte (24), dispose en effet que l'Etat membre d'accueil n'est pas « [...] tenu, avant l'acquisition du droit de séjour permanent, d'octroyer des aides d'entretien aux études, y compris pour la formation professionnelle, sous la forme de bourses d'études ou de prêts, à des personnes autres que les travailleurs salariés, les travailleurs non salariés, les personnes qui gardent ce statut, ou les membres de leur famille ». Or, *Bidar* n'entre pas dans ces catégories limitées de personnes qui pourraient bénéficier d'une bourse.

A l'inverse, la Cour voit dans cette disposition la preuve que la bourse d'entretien « relève, à l'heure actuelle, du domaine d'application du Traité » (point 43) et que c'est, ensuite, en qualité de citoyen, sur pied de l'article 18 CE, qu'un ressortissant d'un Etat membre qui « séjourne légalement sur le territoire d'un autre Etat membre où il envisage d'entamer ou de poursuivre des études supérieures invoque, pendant ce séjour, le principe fondamental d'égalité de traitement » (point 46). Comme dans *Trojani*, en 2004, la Cour distingue la question du droit de séjour, assorti de la condition de moyens de subsistance suffisants, de la question des droits sociaux lorsque le citoyen bénéficie déjà d'un droit de séjour. Ce faisant, elle crée toutefois une spirale dans laquelle les Etats seront réticents à s'engager en manière telle qu'ils risquent, en pratique, de restreindre davantage l'accès du citoyen au premier droit de séjour, notamment en exigeant que ses moyens de subsistance résultent de ressources personnelles (25). La Cour accepte le critère de lien réel, non pas avec le marché géographique de l'emploi comme dans *D'Hoop* (26), mais

p. 193; A. Iliopoulou, « Le nouveau droit de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leur famille : la directive 2004/38 CE », *Revue de droit de l'Union européenne*, 2004, p. 523; J.-Y. Carlier et E. Guild (dir.), *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, à paraître; M. Candela Soriano et C. Chenevière, « Droit au regroupement familial et droit au mariage du citoyen de l'Union européenne et des membres de sa famille à la lumière de la directive 2004/38/CE », *R.T.D.H.*, 2005, p. 923.

(24) Directive 93/96/CEE du 29 octobre 1993 relative au droit de séjour des étudiants, *J.O.*, n° L 317/59, 18 décembre 1993, dont l'article 3 se lit : « La présente directive ne constitue pas le fondement d'un droit au paiement, par l'Etat membre d'accueil, de bourses d'entretien aux étudiants bénéficiant du droit de séjour ».

(25) C.J.C.E., 7 septembre 2004, aff. C-456/02, *Trojani*, *Rec.*, p. I-7573, point 45; *J.T.D.E.*, 2005, p. 74, point 15. Voy. l'affaire C-408/03, actuellement pendante, *Commission c. Belgique*, dans laquelle l'avocat général D. Ruiz-Jarabo Colomer a rendu ses conclusions le 25 octobre 2005. La Commission attaque la Belgique en manquement pour l'exigence de ressources « personnelles » suffisantes. L'avocat général estime qu'il y a manquement car l'exigence de ressources personnelles est disproportionnée, même si « il existe évidemment des risques puisqu'il arrive que la source de revenus adéquats se tarisse » (point 38). La formule *Grzelczyk* est ainsi résumée : « la citoyenneté de l'Union, de nature dérivée, constitue le « statut fondamental » du ressortissant communautaire » (point 31). Ce faisant, elle passe de la vocation à l'acquis.

(26) C.J.C.E., 11 juillet 2002, aff. C-224/98, *D'Hoop*, *Rec.*, p. I-6191, point 38. En 2005, l'affaire *Ioannidis*, examinée *infra*, a élargi la jurisprudence

« avec la société » de l'Etat d'accueil. Il s'agit plus d'un « certain degré d'intégration » (point 57) qui peut se traduire, en l'occurrence, par trois années de résidence (point 60). L'on constate tout de même que ce délai de trois ans est inférieur au délai de cinq ans qui ouvre le droit au séjour permanent, qui lui-même ouvre les droits sociaux, selon la directive 2004/38/CE précitée. Malgré la demande des gouvernements du Royaume-Uni, d'Allemagne et d'Autriche et l'avis de l'avocat général, la Cour a refusé de limiter les effets de l'arrêt dans le temps, considérant que les deux conditions cumulatives de cette mesure d'exception n'étaient pas réunies : le risque de répercussions économiques graves et une incertitude objective résultant notamment du comportement d'autres Etats ou de la Commission. La Cour relève que les chiffres fournis « ne sont pas susceptibles de conforter leur argumentation selon laquelle le présent arrêt risquerait, si ses effets n'étaient pas limités dans le temps, d'entraîner des conséquences financières significatives pour les Etats membres » (point 70). En conséquence, tout étudiant européen, passé, présent et à venir, qui estime avoir eu ou avoir un lien réel avec son pays d'accueil, notamment par trois années de résidence, serait en droit de postuler, pour le passé et pour l'avenir, une bourse d'étude à charge de ce pays dans les mêmes conditions que les nationaux.

11. — Dans l'affaire *Ioannidis*, qui concerne un ancien étudiant, demandeur d'emploi, alors que l'avocat général se réfère à la citoyenneté et à la formule *Grzelczyk*, la Cour préfère se situer sur le terrain classique de la libre circulation des travailleurs et protéger l'intéressé contre une discrimination sur pied de l'article 39 CE en qualité de demandeur d'emploi (27). Ressortissant grec ayant terminé ses études secondaires en Grèce, M. Ioannidis poursuit en Belgique, en trois ans, un graduat en kinésithérapie. Après avoir effectué huit mois de stage rémunéré en France, il revient en Belgique où il s'inscrit comme demandeur d'emploi et postule une allocation de chômage d'attente. Comme dans l'affaire *D'Hoop* précitée, la Belgique refuse au motif que l'intéressé n'a pas terminé ses études secondaires en Belgique et, de ce fait, n'a pas un lien réel suffisant avec le marché géographique du travail. Dans *D'Hoop*, la Cour avait constaté que l'exigence du diplôme d'études secondaires en Belgique était excessive et que, en l'espèce, un lien réel suffisant pouvait se déduire de la nationalité belge de Mme D'Hoop (28). Dans *Ioannidis*, la

D'Hoop en acceptant un lien réel autre que la nationalité.

(27) C.J.C.E., 15 septembre 2005, aff. C-258/04, *Ioannidis*, non encore publié au *Recueil*, conclusions de l'avocat général D. Ruiz-Jarabo Colomer, du 9 juin 2005.

(28) A la suite de l'arrêt *D'Hoop*, le droit belge a été modifié par l'arrêté royal du 11 février 2003 (*M.B.*, 2003, p. 8026) pour ajouter le droit aux allocations d'attente en cas d'obtention d'une équivalence du certificat d'études secondaires obtenu dans un autre Etat à condition d'avoir suivi préalablement au moins six années d'études dans un établissement d'enseignement organisé, subventionné ou reconnu par une Communauté (lettre *J* nouvelle de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, tel que modifié). Cette nouvelle disposition n'était pas encore applicable au cas d'espèce, étant postérieure aux faits de la cause. Elle paraîtra toutefois insuffisante au regard de la nouvelle juris-

(21) C.J.C.E., 15 mars 2005, aff. C-209/03, *Bidar*, *Rec.*, p. I-2119. Six gouvernements sont intervenus à la cause.

(22) C.J.C.E., 21 juin 1988, aff. 39/86, *Lair*, *Rec.*, p. 3161 et aff. 197/86, *Brown*, *Rec.*, p. 3205.

(23) *J.O.*, n° L 229/35, 29 juin 2004. Sur la directive 2004/38/CE, voy. *J.T.D.E.*, 2005, p. 75, point 17; M. Candela Soriano, « Libre circulation et séjour dans l'Union européenne : la directive 2004/38 au regard des droits de l'homme », *J.T.D.E.*, 2005,

Cour laisse entendre que ce lien réel peut également se déduire des études accomplies en Belgique (point 33). Exiger que l'intéressé ait un autre lien réel comme le diplôme d'études secondaires en Belgique ou la résidence de parents travailleurs en Belgique est excessif et conduit à une discrimination contraire à l'article 39, § 2, CE, M. Ioannidis devant être considéré comme demandeur d'emploi. A la différence de l'avocat général, qui écartait le litige du champ matériel de l'article 39 CE pour le situer dans le champ de la citoyenneté en reproduisant la formule *Grzelczyk* (29), la Cour demeure dans le champ d'application de la libre circulation classique des travailleurs. Elle le fait toutefois en tenant compte « de l'instauration de la citoyenneté de l'Union et de l'interprétation du droit à l'égalité de traitement, dont jouissent les citoyens de l'Union, [qui ne rend] plus possible d'exclure du champ d'application de l'article 39, § 2, CE une prestation de nature financière destinée à faciliter l'accès à l'emploi sur le marché du travail d'un Etat membre » (point 22).

Les affaires *Bidar* et *Ioannidis* consacrent donc toutes deux une citoyenneté de résidence. La première, pour l'étudiant, le fait expressément au regard de la citoyenneté et d'une durée de résidence de trois ans. La deuxième, pour le demandeur d'emploi, le fait implicitement au regard de la libre circulation des travailleurs et d'un lien réel avec le marché du travail. Le « lien réel » accepté par la Cour est tantôt de résidence, comme ici dans *Bidar* et dans *Ioannidis*, tantôt de nationalité, comme dans *D'Hoop*, tantôt de volonté, comme dans *Garcia Avello* par choix entre deux lois nationales (30). L'ensemble de ces critères permet de parler d'une citoyenneté de proximité. A l'inverse des droits sociaux ou civils ainsi reconnus, la citoyenneté demeure absente du champ fiscal.

20 — Droit fiscal (Schempp)

12. — Ressortissant allemand, résidant en Allemagne, Egon Schempp verse une pension alimentaire à son ex-épouse, résidant en Autriche (31). En application de la loi allemande relative à l'impôt sur le revenu, la déduction fiscale n'est pas accordée au motif qu'il ne peut produire une attestation de l'administration fiscale autrichienne prouvant que son ex-épouse avait été imposée en Autriche sur ladite pension alimentaire. En effet, le droit fiscal autrichien écarte, par principe, l'imposition des pensions alimen-

prudence *Ioannidis*, puisque la Cour accepte que trois années d'études en Belgique, consacrées par un diplôme, soient constitutives d'un lien réel suffisant alors que l'arrêté royal modifié exige six années préalables d'études en Belgique.

(29) Conclusions de l'avocat général, point 54.

(30) C.J.C.E., 2 octobre 2003, aff. C-148/02, *Garcia Avello*, *Rec.*, p. I-11613. Une nouvelle affaire de nom est pendante devant la Cour : aff. C-96/04, *Standesamt Stadt Niebüll*. Elle concerne la reconnaissance en Allemagne du double nom attribué au Danemark à un enfant allemand Leonhard Matthias Grunkin-Paul. Dans ses conclusions remises le 30 juin 2005, tout en étant assez succinct sur cet aspect, l'avocat général Jacobs propose la reconnaissance du double nom attribué au Danemark par application combinée de la citoyenneté comme statut fondamental et du respect de l'identité et de la vie privée comme droit de l'homme.

(31) C.J.C.E., 12 juillet 2005, aff. C-403/03, *Schempp*, non encore publié au *Recueil*, conclusions de l'avocat général Geelhoed, du 27 janvier 2005.

taires. Si son ex-épouse avait résidé en Allemagne, M. Schempp eût pu déduire la totalité de ses versements et celle-ci n'eût pas été imposée sur la pension, son revenu étant inférieur au minimum imposable en Allemagne. M. Schempp estime qu'il y a une discrimination liée à la résidence de son ex-épouse dans un autre Etat membre. Indirectement, il subit la conséquence de la libre circulation exercée par son ex-épouse. Comme le relève l'avocat général « vu par le petit bout de la loupe, c'est-à-dire du point de vue du contribuable individuel, il semble tout à fait évident que la différence de traitement [...] peut être perçue comme discriminatoire et que cette différence de traitement, fondée sur le lieu où réside le bénéficiaire de la pension alimentaire, pourrait être considérée comme une discrimination indirecte fondée sur la nationalité » (conclusions, point 27). A l'inverse, l'avocat général, suivi par la Cour, en grande chambre comme dans *Bidar*, considère qu'il n'y a pas là de discrimination mais résultat d'un transfert de résidence, tantôt avantageux, tantôt désavantageux pour le citoyen sur le plan de l'imposition directe, lié à la disparité des législations en matière fiscale (conclusions, point 33; arrêt, point 45). Reste à savoir si ce point de vue, plus général et systémique, est le bon bout de la loupe, lorsqu'il s'agit de mesurer les droits du citoyen. Pour cela, la motivation mérite analyse. Le refrain de la formule *Grzelczyk* est lancé dès le début de la motivation, complété par une référence expresse à *Bidar* précité (arrêt, point 15).

Dans un premier temps, la Cour contourne le piège de la situation interne posé par l'Allemagne. S'il s'agit bien de la fiscalité d'un Allemand en Allemagne, « l'exercice [...] par l'ex-épouse de M. Schempp de son droit de circuler et de séjourner librement dans un autre Etat membre en vertu de l'article 18 CE a été de nature à influencer sur la possibilité pour son ex-époux de déduire de son revenu imposable en Allemagne la pension alimentaire qu'il lui verse. Il [en] résulte [...] que [...] une telle situation ne saurait être considérée comme étant une situation interne n'ayant aucun rattachement avec le droit communautaire » (points 24 et 25). Cela n'est pas évident, puisque le « préjudicé » ne peut ici invoquer que la circulation d'autrui, ce qui n'est guère plus proche d'une situation transfrontière qu'une circulation hypothétique. Cela confirme le questionnement sérieux dont l'exclusion des situations purement internes doit faire l'objet lorsque cette notion conduit tantôt à des rattachements très indirects au droit communautaire, comme en l'espèce ou dans *Garcia Avello* précité, tantôt à des pratiques ayant pour objet de créer le nécessaire élément d'extranéité, comme dans *Chen* (32). Dans une sorte d'*obiter dictum*, l'avocat général considère qu'il « convient de n'appliquer le concept de situation interne qu'aux cas les plus évidents [...] car cela [...] met la question de la conformité avec le droit communautaire des dispositions qui les régissent à l'abri de tout contrôle judiciaire » (33).

13. — Dans un deuxième temps, examinant successivement les articles 12 CE et 18 CE, la Cour estime qu'il n'y a ni discrimination ni at-

(32) C.J.C.E., 19 octobre 2004, aff. C-200/02, *Chen*, *Rec.*, p. I-9925.

(33) Conclusions de l'avocat général, point 15. L'avocat général situe l'aspect transfrontière dans les versements eux-mêmes protégés par la liberté de paiement de l'article 56 CE.

teinte à la liberté de circuler. La discrimination pouvait être vue de deux points de vue : en cas de résidence de l'ex-épouse dans un autre Etat membre que l'Autriche et en cas de résidence en Allemagne. Curieusement, la Cour rejette la première hypothèse, considérant « qu'elle ne se pose pas en l'espèce ». La question n'est pas celle de la réalité de l'espèce, mais de son examen par rapport à d'autres situations comparables. Or il est constant que si l'ex-épouse résidait aux Pays-Bas, elle eût été imposable sur la pension alimentaire et, partant, M. Schempp eût bénéficié de la déductibilité. En d'autres termes, le traitement différencié de Schempp est lié non seulement à la résidence hors Allemagne de son ex-épouse, mais aussi au choix par celle-ci du lieu de résidence dans l'Union. L'objectivité du critère de traitement différencié devient très subjective. Quant au fait que l'ex-épouse n'eût été imposée sur sa pension ni en Autriche, à défaut de toute imposition sur les pensions alimentaires, ni en Allemagne, à défaut de revenus suffisants, la Cour constate que ces causes différentes de non-imposition suffisent à considérer que ces deux situations ne sont pas comparables, alors que la situation comparable à l'Allemagne de non-imposition de l'ex-épouse dans un autre Etat membre pour motif de revenus insuffisants ne se pose pas en l'espèce comme indiqué ci-dessus.

Toutefois, l'atteinte à la liberté de circuler touche, elle, l'ex-épouse. A ce titre, elle eût été plus évidente si l'ex-épouse était partie au litige, considérant qu'une pression est exercée sur elle pour qu'elle réintègre l'Allemagne, ce qui lui permettrait, éventuellement, de promériter une pension plus élevée par partage du bénéfice fiscal avec son mari. Pour ce motif, l'avocat général relève que tout cela n'a « pas en pratique empêché son ex-conjointe de s'installer dans un Etat membre qui, par principe, ne soumet pas à l'impôt sur le revenu les pensions alimentaires » (point 39). Il est vrai. Mais, lorsqu'il y a eu circulation, la jurisprudence examine les entraves à cette circulation, qui apparaissent ultérieurement, dans la mesure où elles auraient dissuadé l'intéressé d'exercer sa libre circulation. Lorsque Dieter Kraus, Allemand, conteste notamment les taxes perçues par l'Allemagne pour l'homologation de son diplôme anglais, la Cour ne lui fait pas reproche d'avoir déjà exercé sa libre circulation (34). De même, dans l'affaire *Kranemann*, examinée plus loin (*infra*, point 17), relative à un stagiaire allemand, la Cour rappelle que « des dispositions nationales qui empêchent ou *dissuadent* [...] de quitter son Etat d'origine pour exercer son droit à la libre circulation constituent [...] des entraves à cette liberté même si elles s'appliquent indépendamment de la nationalité des travailleurs concernés » (35). De même encore, dans l'affaire *Marhold* (*infra*, point 17), relative à un professeur allemand, la Cour note que « la perte de la prime [...] est de nature à *dissuader* [...] et [...] par conséquent [...] constitue une entrave à la libre circulation » (36). Dès l'instant où il est ac-

(34) C.J.C.E., 31 mars 1993, aff. C-19/92, *Kraus*, *Rec.*, p. I-1663.

(35) C.J.C.E., 17 mars 2005, aff. C-109/04, *Kranemann*, *Rec.*, p. I-2421, point 26, italiques ajoutées.

(36) C.J.C.E., ordonnance, 10 mars 2005, aff. C-178/04, *Marhold*, non encore publiée au *Recueil*, points 28 et 29. Voy. aussi en matière de fiscalité et de prestation de services à propos d'une redevance néerlandaise, pour l'assistance à la navigation des navires de haute mer, le constat de la Cour selon le-

cepté que la circulation de l'ex-conjointe fait entrer Schempff dans le champ du droit communautaire, ce qui était contestable, tout élément qui pouvait dissuader celle-ci d'exercer sa libre circulation méritait examen pour voir s'il y allait ou non d'une entrave condamnable. L'examen pouvait se faire du point de vue de la discrimination indirecte et du point de vue de la proportionnalité. La discrimination indirecte pouvait résulter du fait qu'*a priori* la disposition toucherait davantage les couples européens mixtes en raison de la nationalité, étant entendu que l'ex-épouse autrichienne d'un Allemand retournera plus souvent en Autriche que l'ex-épouse allemande, indépendamment du fait, qu'en l'espèce, la nationalité de l'ex-épouse n'est pas précisée. La proportionnalité devait être examinée au regard de l'objectif fiscal légitime poursuivi par un moyen dont la nécessité est moins certaine que l'efficacité : une règle d'équivalence à la situation allemande, consistant à vérifier si les revenus de l'ex-épouse atteignent un certain seuil, n'était-elle pas possible ? La simple référence à l'absence d'harmonisation des systèmes fiscaux nationaux, qui ne diffère guère de l'absence d'harmonisation des systèmes de sécurité sociale, ne paraît pas suffire à la justification d'entraves discriminatoires ou disproportionnées à la libre circulation (37). Ou, à l'inverse, la Cour devrait mesurer davantage ses avancées en matière de droits sociaux reconnus aux citoyens. En plaçant les deux matières sous la même formule de la citoyenneté à vocation de statut fondamental, il est difficile de conduire des raisonnements qui tantôt font droit aux attentes légitimes des citoyens, tantôt sauvegardent les intérêts légitimes des Etats. Prolongeant facilement l'image de la lorgnette utilisée par l'avocat général, la question n'est pas tant celle du petit ou du grand bout. En toute hypothèse, la lorgnette suppose l'usage d'un seul œil et la fermeture de l'autre. Cette dichotomie conduit à des traitements trop différenciés de citoyens selon le domaine concerné. Sans excès, et donc sans substituer les jumelles à la lorgnette, qui toutes deux déforment la réalité, l'usage correct des deux yeux, corrigé par les lunettes affinées de la proportionnalité, permettrait de mieux cerner ce statut fondamental de citoyen (38).

3^o — Droits fondamentaux (Mangold)

14. — Il advient de plus en plus fréquemment que des requérants invoquent la violation de droits fondamentaux. C'est le cas notamment pour des requêtes en annulation de décisions, tantôt de refus d'accès à des documents, opposés par les institutions européennes à des particuliers (39) ou à des associations (40), tantôt de

quel « force est de constater que le système [...] en cause [...], en ce qu'il impose le paiement d'une redevance aux navires de haute mer [...], est de nature à gêner ou à rendre moins attrayante la prestation de ces services et constitue, dès lors, une restriction à leur libre circulation ». C.J.C.E., 13 juin 2002, aff. jointes C-430/99 et C-431/99, *See-Land-Service e.a.*, *Rec.*, p. I-5235, point 38.

(37) Le double argument de la disparité des systèmes fiscaux nationaux au sein de l'Union et de la cohérence interne de chaque système fiscal national (retenu avec force dans C.J.C.E., 28 janvier 1992, aff. C-204/90, *Bachmann*, *Rec.*, p. I-249) avait déjà été contesté avec succès (C.J.C.E., 12 décembre 2002, aff. C-385/00, *de Groot*, *Rec.*, p. I-11819).

(38) Voy. *J.T.D.E.*, 2005, p. 78, point 30.

(39) T.P.I., 26 avril 2005, aff. jointes T-110/03, T-150/03 et T-405/03, *Sison*, non encore publié au

décisions relatives, indirectement, à la fonction publique européenne (41). C'est le cas également dans les procédures en matière de concurrence (42). En matière de droit de vote, le risque de non-participation des Néerlandais résidant à Aruba, à l'occasion du référendum sur le Traité constitutionnel, n'a pas été jugé motif suffisant pour accéder à la demande du Raad van State des Pays-Bas de procédure accélérée dans l'affaire relative au même problème pour les élections du Parlement européen du 10 juin 2004 (43).

15. — En matière de non-discrimination, la Cour paraît prendre une orientation de principe

Recueil. Par une décision prise en application d'un règlement relatif à la lutte contre le terrorisme, le requérant a été porté sur la liste des personnes dont les biens et avoirs peuvent être bloqués. Il demande, pour exercer ses droits de la défense, à avoir accès aux documents permettant d'identifier les Etats à la source de cette demande. Les recours sont rejetés. Le tribunal souligne qu'il « doit être admis que l'efficacité de la lutte contre le terrorisme suppose que les informations détenues par les autorités publiques concernant des personnes ou entités suspectées de terrorisme soient maintenues secrètes afin que ces informations gardent leur pertinence et permettent une action efficace. Dès lors, la communication du document demandé au public aurait nécessairement porté atteinte à l'intérêt public relatif à la sécurité publique » (point 77).

(40) T.P.I., 13 avril 2005, aff. T-2/03, *Verein für Konsumenten-information*, non encore publié au *Recueil*. Une association autrichienne de consommateurs demande accès aux documents relatifs aux sanctions infligées pour entente sur les taux d'intérêt à huit banques autrichiennes (dites « Club Lombard ») afin de pouvoir poursuivre des procédures en réparation. L'accès aux très nombreux documents est refusé en bloc par la Commission. Le tribunal annule la décision de refus. Il rappelle que « le refus opposé par une institution d'examiner concrètement et individuellement les documents faisant l'objet d'une demande d'accès constitue, en principe, une violation manifeste du principe de proportionnalité » (point 100). Si la possibilité de refus subsiste, celui-ci doit être motivé et expliquer « de façon concrète, les raisons pour lesquelles les options alternatives à un examen concret et individuel de chacun des documents visés constituaient, également, une charge de travail déraisonnable » (point 122).

(41) C.J.C.E., 3 juin 2005, aff. C-396/03P, *Killinger*, non encore publié au *Recueil*. Juriste allemand qui se considère discriminé au regard des autres juristes européens en raison de la difficulté de la seconde épreuve d'Etat en Allemagne. Il se plaint notamment de ce que sa candidature de juriste linguiste tant à la Cour de justice des Communautés européennes qu'à la Cour européenne des droits de l'homme aurait été rejetée pour le motif qu'il ne possède pas le diplôme de cette seconde épreuve d'Etat. Invoquant les droits de l'homme et notamment les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, M. Killinger attaque pêle-mêle les autorités nationales, communautaires et du Conseil de l'Europe sans avoir, en temps utile, exercé les recours adéquats. La Cour lui inflige une leçon de droit judiciaire de nature à démontrer l'inefficacité d'un usage inadéquat des droits fondamentaux.

(42) C.J.C.E., 28 juin 2005, aff. jointes C-189/02P, C-202/02 P, C-205/02P à C-208/02P et C-213/02P, non encore publié au *Recueil*. Divers droits de l'homme, dont l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, sont examinés mais jugés non fondés.

(43) C.J.C.E., ordonnance du président, 18 mars 2005, aff. C-300/04, *Eman et Sevinger*.

nouvelle dans l'affaire *Mangold* qui, si elle ne concerne pas directement la libre circulation des travailleurs et des personnes, concerne tout travailleur et pourrait avoir des répercussions importantes sur l'usage qui est fait du principe de non-discrimination dans le domaine de la libre circulation (44).

M. Mangold, ressortissant allemand âgé de cinquante-six ans, a signé, en Allemagne, un contrat de travail avec M. Helm, avocat allemand. Il n'y a donc aucune circulation. En vertu de la loi allemande, il s'agit d'un contrat à durée déterminée, autorisé lorsque le travailleur a plus de cinquante-deux ans. M. Mangold introduit un recours considérant que permettre un contrat à durée déterminée est une discrimination fondée sur l'âge, contraire notamment à la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (45). Cette directive générale sur la non-discrimination est, comme la directive sur la discrimination raciale (46), fondée sur l'article 13 CE permettant au Conseil de « prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ». Si, en l'espèce, le litige paraît bien avoir un « caractère fictif » (conclusions, point 29), MM. Mangold et Helm ayant monté un *casus* permettant d'obtenir une décision de principe, la Cour décide de répondre aux questions posées par la juridiction nationale considérant qu'elles répondent à « un besoin objectif » (point 38) et elle le fait en grande chambre, ce qui ne manque pas de donner une certaine portée à sa décision. Au terme d'une analyse de proportionnalité, qui pourrait faire l'objet de quelques critiques quant à son étendue, la Cour juge la réglementation nationale, qui autorise sans restriction la conclusion de contrats de travail à durée déterminée lorsque le travailleur a atteint l'âge de cinquante-deux ans, contraire au principe de non-discrimination à raison de l'âge, inscrit dans la directive. Là n'est pas l'essentiel, même si la chose est nouvelle, s'agissant de la

(44) C.J.C.E., 22 novembre 2005, aff. C-144/04, *Mangold*, non encore publié au *Recueil*; conclusions de l'avocat général Tizzano du 30 juin 2005. Pour un premier commentaire, voy. D. Martin, « Vers une hiérarchie inversée du droit à l'égalité en droit communautaire », *J.T.*, 2006, à paraître et, en général sur le principe d'égalité, K. Lenaerts, « L'égalité de traitement en droit communautaire - Un principe unique aux apparences multiples », *C.D.E.*, 1991, pp. 3 et 34; D. Martin, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire - Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, Collection du Centre des droits de l'homme de l'U.C.L., 2006, à paraître; J.-M. Binon, « L'égalité de traitement en droit européen et ses applications à l'assurance - Obligation morale ou croisade idéologique? », *J.T.D.E.*, 2005, p. 231.

(45) *J.O.*, n^o L 303/16, 2 décembre 2002.

(46) Directive 2000/43/CE du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *J.O.*, n^o L 180/22, 19 juillet 2000. En 2005, l'Autriche a été condamnée en manquement pour non-transposition de cette directive, dont l'échéance de transposition était le 19 juillet 2003 (C.J.C.E., 4 mai 2005, aff. C-335/04, *Commission c. Autriche*, non encore publié au *Recueil*).

première décision interprétant la directive 2000/78/CE. L'essentiel se lit : « la directive 2000/78 ne consacre pas elle-même le principe d'égalité de traitement [...], le principe même de l'interdiction de ces formes de discrimination trouvant sa source [...] dans divers instruments internationaux et les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres » (point 74); en manière telle que « le principe de non-discrimination en fonction de l'âge doit ainsi être considéré comme un principe général du droit communautaire » (point 75). Deux considérations peuvent s'en déduire. D'une part, l'absence d'effet direct de l'article 13 CE n'a plus guère d'importance : si le principe de non-discrimination est hissé au rang de principe général du droit communautaire, il trouve à s'appliquer directement dans l'ensemble du champ matériel du droit communautaire. D'autre part, ce principe général de non-discrimination semblerait valoir pour toutes les causes : sexe, race, origine ethnique, religion ou convictions, handicap, âge ou orientation sexuelle. C'est dire les potentialités de cette jurisprudence, dont il est trop tôt pour juger, mais dont les associations de défense des droits de l'homme ne manqueront pas, à juste titre, de se saisir. La Cour n'en a peut-être pas mesuré l'étendue, poussée qu'elle fut, en l'espèce, par la nécessité de répondre au juge national sur la portée de son arrêt, sachant que la date de transposition de la directive n'était pas encore atteinte au moment des faits. Il était tentant de trouver la source première de la condamnation au-delà de la directive comme l'avocat général l'y invitait en ces termes : « la Cour [...] accepterait de prononcer l'incompatibilité d'une loi telle que celle en question en utilisant comme paramètre d'interprétation le principe général d'égalité, dont le contenu normatif clair, précis et inconditionnel, s'adresse à tous les sujets de l'ordre juridique et peut être invoqué par des particuliers tant à l'encontre de l'Etat que vis-à-vis d'autres particuliers. Il est hors de doute, en effet, que dans ce cas, le juge de renvoi devrait écarter la réglementation nationale contraire audit principe en raison précisément de l'effet direct y attaché » (point 101, italiques ajoutées). Le principe de non-discrimination à raison de la nationalité, notamment en matière de libre circulation des personnes, aurait-il moins d'effet ? Si l'on admet être dans le champ d'application de la libre circulation et en présence d'une discrimination, fût-elle indirecte, comment s'abstenir d'en examiner la proportionnalité au motif des différences nationales en matière d'imposition directe ? Comment, après *Mangold*, expliquer à M. Schempp qu'en se plaignant d'une discrimination, il voit les choses par le « petit bout de la lorgnette » ?

B. — Libre circulation classique et sécurité sociale

16. — En 2005, l'événement principal, en matière de libre circulation des travailleurs, est l'élargissement aux nouveaux Etats membres, dont les questions n'ont pas encore atteint le prétoire luxembourgeois. Pour les nouveaux Etats membres depuis 2004 (à l'exception de Malte et de Chypre), une période transitoire permet aux anciens Etats de refuser la libre circulation des travailleurs. Cette période ne pourra pas dépasser le 30 avril 2011. A l'exception de la Suède, du Royaume-Uni et de l'Irlande, les anciens Etats ont fait usage de cette exception pour une première période transitoire du

1^{er} mai 2004 au 30 avril 2006 (47). Par réciprocité, deux nouveaux Etats, la Hongrie et la Pologne, ont également fait usage de cette exclusion. Il conviendra de voir si l'exclusion est prolongée au-delà du 30 avril 2006. Les études ont montré que, même dans les pays qui, comme le Royaume-Uni, n'ont pas fait usage de l'exclusion, il n'y a pas eu d'afflux massif de travailleurs venant des nouveaux Etats membres mais plutôt des régularisations de travailleurs qui étaient déjà présents clandestinement. Rappelons que cette exclusion ne vise que les travailleurs salariés, non les citoyens disposant de ressources suffisantes, les indépendants, les retraités, les étudiants, ni les prestataires de services qui peuvent bénéficier de la jurisprudence *Rush Portuguesa* et venir avec leurs propres travailleurs (48).

En jurisprudence, il y a, à propos des anciens Etats membres, quelques décisions qui concernent la liberté de circulation des personnes au sens plus classique d'agents économiques et la sécurité sociale qui y est liée.

1^o — Travailleurs (*Kranemann, Marhold, Commission c. Italie*)

17. — L'affaire *Kranemann* permet à la Cour de rappeler la définition classique du travailleur comme « toute personne qui exerce des activités réelles et effectives à l'exclusion d'activités tellement réduites qu'elles se présentent comme purement marginales et accessoires. La caractéristique de la relation de travail est [...] la circonstance qu'une personne accomplit pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération » (49). Il est évident que M. Kranemann, ressortissant allemand qui effectue un stage en droit, même faiblement rémunéré, en Angleterre, est un travailleur qui doit bénéficier de la libre circulation. En conséquence, limiter le « remboursement de ses frais de déplacement à concurrence du montant afférent à la partie du trajet effectué sur le territoire national, tout en prévoyant que, si une telle activité avait été effectuée sur le territoire national, l'ensemble des frais de déplacement aurait été remboursé » est contraire à l'article 39 CE. On notera que cette situation n'est guère différente de celle de l'affaire *Schempp*, à la seule exception que le bénéficiaire de l'avantage financier réclamé n'est pas celui qui circule, ce qui n'a pas été déterminant dans cet arrêt (50).

(47) Pour la Belgique, voy. arrêté royal du 25 avril 2004 et circulaire du 30 avril 2004, *M.B.*, 17 mai 2004. Pour un point de vue des nouveaux Etats membres, voy. B. Nagy, « Enlargement and the free movement of persons », in J.-Y. Carlier et E. Guild, *L'avenir de la libre circulation des personnes*, Bruxelles, Bruylant, 2006, à paraître.

(48) C.J.C.E., 27 mars 1990, aff. C-113/89, *Rush Portuguesa, Rec.*, 1990, p. I-1417. Toutefois, l'Allemagne et l'Autriche ont expressément exclu cette possibilité dans certains secteurs d'activités comme la construction.

(49) C.J.C.E., 17 mars 2005, aff. C-109/04, *Kranemann, Rec.*, p. I-2421, point 12.

(50) Un autre rapprochement peut être opéré avec C.J.C.E., 23 mai 1996, aff. C-237/94, *O'Flynn, Rec.*, p. I-2617. La limite de l'octroi de frais funéraires à la seule occurrence d'une inhumation en Angleterre, à l'exclusion d'une inhumation dans un autre Etat membre, y est condamnée. La Cour y suggérerait un autre moyen, plus proportionné : limiter l'indemnité à un montant forfaitaire ou raisonnable, quel que soit

18. — Les arguments de situation purement interne et de fonction publique invoqués par le *Land Nordrhein-Wesfalen* pour contester l'application des règles relatives à la libre circulation des travailleurs dans *Kranemann* relèvent d'un autre âge de la jurisprudence. Pareillement, une ordonnance de chambre suffit pour condamner la réglementation allemande « qui refuse le droit à une prime spéciale annuelle à un fonctionnaire qui quitte ses fonctions avant une certaine date pour exercer un emploi dans la fonction publique d'un autre Etat membre, alors qu'elle accorde le droit à une telle prime lorsque le nouvel emploi du fonctionnaire relève de la fonction publique » (51). Rappelant les principes, la Cour souligne que M. Marhold, professeur d'université allemand engagé par une université autrichienne, ne participe pas directement ou indirectement à l'exercice de la puissance publique (point 20) et que l'exception « fonction publique » concerne l'accès à un emploi et non ses conditions d'exercice après y avoir été admis (point 23). Pour le même motif, les activités d'enseignement accomplies dans un autre Etat membre doivent être prises en compte lors d'un examen de recrutement dans l'école publique lorsque les mêmes activités exercées sur le territoire national le sont. Déjà sanctionnée dans un cas d'espèce similaire (52), l'Italie est, en 2005, condamnée en manquement pour la poursuite de cette pratique (53).

2^o — Véhicule (*Commission c. Danemark, Nadin et Durré*)

19. — Outil du travailleur, objet d'avantages en nature, la voiture est aussi source de rentrées fiscales pour les Etats, qui voient d'un mauvais œil son immatriculation dans un autre Etat membre et utilisent diverses techniques pour imposer l'immatriculation dans l'Etat de circulation principale. Ces techniques sont condamnées par la Cour lorsqu'elles constituent une entrave disproportionnée à la libre circulation. Le Danemark est condamné en manquement pour sa législation qui « n'autorise pas les travailleurs résidant au Danemark et occupant, dans un autre Etat membre, un emploi qui ne constitue pas leur activité principale à utiliser, à des fins professionnelles et privées, un véhicule de société immatriculé dans cet autre Etat membre où est établie l'entreprise de leur employeur » (54).

Par un arrêt *Nadin et Durré* du 15 décembre 2005, la Belgique est condamnée indirecte-

le caractère — transfrontière ou non — de l'inhumation (point 29). Cela s'apparente au constat fait par M. Kranemann de ce qu'un voyage d'un bout à l'autre de l'Allemagne pourrait être plus onéreux qu'un voyage dans un Etat membre voisin (point 32). Toutefois, dans *Kranemann*, la Cour ne suit pas cette voie, préférant celle qui écarte, en principe, des justifications d'intérêt général reposant sur « des motifs de nature purement économique » (point 34).

(51) C.J.C.E., ordonnance, 10 mars 2005, aff. C-178/04, *Marhold*, non encore publiée au *Recueil*, dispositif.

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

(53) C.J.C.E., 12 mai 2005, aff. C-278/03, *Commission c. Italie, Rec.*, p. I-3747.

(54) C.J.C.E., 15 septembre 2005, aff. C-464/02, *Commission c. Danemark*, non encore publié au *Recueil*, avec ordonnance rectificative, pour la version danoise, du 20 octobre 2005.

ment, par voie de question préjudicielle, pour sa réglementation qui impose à un travailleur non salarié, après l'avoir supprimé pour le travailleur salarié, résidant en Belgique, d'y immatriculer un véhicule de société mis à sa disposition par la société qui l'emploie, établie dans un autre Etat membre, lorsque le véhicule de société n'est ni destiné à être essentiellement utilisé en Belgique à titre permanent ni, en fait, utilisé de cette façon (55). Le cadeau de Noël ainsi fait aux administrateurs belges de sociétés luxembourgeoises est tempéré par la condition d'usage du véhicule qu'il appartiendra « au juge national d'apprécier » (point 42). La Cour dans l'arrêt *Commission c. Danemark* (point 80) et l'avocat général dans l'arrêt *Nadin et Durré* (point 30) rappellent que « la réduction de recettes fiscales ne saurait être considérée comme une raison impérieuse d'intérêt général pouvant être invoquée pour justifier une mesure en principe contraire à une liberté fondamentale ».

3° — Diplômes (Commission c. France, Peros, Aslanidou)

20. — La libre circulation des personnes conduit à la reconnaissance mutuelle des diplômes pour laquelle le législateur communautaire a adopté des directives de système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur (56) et de formations professionnelles (57). La France est condamnée en manquement pour défaut de transposition de ces directives (58). Même à défaut de transposition de l'une ou l'autre de ces directives, comme c'est le cas pour la Grèce, le particulier peut s'en prévaloir pour exercer une profession réglementée comme celle d'ingénieur mécanicien (59) ou d'ergothérapeute (60) et « cette possibilité ne peut pas être subordonnée à l'homologation des titres de l'intéressé par les autorités nationales compétentes » (dispositif commun).

4° — Documents

21. — En matière de libre circulation des personnes, la distinction entre le droit et le titre ou document qui matérialise ce droit est fondamentale (61). Le second n'est que la preuve du premier et ne peut le conditionner. Il advient qu'il s'agisse, pour un membre de la famille ressortissant d'un Etat tiers, d'une autorisation d'accès au territoire sous forme de visa ou d'un permis de travail (a). Il advient qu'il s'agisse, pour le citoyen lui-même, d'un document d'identité (b).

(55) C.J.C.E., 15 décembre 2005, aff. jointes C-151/04 et C-152/04, *Nadin et Durré*, non encore publié au *Recueil*.

(56) Directive 89/48/CEE du 21 décembre 1988 relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans (dite : directive Bac plus 3), *J.O.*, n° L 19/16, 24 janvier 1989.

(57) Directive 92/51/CEE du 18 juin 1992 relative à un deuxième système général de reconnaissance des formations professionnelles, *J.O.*, n° L 209/25, 24 juillet 1992.

(58) C.J.C.E., 20 janvier 2005, aff. C-198/04, *Commission c. France*, non encore publié au *Recueil*.

(59) C.J.C.E., 14 juillet 2005, aff. C-141/04, *Peros*, non encore publié au *Recueil*.

(60) C.J.C.E., 14 juillet 2005, aff. C-142/04, *Aslanidou*, non encore publié au *Recueil*.

(61) C.J.C.E., 8 avril 1976, aff. 48/75, *Royer, Rec.*, p. 497, point 33.

a) *Famille : visas, permis de travail* (Commission c. Espagne, Commission c. Luxembourg)

22. — Les membres de la famille d'un ressortissant d'un Etat membre, qui circulent avec lui, demeurent sujets à de nombreuses tracasseries administratives, particulièrement lorsqu'ils sont ressortissants d'Etats tiers. Après avoir, sur question préjudicielle, condamné indirectement la Belgique dans l'arrêt *MRAX* (62) pour l'exigence de visa préalable imposée aux ressortissants d'Etats tiers, la Cour condamne l'Espagne en manquement pour le même motif et pour délivrance tardive des titres de séjour (63). L'exigence d'un permis de travail pour le conjoint ressortissant d'un Etat tiers entraîne la condamnation en manquement du Luxembourg (64). Ces rappels à l'ordre conduiront-ils les Etats à transposer correctement et en temps utile, c'est-à-dire avant le 30 avril 2006, toutes ces questions uniformisées et codifiées dans la directive 2004/38/CE?

b) Citoyen : carte d'identité (Oulane)

23. — M. Oulane est français (65). Son nom ne l'indique pas. Sa couleur de peau probablement pas davantage. A cela s'ajoutent des activités suspectes, qui conduisent les autorités des Pays-Bas à le contrôler à deux reprises. Il se dit en court séjour touristique aux Pays-Bas. Il est dépourvu de document d'identité. Détenu quelques jours à deux reprises puis expulsé vers la France, il demande réparation. La juridiction nationale s'interroge : ces pratiques, dont l'exigence de présentation d'une carte d'identité, sont-elles conformes à la libre circulation d'un destinataire de service? Non, répond la Cour dans la mesure où de telles exigences ne sont pas imposées aux nationaux. La Cour, sollicitée en cela par le juge national, se place sur le terrain de la libre circulation des services confirmant qu'un touriste en est bien destinataire, fût-ce potentiellement (66). Il ne bénéficiera

(62) C.J.C.E., 25 juillet 2002, aff. C-459/99, *M.R.A.X., Rec.*, p. I-659. On notera que le législateur belge étend la protection du membre de la famille d'un citoyen européen qui circule, au membre de la famille d'un Belge sédentaire pour éviter les discriminations à rebours (loi du 15 décembre 1980, article 40, § 6, et circulaire *M.R.A.X.* du 21 octobre 2002, *M.B.*, 29 octobre 2002). En revanche, la Cour de cassation de Belgique a refusé d'étendre la jurisprudence *M.R.A.X.* au membre de la famille d'un étranger ressortissant d'un Etat tiers séjournant régulièrement en Belgique. Ce membre de la famille doit donc bénéficier d'un visa préalable. Cet arrêt casse un arrêt de la cour d'appel de Liège qui considérait que « la même philosophie [de la jurisprudence *M.R.A.X.*] doit être appliquée à une ressortissante non CE ayant épousé un ressortissant non CE admis au séjour » (Cass. b., 15 décembre 2005, n° C.04.0157F, *Banyammouh*, non encore publié).

(63) C.J.C.E., 14 avril 2005, aff. C-157/03, *Commission c. Espagne, Rec.*, p. I-2911.

(64) C.J.C.E., 27 octobre 2005, aff. C-165/05, *Commission c. Luxembourg*, non encore publié au *Recueil*. Sur la question de l'extension de ce droit au travail du membre de la famille dans un autre Etat (Luxembourg) que celui dans lequel le travailleur communautaire (Luxembourgeois) exerce son activité (Belgique), voy. conclusions de l'avocat général Kokott, 15 décembre 2005, aff. C-10/05, *Mattern*.

(65) C.J.C.E., 17 février 2005, aff. C-215/03, *Oulane*; conclusions de l'avocat général Léger du 21 octobre 2004, *Rec.*, p. I-1215.

(66) Voy. déjà C.J.C.E., 31 janvier 1984, aff. C-286/82 et 26/83, *Luisi et Carbone, Rec.*, p. 377; C.J.C.E., 2 février 1989, aff. 186/87, *Cowan, Rec.*, p. 195;

donc pas de la formule *Grzelczyk*, à laquelle l'avocat général fait toutefois référence (point 50) sachant que, dans le futur, les distinctions entre les différents régimes s'estomperont en application de la directive 2004/38/CE, dont la Cour fait également mention (point 20). Ainsi, selon cette directive, « les citoyens de l'Union ont le droit de séjourner sur le territoire d'un autre Etat membre pour une période allant jusqu'à trois mois, sans autres conditions ou formalités que l'exigence d'être en possession d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité » (article 6). Il peut s'en déduire, selon les réflexions de l'avocat général (note 28), indirectement suivi par la Cour (points 20 à 25), que cette « formalité » plus que « condition » ne permettrait pas d'imposer la production de la carte d'identité ou du passeport, mais la preuve par l'intéressé de son identité et de sa nationalité dans les mêmes conditions que celles exigées des nationaux et sans sanctions disproportionnées comme l'arrestation immédiate ou l'expulsion. Faisant référence à l'arrêt *M.R.A.X.* précité et permettant d'en conclure que ce qui est vrai pour le membre de la famille du ressortissant d'un Etat tiers l'est *a fortiori* pour un citoyen, la Cour rappelle que « si, à défaut de présentation d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité, l'intéressé est néanmoins en mesure d'établir, sans aucune équivoque, sa nationalité par d'autres moyens, l'Etat membre d'accueil ne peut mettre en cause son droit de séjour au seul motif qu'il n'a pas présenté l'un ou l'autre des documents susvisés » (point 25). Sans doute le renforcement du contrôle des nationaux, justifié à tort ou à raison par la lutte contre le terrorisme, permettra-t-il, par égalité inversée, le renforcement du contrôle du citoyen migrant et des membres de sa famille. Ce sont alors les droits fondamentaux qui devront tracer les limites à ne pas franchir, par exemple au regard de la vie privée (*supra*, à propos des transports aériens).

5° Droits sociaux (Laurin Effing)

24. — La circulation des travailleurs soulève diverses questions spécifiques de sécurité sociale abordées dans d'autres chroniques. L'on retiendra, pour 2005, que des arrêts concernent la totalisation de périodes de chômage pour l'ouverture du droit à des prestations de vieillesse (67), la prise en compte d'une période de chômage complet dans un autre Etat membre pour le calcul d'un pécule de vacances dans les prestations de vieillesse (68), le maintien global de l'affiliation obligatoire dans le pays de prestations après cessation des activités professionnelles, même en cas de résidence dans un autre Etat, si les conditions de l'affiliation volontaire sont plus défavorables.

C.J.C.E., 19 janvier 1999, aff. C-348/96, *Calfa, Rec.*, p. I-11.

(67) C.J.C.E., 20 janvier 2005, dans une première affaire espagnole C-225/02, *Garcia Blanco, Rec.*, p. I-523, la Cour constate qu'il n'y a pas lieu à répondre, les droits ayant été accordés; à la même date, dans une deuxième affaire espagnole soumise par le même juge, C-306/03, *Salgado Alonso, Rec.*, p. I-705, la Cour accepte le refus de prise en compte de certaines périodes de chômage pour l'ouverture du droit à une pension de retraite, étant précisé que de telles périodes sont prises en compte pour le calcul du montant de ladite pension.

(68) C.J.C.E., 20 janvier 2005, aff. C-101/04, *Noteboom, Rec.*, p. I-771. Voy. aussi pour le calcul de la pension proratisée, 21 juillet 2005, aff. C-30/04, *Koschitzki*, non encore publié au *Recueil*.

vorables (69) ou la question du cumul d'allocations d'éducation (70).

25. — Fréquemment, le souci des Etats d'éviter le cumul de prestations sociales touche particulièrement les frontaliers travaillant par exemple aux Pays-Bas et résidant en Belgique, comme dans les affaires *Noteboom* et *van Pommeren-Bourgoniën* citées ci-dessus. Au-delà de la technicité de l'interprétation du règlement 1408/71, c'est la répartition des charges sociales entre l'Etat de résidence et l'Etat d'emploi qui est en cause (71). La question s'affine lorsqu'elle met en cause le principe de non-discrimination. Tel est le cas dans l'affaire *Laurin Effing* (72). Effing père, Allemand, vivant et travaillant en Autriche, y est condamné à une peine de prison pour laquelle il demandera et obtiendra son transfert vers l'Allemagne. Effing fils, le requérant, est autrichien. Confié à la garde de sa mère en Autriche, il y bénéficie d'une avance sur pension alimentaire accordée par l'Autriche. La condition de résidence en Autriche du débiteur d'aliments n'étant plus rattachée à la suite du transfert du prisonnier vers l'Allemagne, l'avance n'est plus accordée. La juridiction nationale s'interroge sur la conformité de cette législation autrichienne avec le règlement 1408/71 et l'article 12 CE. Rappelant que ces avances constituent des prestations familiales entrant dans le champ d'application du règlement 1408/71, la Cour constate toutefois que les règles de conflit de lois du règlement conduisent bien à l'application de la loi du lieu dans lequel le père purge sa peine. En outre, le fils ne subirait pas de discrimination contraire à l'article 12 CE, qui ne peut avoir « pour effet d'interdire les disparités de traitement qui découlent de la disparité des législations nationales relatives aux prestations familiales désignées applicables en vertu de règles de conflit de lois » (point 51). Le même argument de disparité des législations nationales justifie l'absence de déduction fiscale du paiement d'une pension alimentaire à une épouse résidant dans un autre Etat membre dans l'affaire *Schempp* (*supra*). Dans la présente affaire, la Cour a eu l'élégance de ne pas utiliser la formule citoyenne pour baptiser le fils Effing, tout en lui refusant effectivité comme dans *Schempp*. Il reste que cette application modulée du principe d'égalité est singulièrement différente de la force qui lui est attribuée par l'arrêt *Mangold* (*supra*). Il n'est pas certain qu'il puisse résister à l'évolution du principe de non-discrimination à raison de la nationalité dans la jurisprudence strasbourgeoise *Gaygusuz* (73) et *Koua Poirrez* (74). L'affaire *Koua Poirrez*, qui avait été écartée de l'ordre juridique communautaire au motif de la situation purement interne (75), fut réglée en faveur de l'intéressé à Strasbourg. La Cour européenne des droits de l'homme, par application combinée des articles 14 de

la Convention européenne des droits de l'homme et 1 du premier protocole, a considéré qu'il y avait discrimination dans l'accès à un droit de propriété. L'allocation de handicapé qui était en cause, est une allocation non contributive à laquelle l'avance sur pension alimentaire pourrait être assimilée. Si la Cour européenne des droits de l'homme considère que « seules des considérations très fortes peuvent l'amener à estimer compatible avec la Convention européenne des droits de l'homme une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité » (*Gaygusuz*, point 42; *Koua Poirrez*, point 46), il conviendrait, dans *Laurin Effing*, pour soutenir le point de vue de l'Autriche, d'établir soit qu'il y a des « considérations très fortes » suffisantes, ce qui paraît difficile, soit que la différence de traitement subie par le fils n'est pas due « exclusivement » à la nationalité du père mais à son transfert volontaire de prison. Dans ce cas le débat porte sur une autre question : la volonté du père défaillant dans ses obligations alimentaires peut-elle priver le fils d'un droit de propriété sous forme de droit social accordé par l'Etat ? En l'absence d'exclusion de ce cas de l'ordre juridique communautaire pour cause de situation purement interne comme dans *Koua Poirrez*, même s'ils n'y étaient pas expressément invités par la juridiction nationale, les juges de Luxembourg pouvaient, à partir de l'article 12 CE, examiner ces questions plutôt que de les abandonner à une procédure qui pourrait amener le juge de Strasbourg à montrer que le principe de non-discrimination à raison de la nationalité est aussi fort et plus effectif lorsqu'il se fonde sur les droits de l'homme que lorsqu'il se fonde sur la citoyenneté européenne.

3

Accords (Turquie : *Dörr et Ünal*, *Dögan, Gürol, Aydinli*)

26. — L'accord d'association avec la Turquie fait l'objet de quelques jurisprudences en 2005. De façon générale, ces jurisprudences tendent à consolider les droits que les travailleurs turcs et les membres de leur famille puisent dans l'accord d'association et à assimiler ces travailleurs aux citoyens européens, lorsqu'ils ont eu accès aux mêmes droits qui seront interprétés à la lumière du droit communautaire. Ainsi, l'expulsion d'un Turc pour motif d'ordre public doit répondre aux garanties procédurales de la directive 64/221/CEE pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique (76). La Cour répond similairement à une question préjudicielle qui concerne l'expulsion par l'Autriche d'un Allemand, M. *Dörr*, et d'un Turc, M. *Ünal*, tous deux ayant fait l'objet de condamnations pénales (77). Dans cet arrêt la Cour précise les garanties procédurales dont l'expulsé, européen ou turc résidant régulièrement, doit bénéficier et dont il devra encore bénéficier selon la

directive 2004/38/CE qui se substitue à la directive 64/221/CEE. A défaut d'organe destiné à donner un avis avant la décision d'expulsion, comme en Belgique la Commission consultative des étrangers lors de l'expulsion d'un Européen, le recours juridictionnel prévu doit être suspensif et ne peut se limiter à un contrôle de légalité à l'exclusion de l'opportunité. Il s'en déduit, pour la Belgique, que soit l'avis préalable de la Commission consultative des étrangers devra s'étendre au cas de l'expulsion d'un Turc résidant régulièrement, soit la future juridiction administrative envisagée par le législateur belge (Conseil du contentieux des étrangers) devra être un organe de pleine juridiction. Cette interprétation, qui assimile le Turc bénéficiaire des accords d'association à l'Européen « est justifiée par l'objectif consistant à réaliser graduellement la libre circulation des travailleurs turcs » (point 66).

Dans l'arrêt *Dögan*, la Cour précise qu'une absence provisoire du marché régulier de l'emploi par incarcération ne fait pas perdre l'ensemble de ses droits au travailleur turc qui bénéficiait de l'accès généralisé au marché de l'emploi (78). La jurisprudence *Nazli* (79) relative à une détention préventive est donc étendue à une détention pour exécution de peine « dès lors qu'elle n'exclut pas la participation ultérieure à la vie active » (*Dögan*, point 22). Cette extension se fait par analogie avec la jurisprudence communautaire générale (80).

C'est également par analogie avec la jurisprudence communautaire générale, dont *Echternach et Moritz* (81), que la Cour, dans l'affaire *Gürol*, interprète largement la notion d'enfant résidant avec ses parents « alors qu'il n'est déclaré demeurer chez ses parents qu'au titre du domicile secondaire » (dispositif, point 2) et que la bourse d'études constitutive d'une aide à la formation doit être mise à charge du pays d'accueil également pour une formation de l'enseignement supérieur en Turquie (82). Enfin, dans l'arrêt *Aydinli* (83), la Cour combine une interprétation large de la notion de famille pour reconnaître un droit autonome à l'enfant de travailleur turc, devenu majeur, qui ne vit plus auprès du travailleur à l'origine de son droit de séjour, et l'indifférence d'une absence prolongée du marché de l'emploi due à une incarcération suivie d'une cure de désintoxication.

L'expulsion de ressortissants turcs a aussi fait l'objet de jurisprudence à Strasbourg au regard du respect de la vie familiale (84). Dans les prétories, comme ailleurs, l'entrée de la Turquie dans l'Europe se négocie.

Jean-Yves CARRIER

Professeur
à l'Université catholique de Louvain
Avocat

(69) C.J.C.E., 7 juillet 2005, aff. C-227/03, *van Pommeren-Bourgoniën*, non encore publié au *Recueil*.

(70) C.J.C.E., 7 juillet 2005, aff. C-153/03, *Weide*, non encore publié au *Recueil*.

(71) S'agissant de prestations familiales, voy. C.J.C.E., 7 juin 2005, aff. C-543/03, *Dodl*, non encore publié au *Recueil*.

(72) C.J.C.E., 20 janvier 2005, aff. C-302/02, *Laurin Effing*, *Rec.*, p. I-553.

(73) C.E.D.H., 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*.

(74) C.E.D.H., 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c. France*.

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

(76) *J.O.*, n° 56/850, 4 avril 1964. Voy. déjà C.J.C.E., 11 novembre 2004, aff. C-467/02, *Cetin-kaya*, *Rec.*, I-10895.

(77) C.J.C.E., 2 juin 2005, aff. C-136/03, *Dörr et Ünal*, non encore publié au *Recueil*.

(78) C.J.C.E., 7 juillet 2005, aff. C-383/03, *Dögan*, non encore publié au *Recueil*.

(79) C.J.C.E., 10 février 2000, aff. C-340/97, *Nazli*, *Rec.*, p. I-957; *J.T.D.E.*, 2001, p. 65.

(80) C.J.C.E., 29 avril 2004, aff. C-482/01 et C-493/01, *Orfanopoulos et Oliveri*, *Rec.*, p. I-5257; *J.T.D.E.*, 2005, p. 76.

(81) C.J.C.E., 15 mars 1989, aff. 389 et 390/87, *Echternach et Moritz*, *Rec.*, p. 723.

(82) C.J.C.E., 7 juillet 2005, aff. C-374/03, *Gürol*, non encore publié au *Recueil*.

(83) C.J.C.E., 7 juillet 2005, aff. C-373/03, *Aydinli*, non encore publié au *Recueil*.

(84) C.E.D.H., 5 juillet 2005, *Üner c. Pays-Bas*.