

# La libre circulation des personnes dans l'Union européenne

(1<sup>er</sup> janvier - 31 décembre 2001)

1

## Entrée et circulation

### 1. — Entrée (visa, asile, immigration)

1. — L'année 2001 ne sera pas considérée comme un grand cru en matière de jurisprudence relative à la libre circulation des personnes. S'agissant de circulation externe, les décisions les plus importantes concernent l'élargissement de la libre circulation aux ressortissants des pays d'Europe centrale et orientale avant même leur intégration dans l'Union (affaire *Gloszczuk* e.a.). Cet élargissement se produit par la liberté d'établissement inscrite dans les accords d'association avec les P.E.C.O. La Cour reconnaît effet direct à ces dispositions. La portée de l'élargissement est toutefois limitée, la Cour considérant que les « droits d'admission et de séjour (qui en découleraient) ne constituent pas des prérogatives absolues, leur exercice pouvant être limité, le cas échéant, par les règles de l'Etat membre d'accueil concernant l'admission, le séjour et l'établissement de ressortissants (de P.E.C.O.) ». Ces décisions ne surprennent pas. Puisque l'Union a entendu différer la liberté de circulation des travailleurs des futurs nouveaux Etats membres, il convenait de juguler le risque d'une circulation trop facile des personnes par le canal de l'établissement. A dire vrai, comme lors de l'adhésion de l'Espagne et du Portugal, ces craintes de flux massifs de migrants ne reposent sur aucun élément objectif et seront sans doute assez vite contredites par les faits. S'agissant de circulation interne, plusieurs décisions reposent la question des limites portées aux droits sociaux liés à la libre circulation. L'exclusion des sédentaires, des membres de la famille d'un sédentaire, mais aussi du migrant qui retourne dans son pays d'origine pourra-t-elle résister à la construction d'une véritable citoyenneté européenne?

2. — La présente chronique pourrait conserver les trois divisions de la circulation des personnes retenues dans les chroniques précédentes (1) :

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

Toutefois, les deux premières divisions (entrée et circulation interne) sont ici réunies dans le premier point car elles ne font l'objet, en 2001, d'aucune jurisprudence et ne connaissent que quelques développements normatifs de droit dérivé.

(1) *J.T.D.E.*, 1995, p. 97; 1996, p. 63; 1997, p. 193; 1999, p. 56; 2000, p. 54; 2001, p. 54.

3. — L'élaboration du droit dérivé en application du titre IV du Traité C.E. se poursuit. La chronologie des textes suit en grande partie l'ordre du libellé même de ce titre IV : « Visa, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes ». Les premiers textes ont concerné la question des visas, puisqu'aussi bien celle-ci est communautarisée depuis Maastricht (2). Selon un document de la présidence belge, l'objectif est la « mise en place d'une coopération consulaire structurelle susceptible d'assurer une harmonisation toujours plus grande dans le domaine des visas » car « une gestion cohérente des flux migratoires et une lutte efficace contre l'immigration illégale ou pseudo-légale nécessitent une approche harmonisée des divers aspects que recouvre la politique des visas » (3). Une deuxième série de textes concerne le droit d'asile et des réfugiés. Sans encore s'accorder sur le contenu de ces notions ni sur les procédures (4), l'Union tente d'harmoniser les con-

(2) Les règlements 1683/95 du 29 mai 1995, *J.O.C.E.*, L164, p. 1 (relatif à un modèle type de visa) et 2317/95 du 25 septembre 1995, *J.O.C.E.*, L234, p. 1 (déterminant les pays tiers dont les ressortissants doivent être munis d'un visa lors du franchissement des frontières extérieures des Etats membres) remplacé par le règlement 574/99 du 12 mars 1999, *J.O.C.E.*, L72, p. 2. Les principaux textes adoptés en 2001 sont : Règlement 539/2001 du 15 mars 2001 fixant la (nouvelle) liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, *J.O.C.E.*, L81, p. 1; modifié par le règlement 2414/2001 du 7 décembre 2001, *J.O.C.E.*, L327, p. 1; Règlement 789/01 du 24 avril 2001 réservant au Conseil des pouvoirs d'exécution en ce qui concerne certaines dispositions détaillées et modalités pratiques relatives à l'examen des demandes de visa, *J.O.C.E.*, L116, p. 2; Règlement 790/2001 du Conseil du 24 avril 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, *J.O.C.E.*, L116, p. 5.

(3) Conseil de l'Union européenne, note 14569/01 visa 141 COMIX 760 du 27 novembre 2001, intitulée « Bilan et perspectives de la coopération consulaire en matière de visa ».

(4) Proposition de directive du Conseil établissant des normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers et les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou de personne ayant besoin d'une protection internationale et relative au contenu de ces statuts, COM (2001) 510 du 12 septembre 2001. Proposition de di-

rectives d'accueil des réfugiés (5), a créé un fonds européen des réfugiés pour partager la charge entre les Etats membres (6), prévu un statut de protection temporaire en cas d'afflux en masse (7) et rendu efficace le système Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales des candidats réfugiés (8). Le troisième élément du titre IV, l'immigration en tant que telle, paraît plus difficile à harmoniser, les Etats souhaitant conserver une part de souveraineté. Les textes adoptés concernent principalement la lutte contre l'immigration illégale. Deux techniques de contrôle et de sanction sont développées en amont et en aval du visa. En amont, il s'agit de responsabiliser les transporteurs. Les sanctions, s'ils prennent à leur bord des personnes non munies des documents requis, dont principalement le visa (9), seront renforcées, au regard de ce qui existait dans les législations nationales (10). En aval, les per-

rective du Conseil relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres, COM (2000) 578 du 20 septembre 2000.

(5) Proposition de règlement établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, COM (2001) 447 (qui devrait remplacer la Convention de Dublin). Proposition de directive du Conseil relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres, COM (2001) 181 du 3 avril 2001.

(6) Décision 2000/596 du 28 septembre 2000 portant création d'un fonds européen des réfugiés, *J.O.C.E.*, L252, p. 12 et décision 2001/275 de la Commission du 30 mars 2001 portant modalités d'exécution de la Décision 2000/596, *J.O.C.E.*, L095, p. 27 (pour un montant total de 216.000.000 d'euros pour cinq ans).

(7) Directive 2001/55 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.C.E.*, L212, p. 12 (date de transposition : 31 déc. 2002).

(8) Règlement 2725/00 du 11 décembre 2000 concernant la création d'un système « Eurodac » pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la Convention de Dublin, *J.O.C.E.*, L316, p. 1.

(9) Directive 2001/51 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 (c'est-à-dire relative à l'harmonisation des sanctions imposées aux transporteurs acheminant sur le territoire des Etats membres des ressortissants des pays tiers démunis des documents nécessaires pour y être admis), *J.O.C.E.*, L187, p. 45 (date de transposition : 11 févr. 2003).

(10) En Belgique, les lois du 14 juillet 1987, 8 mars 1995 et 15 juillet 1996 ont introduit des sanctions pénales et administratives à charge des transporteurs aux articles 74/2 et suivants de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers. En Autriche, la

sonnes qui aideraient des étrangers à franchir irrégulièrement les frontières ou à séjourner irrégulièrement seraient sanctionnées (11). Les textes relatifs à la gestion des nouvelles migrations, qu'elles soient liées à des droits fondamentaux comme la vie familiale (12) ou à des besoins économiques et démographiques, sont encore en discussion (13).

4. — Il est trop tôt pour dresser un bilan de la politique migratoire européenne, de nombreux textes devant encore être discutés et adoptés avant mai 2004. Les négociations et textes actuels imposent deux constats. Premièrement, les textes portent de plus en plus sur des questions précises, introduisant en cette matière une technicité peut-être excessive qui risque de conduire la politique migratoire vers certains errements technocratiques qu'ont connus d'autres politiques européennes. Des lignes directrices claires devraient être posées, ce qui fait actuellement défaut malgré les conclusions du Conseil de Tampere (14) et le tableau de bord de la Commission (15). L'on semble réagir au gré des événements, qu'il s'agisse des attentats du 11 septembre 2001 aux Etats-Unis d'Amérique (16) ou des multiples décès de migrants dans des conditions particulièrement atroces lors de tentatives de franchissement des frontières (17). Deuxièmement, l'aspect « contrôle » voire « lutte contre » l'emporte nettement sur l'idée de gestion positive ou

« proactive » d'un phénomène (18). Toutes proportions gardées dans la comparaison, on a le sentiment que le chemin suivi ressemble à celui qui a mené à l'éradication progressive, et non achevée, de l'esclavage. Les premiers textes internationaux de protection des droits fondamentaux ont concerné la lutte contre l'esclavage. Leur analyse comporte peut-être un enseignement en matière de gestion des migrations. Fin du XIX<sup>e</sup> siècle, les textes condamnaient la *traite* des esclaves. Ce n'est que quelque vingt ans plus tard que les textes se sont attaqués à la source du mal en condamnant l'esclavage. Aujourd'hui l'on s'attaque prioritairement aux migrants et à ceux qui favorisent ou permettent leur migration. Ce faisant, l'attention se concentre plus sur les conséquences que sur les causes d'un phénomène. Certes, il y a là des abus à sanctionner. Certes aussi, la migration ne devra probablement pas être éradiquée comme l'esclavage. Mais il faut conserver à l'esprit que la grande majorité des migrations est le résultat d'une contrainte, non d'un choix. Feindre de l'oublier permet trop aisément de s'affranchir de la réflexion et des actions de nature à réduire le déséquilibre du monde. L'Europe est appelée par ses citoyens mêmes, lors de plusieurs sommets, à jouer un rôle en ce domaine. Elle pourra le faire en développant, parallèlement à sa politique de sécurité « interne » une réelle politique de sécurité « externe » (19).

## 2. — Circulation (visa longue durée)

5. — Le franchissement des frontières intérieures à l'Union sera facilité pour les ressortissants d'Etats tiers qui sont en possession d'un visa de long séjour dans un Etat membre. Modifiant l'article 18 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen, le règlement 1091/01 donne à un visa national de longue durée (par exemple une autorisation de séjour provisoire en Belgique) une « valeur concomitante de visa uniforme de court séjour (...) pendant une durée maximale de trois mois à compter de sa date initiale de validité (pour autant que) sa délivrance a été faite dans le respect des conditions et critères communs » (20).

(18) Pour quelques idées, à partir de la Belgique, voy. Marco Martiniello, *La nouvelle Europe migratoire - Pour une politique proactive de l'immigration*, Bruxelles, Labor, 2001; J.-Y. Carlier, « Pour une politique migratoire humaine et réaliste en Belgique dans l'Europe de demain », *Ann. dr. Louvain*, 1999, p. 223; Ph. De Bruycker (dir.) (réseau Odysseus), *Quelle politique d'immigration pour l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, à paraître; J. Niessen (dir.), *Policy recommendations for E.U. migration policy*, étude pour The German Marshall Fund, La fondation Roi Baudouin, La fondation Jose Ortega y Gasset, et la Compagnia di San Paolo, Bruxelles, octobre 2001.

(19) Le lien entre migrations et relations extérieures est, en partie, l'objet des travaux du « Groupe à haut niveau asile et migrations » (G.H.N.) instauré par le Conseil « Affaires générales », fin 1998. Toutefois, les plans d'action envisagés en partenariat avec les pays d'origine des migrations (Albanie, Maroc, Sri Lanka) demeurent encore prioritairement axés sur le contrôle des migrations et peu sur les causes du phénomène.

(20) Règlement 1091/01 du 28 mai 2001, relatif à la libre circulation avec un visa de long séjour, *J.O.C.E.*, L150, p. 47.

6. — L'affaire *Kaur*, qui peut concerner autant l'entrée que la circulation et le séjour sur le territoire de l'Union, apporte d'intéressantes précisions sur le maintien des compétences nationales en matière de citoyenneté européenne (21). Née au Kenya en 1949, de famille d'origine asiatique, Mme Kaur est citoyenne britannique d'outre-mer. En cette qualité, elle n'a pas, en vertu du droit national britannique qui comporte des citoyennetés à degrés, le droit d'entrer ni de séjourner au Royaume-Uni, sauf autorisation spéciale. Elle a obtenu cette autorisation pour plusieurs séjours temporaires mais n'obtient pas le droit de résidence (*right of abode*). Mme Kaur, soutenue par une association non gouvernementale de défense des droits de l'homme (*Justice*) que la juridiction nationale a admis à intervenir à la procédure au principal, entend faire reconnaître son droit de séjour en qualité de citoyenne européenne qui découle de sa citoyenneté britannique en vertu de l'article 17 C.E. (22). Plusieurs questions préjudicielles sont posées par la High Court of Justice qui ont pour objet de préciser la portée du lien entre la citoyenneté européenne et la législation d'un Etat relative à la nationalité. Lorsque celle-ci comporte, comme le droit britannique, plusieurs catégories de nationaux, peut-elle préciser et limiter les catégories de ressortissants qui bénéficient de la citoyenneté européenne? La Cour puise dans sa jurisprudence *Micheletti* et dans le « droit coutumier international » le principe selon lequel « la définition des conditions d'acquisition et de perte de la nationalité relève, conformément au droit international, de la compétence de chaque Etat membre, compétence qui doit être exercée dans le respect du droit communautaire » (23). En conséquence, dit la Cour, les déclarations de 1972 et de 1982 par lesquelles le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord a précisé ce qu'il y avait lieu d'entendre par « ressortissants des Etats membres » doivent être respectées, fussent-elles unilatérales, en ce qu'elles délimitent le champ d'application *ratione personae* de la citoyenneté communautaire.

7. — L'arrêt *Kaur* n'étonnera pas. Il confirme que l'accès à la citoyenneté européenne est directement lié aux législations nationales particulièrement lorsque, comme en l'espèce, l'Etat concerné a fait une déclaration précisant la portée de la notion de ressortissant. C'est également en ce sens que le Traité d'Amsterdam, qui n'était pas applicable en l'espèce, a précisé en troisième phrase de l'article 17, § 1<sup>er</sup>, C.E. : « La citoyenneté de l'Union complète la citoyenneté nationale et ne la remplace pas ». En abandonnant la citoyenneté européenne à la souveraineté nationale, la Cour évite de devoir

(21) C.J.C.E., 20 févr. 2001, aff. C-192/99, *Kaur*, *Rec. I-1237*, concl. A.G. Léger, 7 nov. 1999.

(22) Art. 17 C.E., § 1<sup>er</sup>, deuxième phrase « Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre ».

(23) Pt 19, rappelant C.J.C.E., 7 juill. 1992, aff. C-369/90, *Micheletti*, *Rec.*, p. I-4239, pt 10.

Cour constitutionnelle a, par arrêt du 14 octobre 2001, annulé les dispositions ayant introduit en 1997 des sanctions à charge des transporteurs, aux motifs que les obligations des transporteurs ne sont pas suffisamment précises, notamment au regard de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative aux réfugiés (*M.N.S.*, déc. 2001, p. 9).

(11) Projet de directive du Conseil visant à définir l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers (5 juill. 2001, doc. 10075/01). Projet de décision-cadre visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers (6 déc. 2001, doc. 11015/01).

(12) Proposition de directive sur le regroupement familial (COM, 1999, 638). Voy. P. Boeles, « Directive on Family Reunification : Are the Dilemmas Resolved? », *E.J.M.L.*, 2001, p. 61.

(13) Proposition de directive sur les migrations économiques (COM, 2001, 386) et sur les résidents de longue durée (COM, 2001, 127).

(14) Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, conclusions de la présidence, doc. P.E. 168.495.

(15) Communication de la Commission européenne au Conseil et au Parlement européen, mise à jour semestrielle du tableau de bord pour l'examen des progrès réalisés en vue de la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice dans l'Union européenne, 30 oct. 2001, COM (2001) 628 final.

(16) C'est ainsi que le Conseil « Justice et affaires intérieures » du 20 septembre 2001 a invité la Commission à examiner d'urgence le « rapport entre la sauvegarde de la sécurité intérieure et le respect des obligations et des instruments internationaux en matière de protection ». En date du 5 décembre 2001 la Commission a produit un document de travail portant ce titre (COM 2001, 743).

(17) Malgré l'émoi suscité à plusieurs reprises par les décès de migrants, depuis décembre 1996, les corps de 283 migrants irréguliers qui ont coulé au large de la Sicile avec leur bateau n'ont pas été repêchés, les autorités italiennes et européennes se renvoyant le problème (*M.N.S.*, déc. 2001, p. 7).

répondre aux autres questions préjudicielles, notamment à l'éventuelle violation de l'article 3, § 2, du Protocole 4 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, aux termes duquel nul ne peut être privé du droit d'entrer sur le territoire de l'Etat dont il est le ressortissant. Or, Mme Kaur, et l'association *Justice*, ne pouvaient envisager de soumettre cette question à Strasbourg, le Royaume-Uni n'ayant pas ratifié le Protocole 4 de la C.E.D.H.

8. — De façon plus radicale, l'avocat général Léger avait proposé à la Cour de considérer que les questions sortaient du champ d'application du droit communautaire s'agissant soit d'une situation purement interne (d'une Britannique voulant séjourner en Grande-Bretagne), soit d'une situation purement externe (d'une ressortissante d'Etat tiers voulant séjourner dans un Etat membre). Ainsi l'avocat général laissait ouverte l'hypothèse de la détermination du contenu de la citoyenneté européenne dans les cas relevant du droit communautaire, laissant quelqu'espoir au développement d'une véritable notion communautaire de citoyenneté, fidèle à l'esprit des conclusions qu'il avait développées dans l'affaire *Boukhalfa*, considérant que, « poussé jusqu'au bout, un tel concept [de citoyenneté] devrait permettre de parvenir à une assimilation parfaite des citoyens de l'Union, quelle que soit leur nationalité. Cette assimilation devrait s'opérer de la même façon qu'elle existe entre les nationaux d'un même Etat » (24). Le problème du droit britannique est précisément de refuser cette assimilation en classant au sein d'un même Etat, ses nationaux dans différentes catégories. S'agit-il d'une différence de traitement acceptable « eu égard à son passé impérial et colonial » (25) ou d'une discrimination surannée qui frappe particulièrement les Britanniques d'origine asiatique? Il appartiendra à l'ordre juridique national de répondre à la question, Luxembourg ayant refusé de le faire et Strasbourg ne pouvant le faire.

## 2. — Droits fondamentaux

9. — Si l'arrêt *Kaur* n'étonne pas, il reste que la Cour eût pu s'interroger sur la discrimination entre citoyens européens résultant du droit national en invoquant le dernier membre de phrase de la citation puisée dans sa jurisprudence *Micheletti*, vérifiant l'application du droit national « dans le respect du droit communautaire » en trouvant appui sur la base, encore fragile, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Serait-on en présence d'une discrimination « fondée sur la nationalité », « dans le domaine d'application du Traité » (art. 12, C.E., art. 21, § 2, Charte), ou plus généralement d'une discrimination fondée sur « les origines ethniques » ou « l'appartenance à une minorité nationale »? Les deux hypothèses mériteraient un examen plus approfondi.

Les premières références à la Charte apparaissent principalement dans les conclusions. Elles demeurent timides (26). Il reste que le monde

politique (27) et le monde des affaires (28), qui multiplient les références aux droits fondamentaux inscrits dans la Convention européenne des droits de l'homme, n'hésiteront pas à se référer également à la Charte. Déjà, devant le Tribunal de première instance, une firme fabriquant des tubes en acier a invoqué l'incidence de la Charte sur l'interprétation de l'article 6 de la C.E.D.H. en droit communautaire pour justifier, en qualité de droit au silence comme droit de la défense, son refus de répondre à certaines questions de la Commission qui pourraient entraîner la reconnaissance de pratiques anticoncurrentielles (29). Prudent, le Tribunal paraît adopter une position d'expectative quant à l'incidence de la Charte sur le contrôle des droits fondamentaux constatant qu'en l'espèce « la Charte ne peut avoir aucune conséquence sur l'appréciation de l'acte attaqué qui était adopté antérieurement » (30).

## 3. — Sécurité sociale, allocations de chômage (aff. *Stallone, Ruhr*)

10. — C'est en matière de droit sociaux que la référence aux droits fondamentaux, et particulièrement au principe de non-discrimination, paraît la plus traditionnelle en droit communautaire. Seul l'entêtement de l'Office national de l'emploi de Belgique, explique qu'une affaire *Stallone* ait conduit à une question préjudicielle (31). Travailleur italien au chômage en Belgique, Salvatore Stallone ne peut bénéficier d'une allocation de chômage majorée au taux

(27) T.P.I., 2 oct. 2001, aff. jtes T-222/99, 327/99 et 329/99, *Martinez, de Gaulle, Front national, Bonino, Panella e.a. c. Parlement européen*, non encore publié au *Recueil*. Ces parlementaires européens de différents partis invoquent notamment la liberté d'association pour constituer un « Groupe technique des indépendants » ce que le Parlement a refusé au motif de l'absence d'affinités politiques entre ses composantes. Le Tribunal rejette le recours. Après avoir rappelé que le principe de proportionnalité « exige que les actes pris par les institutions communautaires soient appropriés et nécessaires pour atteindre le but recherché, étant entendu que lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante », le Tribunal estime que « le principe de liberté d'association ne s'oppose pas à ce que, dans le cadre de son pouvoir d'organisation interne, le Parlement subordonne la constitution d'un groupe de députés en son sein à une exigence d'affinités politiques dictée par la poursuite d'objectifs légitimes ».

(28) C.J.C.E., 8 mars 2001, aff. C-405/98, *Konsumentombudsmannen, Rec.*, I-1795. L'éditeur d'un magazine « Gourmet » a inséré des publicités pour l'alcool dans l'édition réservée aux professionnels en contrariété avec la législation suédoise. Il invoque notamment la liberté d'expression (concl. A.G. Jacobs, pt 74). La Cour invite le juge national à appliquer le principe de proportionnalité pour vérifier si « la protection de la santé publique contre les méfaits de l'alcool (objectif légitime) peut être assurée par des mesures affectant de manière moindre le commerce intracommunautaire ».

(29) T.P.I., 20 févr. 2001, aff. T112/98, *MannesmannröhrenWerke A.G., Rec.*, II-0729.

(30) *Idem*, pt 76.

(31) C.J.C.E., 16 oct. 2001, aff. C-212/00, *Salvatore Stallone c. O.N.Em.*, non encore publié au *Recueil*; concl. A.G. Tizzano, 7 juin 2001. Voy. aussi à propos de la recevabilité de recours introduits avant le 30 avril 1992, date d'entrée en vigueur du règlement 1248/92 (*J.O.C.E.*, L139, p. 7) : C.J.C.E., 22 févr. 2001, aff. C-52 et 53/99, *O.N.Em. c. Camarotto et Vignome, Rec.*, I-1395.

chef de ménage au motif qu'il ne cohabite pas avec l'un des membres de sa famille, son épouse et ses enfants étant retournés en Italie. Au terme d'un arrêt assez bref, la Cour dit pour droit que la législation belge est contraire à l'article 68, § 2, du règlement 1408/71 qui « a pour but d'éviter que ne soit instaurée une discrimination indirecte à l'encontre des travailleurs migrants puisque ce sont essentiellement ces derniers qui seront affectés par une condition de résidence des membres de leur famille sur le territoire national » (32).

11. — Deux arguments de l'O.N.Em. et du gouvernement belge pour justifier l'exigence de cohabitation méritent attention, même s'ils furent invoqués avec une certaine mauvaise foi. D'une part l'administration belge conteste l'applicabilité même du droit communautaire s'agissant d'une situation purement interne d'un Italien ayant toujours travaillé en Belgique dont la famille n'est pas restée dans le pays d'origine mais y est retourné. D'autre part l'administration souligne que la mesure est indistinctement applicable aux étrangers et aux nationaux en manière telle que supprimer l'exigence de cohabitation pour les seuls étrangers communautaires reviendrait à introduire une discrimination à rebours défavorisant les nationaux. L'on se doute que de tels arguments ne peuvent ébranler une jurisprudence constante de la Cour : un Italien se trouvant en Belgique relève du droit communautaire et imposer à sa famille une condition de résidence en Belgique le discrimine indirectement, cette condition étant plus facilement remplie par un national. Il n'empêche, une fois de plus, le malaise suscité par la protection plus efficace que le droit européen accorde au migrant communautaire se laisse sentir et pourrait ruiner la construction d'une citoyenneté commune quand 95% des Européens sont sédentaires. C'est rappeler que les droits fondamentaux communautaires qui ont trouvé leur source dans les quatre libertés de circulation devront, demain, atteindre la maturité, s'affranchir de leurs tuteurs et affirmer leur indépendance. Si la Cour peut y aider, le législateur pourra y pourvoir plus expressément en incorporant la Charte dans le droit primaire ou dans un futur texte de nature constitutionnelle.

12. — Le malaise se confirme dans l'affaire *Ruhr* (33). Ressortissante polonaise, épouse d'un Allemand, Mme Ursula Ruhr vit en Allemagne et travaille, pendant plus d'un an et demi, de l'autre côté de la frontière, au Luxembourg, comme employée de maison. N'ayant plus son emploi elle introduit une demande d'allocations de chômage en Allemagne auprès de l'Arbeitsamt Trier. En raison de sa nationalité polonaise, l'administration luxembourgeoise déclare ne pouvoir délivrer l'« attestation concernant les périodes à prendre en compte pour l'octroi des prestations de chômage » (formulaire E301). Dans ces conditions, l'administration allemande refuse les allocations de chômage, n'ayant pas la preuve que l'intéressée a eu une activité soumise à l'assurance obligatoire durant douze mois au cours d'une période de trois ans précédant la demande. Mme Ruhr introduit un recours devant le Sozialgericht Trier motivé par trois ar-

(32) Arrêt, pt 16.

(33) C.J.C.E., 25 oct. 2001, aff. C-189/00, *Ruhr*, non encore publié au *Recueil*; concl. A.G. Alber, 26 juin 2001.

(24) C.J.C.E., 30 avril 1996, aff. C-214/94, *Boukhalfa, Rec.*, I-2253, concl. pt 63.

(25) Concl. *Kaur*, pt 20.

(26) Sur l'ensemble, voy. J.-Y. Carlier et O. De Schutter (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, à paraître.

guments principaux. Premièrement, les allocations de chômage lui sont refusées au Luxembourg au motif qu'elle n'y réside pas. Deuxièmement, les allocations de chômage lui sont refusées en Allemagne ayant travaillé dans un autre Etat membre mais ne pouvant, en qualité de membre de la famille ressortissante d'un Etat tiers, bénéficier des dispositions pertinentes du règlement 1408/71 en raison de la jurisprudence *Kermaschek* distinguant les droits dérivés, ouverts aux membres de la famille, des droits propres ouverts aux seuls travailleurs ressortissants d'Etats membres (34). Troisièmement, outre ce caractère inéquitable, la décision porterait atteinte au droit de son mari « de circuler librement à l'intérieur de la Communauté dans la mesure où, afin de préserver les droits à prestations de la demanderesse au principal, il ne pourrait pas maintenir son domicile en Allemagne, mais serait contraint de transférer sa résidence dans un autre Etat membre (35). Tout en se ralliant à l'argumentation de la demanderesse, la juridiction allemande estime nécessaire de poser une question préjudicielle et demande en substance si la jurisprudence *Kermaschek* « continue à s'imposer même si elle a pour effet d'entraver indirectement la libre circulation d'un ressortissant d'un Etat membre ».

13. — Suivant l'avis de l'avocat général Alber, la Cour dit pour droit que la jurisprudence *Kermaschek* « reste applicable à l'article 2, § 1<sup>er</sup>, du règlement 1408/71 » (dispositif). La motivation de la Cour laisse entendre qu'elle n'est pas insensible au sentiment d'iniquité de Mme Ruhr, en indiquant dans l'arrêt une piste tracée par la Commission, selon laquelle « la prétention de Mme Ruhr au bénéfice des allocations de chômage aurait davantage de chance d'aboutir, sur le fondement du principe de non-discrimination, au Luxembourg, où elle a exercé son activité professionnelle » (36). En réalité, la Commission précisait que « la demande parfaitement justifiée de la demanderesse » pourrait trouver réponse dans le droit national luxembourgeois, « éventuellement après saisine de la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg » (37). En d'autres termes, ballottée entre deux Etats qui déclinent leur responsabilité, Mme Ruhr est aussi ballottée entre les deux ordres juridiques européens de Luxembourg et de Strasbourg. Est-ce là l'effectivité du pluralisme juridique et judiciaire qui devrait conduire à un renforcement dans la protection des droits fondamentaux (38)? Pourquoi renvoyer Mme Ruhr à Strasbourg plutôt que de revoir la jurisprudence *Kermaschek* à la lumière des droits fondamentaux, personne n'ayant contesté que la situation de l'intéressée relève du droit communautaire?

De façon plus nette encore, l'avocat général Alber constate qu'il « s'agit d'une situation injuste, comme on en rencontre constamment, ty-

piquement chez les frontaliers (...) d'un problème d'égalité de traitement du travailleur par rapport à son Etat d'emploi » auquel malheureusement « en son état actuel, le droit communautaire ne peut toutefois » apporter solution, notamment car il ne peut « pas faire le lien entre l'ordre juridique luxembourgeois et l'ordre juridique allemand (aussi souhaitable cela soit-il dans un cas tel que celui de l'espèce au principal) » (39). Bref chacun s'accorde à déplorer la situation de la requérante, tout en lui indiquant que la solution serait à une autre porte. Ces regrets sont aussi sincères que vains s'ils ne font preuve d'une aptitude à les traduire en droits pour l'intéressée. La Cour pouvait saisir l'occasion d'achever la révision de la jurisprudence *Kermaschek* en faisant droit aux arguments tirés de la discrimination et de l'atteinte indirecte à la liberté de circulation.

14. — N'est-il pas temps de revisiter globalement, et non plus partiellement, la jurisprudence *Kermaschek*? L'on sait que, par cette jurisprudence, la Cour a dit pour droit que les travailleurs et les membres de leur famille sont deux groupes de personnes qui doivent être distingués : aux premiers sont reconnus des droits propres, aux deuxièmes les seuls droits dérivés. Cette distinction s'appuie sur le texte de l'article 2, § 1<sup>er</sup>, du règlement 1408/71 affirmant que « le présent règlement s'applique aux travailleurs salariés (...) ainsi qu'aux membres de leur famille », considérant que « la juxtaposition indiquée par l'emploi du mot "ainsi" indique que cette disposition vise deux catégories nettement distinctes » (40). L'argument de texte, qui fait d'une conjonction un élément disjonctif, est pour le moins faible et pourrait céder place à une interprétation téléologique. Comme l'a relevé l'avocat général, « d'un point de vue purement théorique, on peut affirmer que le caractère dynamique du droit communautaire peut tout à fait donner matière à examiner en profondeur une notion créée il y a 25 ans par la jurisprudence, surtout si les libertés fondamentales de la Communauté, dont fait partie la libre circulation des personnes, pouvaient être mieux servies par d'autres voies, ce que semble estimer le juge de renvoi » (41).

Les conclusions et l'arrêt citent deux arrêts postérieurs, *Cabanis-Issarte* (42) ainsi que *Hoever et Zachow* (43) qui ont « fortement relativisé la distinction entre droits propres et droits dérivés » (44), le premier en matière de pension de survie, le deuxième en matière de prestations familiales. Il reste que, s'agissant de prestations de chômage, qui « s'appliquent exclusivement aux travailleurs », la Cour estime devoir maintenir « cette distinction [qui] détermine l'applicabilité personnelle de nombreuses dispositions du règlement 1408/71 » (45). Conclusions et arrêt ne citent pas l'affaire

*Hallouzi-Choho* (46) dans laquelle la Cour, suivant les conclusions de l'avocat général Tesauero, avait refusé d'appliquer la distinction entre droits propres et droits dérivés dans le cadre des accords de coopération au motif qu'elle ne figurait pas dans ces textes. L'avocat général avait relevé que les ressortissants de pays tiers bénéficiant d'un accord de coopération étaient de la sorte favorisés au regard de membres de la famille d'un ressortissant d'un Etat membre, ce qui pourrait entraîner « des discriminations difficilement compréhensibles, en particulier au regard de l'objectif du Traité par rapport à celui d'un simple accord de coopération » (47). Loin de remettre en question l'argument de texte conduisant à ne pas introduire de distinction entre droit propre et droit dérivé dans les accords de coopération — qui en définitive n'était pas plus déterminant que l'argument de texte tiré du mot « ainsi » dans le règlement 1408/71 — l'avocat général invitait au contraire la Cour à supprimer cette discrimination « en revisitant la jurisprudence *Kermaschek* » (48).

15. — Afin d'inviter la Cour à procéder à ce revirement, la juridiction de renvoi faisait état de l'entrave indirecte à la libre circulation du mari de la requérante. La Cour écarte le raisonnement considérant « que cette question n'a aucun rapport avec la réalité du litige au principal », s'agissant d'un Allemand résidant et travaillant en Allemagne qui « n'a pas fait usage de la liberté de circulation (et qui) à supposer même qu'il (en) ait fait usage (n'aurait pas modifié) la situation juridique de Mme Ruhr, au regard de l'applicabilité personnelle du règlement 1408/71 » (49). Le deuxième argument de la Cour est faible. S'il est vrai que la situation juridique du champ d'application personnelle du règlement 1408/71 pour Mme Ruhr n'eût pas été modifiée, il reste que d'une part sa situation de fait eût été modifiée dans la mesure où si elle vivait avec son mari au Luxembourg, le droit aux allocations de chômage lui eût été reconnu en application du droit luxembourgeois et que, d'autre part, la situation juridique du mari de la requérante eût été modifiée, devenant un travailleur migrant devant bénéficier, sans discrimination, des avantages sociaux en application de l'article 7, § 2, du règlement 1408/71. Si les allocations de chômage sont un droit social pour la requérante, elles pourraient aussi être considérées comme un avantage social pour son mari (50).

Le premier argument est plus important. Il répète l'exclusion classique d'une situation purement interne ou d'une circulation purement hypothétique : « la possibilité théorique que (le mari) puisse l'exercer un jour, qui vaut potentiellement pour tout ressortissant communautaire, ne suffit pas à fonder une conséquence juridique aussi importante que la libre circulation *de facto* d'un conjoint ressortissant d'un Etat

(34) C.J.C.E., 23 nov. 1976, aff. C-40/76, *Kermaschek*, *Rec.*, 1669.

(35) Arrêt, pt 8.

(36) *Idem*, pt 18.

(37) Conclusions, pt 35. La Commission fait ainsi implicitement référence à la jurisprudence *Gaygusuz*, Cour eur. D.H., 11 sept. 1996, *Rec.*, 1996-IV.

(38) J.-Y. Carlier, « La protection des droits fondamentaux en Europe - Pour le respect des compétences concurrentes de Luxembourg et de Strasbourg », *Revue québécoise de droit international*, 2000, p. 37.

(39) Concl., pts 60, 61 et 64. Sur la question du chômage partiel ou complet du travailleur frontalier, voy. C.J.C.E., 15 mars 2001, aff. C-444/98, *de Laet*, *Rec.*, I-2229.

(40) C.J.C.E., 23 nov. 1976, aff. C-40/76, *Kermaschek*, *Rec.*, p. 1669, pt 7.

(41) Concl., pt 54.

(42) C.J.C.E., 30 avril 1996, aff. C-308/93, *Cabanis-Issarte*, *Rec.*, I-2097.

(43) C.J.C.E., 10 oct. 1996, aff. C-254/94 et C-312/94, *Hoever et Zachow*, *Rec.*, I-4895.

(44) Concl. sur aff. *Ruhr*, pt 50.

(45) Arrêt *Ruhr*, pt 22.

(46) C.J.C.E., 3 oct. 1996, aff. C-126/95, *Hallouzi-Choho*, *Rec.*, I-4807; concl. A.G. Tesauero, 14 mai 1996. Voy. cette chronique au *J.T.D.E.*, 1997, p. 193, n<sup>os</sup> 10 et 32.

(47) Concl. A.G. Tesauero, pt 15.

(48) *Idem*.

(49) Arrêt, pt 23.

(50) C.J.C.E., 31 janv. 1991, aff. C-18/90, *Kziber*, *Rec.*, I-199. L'allocation de chômage d'attente pouvant au besoin, *quod non* en l'espèce, être considérée comme un avantage social pour le père de la requérante (concl., pt 19).

tiers » (51). En réalité, le raisonnement de la requérante et de son mari, qui exprime une fois de plus le malaise du sédentaire, n'est pas entendu. Ils estiment qu'il y a violation indirecte de la liberté de circuler parce que le mari allemand « ne pourrait pas maintenir son domicile en Allemagne, mais serait contraint de transférer sa résidence dans un autre Etat membre » (52). En d'autres termes les intéressés considèrent que l'obligation de circuler est, tout autant que l'empêchement de circuler, une entrave à la « libre » circulation; ils entendent donner tout son sens au mot liberté qui ne peut se lire ou se vivre comme une contrainte. Un regard sur d'autres jurisprudences de la Cour eût permis d'être plus attentif à ce point de vue. Faut-il considérer que la situation « purement interne » du mari de Mme Ruhr, combinée avec la situation de celle-ci, a moins de lien avec le droit communautaire que la situation « purement externe » de Mme Boukhalfa, Belge travaillant à l'ambassade d'Allemagne à Alger qui n'avait jamais quitté Alger et jamais circulé dans l'espace communautaire (53)?

**16.** — Indépendamment des arguments puisés dans l'Accord d'association avec la Pologne (*infra*, n° 29), l'affaire *Ruhr* fournissait à la Cour l'occasion de revisiter la jurisprudence *Kermaschek* comme l'avocat général Tesauo y avait invité en 1996. La Cour pouvait prendre appui sur le principe de non-discrimination et sur une lecture de la liberté de circulation faisant droit aux légitimes préoccupations des sédentaires. Conscient de ces possibilités, le Royaume-Uni, qui soutenait le point de vue allemand, avait toutefois demandé à la Cour d'assortir son arrêt d'une limitation dans le temps, comme elle l'avait fait dans l'arrêt *Cabanis-Issarte*, si elle devait changer son interprétation. Tel ne fut pas le cas.

#### 4. — Apatrides (aff. *Khalil e.a.*)

**17.** — La Cour confirme encore l'exclusion du droit communautaire pour des sédentaires de nature assez particulière : les apatrides et les réfugiés. Dans l'affaire *Khalil e.a.*, la Cour dit pour droit que « les travailleurs qui sont des apatrides ou des réfugiés résidant sur le territoire de l'un des Etats membres, ainsi que les membres de leur famille, ne peuvent pas invoquer les droits conférés par le règlement 1408/71, dans sa version modifiée et mise à jour par le règlement 2001/83, lorsqu'ils se trouvent dans une situation dont tous les éléments se cantonnent à l'intérieur de ce seul Etat membre » (54). La question portait sur le droit d'apatrides palestiniens et d'une réfugiée algérienne ou de leurs conjoints, en Allemagne, aux allocations familiales et d'éducation dont ils ont été privés à la suite d'une modification de la législation allemande. Si la Cour reconnaît avec la Commission et les Etats intervenants (Suède, Royaume-Uni et Espagne) que les apa-

trides et les réfugiés sont bien inclus dans le règlement 1408/71, elle considère, à la différence de l'Espagne, que le principe d'égalité en matière de droits sociaux « ne s'applique pas aux situations dont tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul Etat membre ». Faut-il vraiment considérer que la combinaison du principe d'égalité figurant dans le droit international des réfugiés (Convention de Genève, art. 24) et des apatrides (Convention de New York, art. 24) et la reconnaissance du statut de réfugié ou d'apatride par un Etat membre de l'Union « ne présentent aucun facteur de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par le droit communautaire s'il n'y a pas eu de migrations intracommunautaires »?

Faut-il exiger du réfugié et de l'apatride qui ont fui leur pays d'origine, ont été reconnus réfugié ou apatride dans un Etat membre de l'Union, qu'ils se rendent dans un autre Etat membre de l'Union pour bénéficier du droit communautaire? Certes la réponse pourrait être trouvée ailleurs, en application du droit international, devant les juridictions nationales ou à Strasbourg. Pour Mme Addou, réfugiée algérienne dont le mari est marocain, la Cour laisse entendre que la réponse pourrait aussi se trouver dans l'Accord de coopération avec le Maroc, mais qu'elle n'en est pas saisie (55). Ne fallait-il pas considérer précisément que l'intégration des réfugiés et des apatrides dans le règlement 1408/71 avait au moins pour effet de leur donner les mêmes droits que les ressortissants d'Etats tiers avec lesquels des accords de coopération ou d'association ont été signés, l'Europe ayant en quelque sorte signé de tels accords « avec le droit international », à défaut de pouvoir les signer avec les « non-Etats » d'apatrides ou de réfugiés. Dans cette optique le principe de non-discrimination s'appliquerait, comme pour les ressortissants de ces accords, sans migration interne à l'Union, le rattachement à l'Union se déduisant de l'Accord et de la migration vers l'Union.

#### 5. — Travailleurs (aff. *Leclere*)

**18.** — Ghislain Leclere et Alina Deaconescu sont deux ressortissants belges. Le mari a travaillé comme frontalier au Luxembourg. Victime d'un accident du travail, il bénéficie depuis 1981 d'une pension d'invalidité servie par la sécurité sociale luxembourgeoise. Plus tard, à la naissance de leur enfant, les époux se voient refuser, par la caisse luxembourgeoise, les allocations de naissance, de maternité et d'éducation au motif de l'absence de domicile au Luxembourg. Par un arrêt *Commission c. Luxembourg* de 1993, une condition de résidence d'un an au Luxembourg pour bénéficier de l'octroi des allocations prénatales et de naissance avait été jugée discriminatoire (56). Guidée par l'avocat général Jacobs la Cour procédera ici à une analyse plus détaillée rendue nécessaire par les faits de la cause, les intéressés ne résidant pas du tout au Luxembourg, et par les modifications apportées au règlement 1408/71 par le règlement 1247/92. La Cour juge que la condition de résidence n'est pas contraire au droit communautaire pour les allocations prénatales et de naissance (en vertu de l'annexe II du règlement 1408/71) alors qu'elle

est condamnable pour l'allocation de maternité (invalidant de la sorte l'annexe IIbis du règlement) (57).

**19.** — Au regard de la libre circulation l'apport principal de l'arrêt est la précision donnée à la définition de travailleur. Les époux eussent dû bénéficier de toutes les allocations au titre d'avantage social si M. Leclere était encore considéré comme travailleur en qualité de bénéficiaire d'une pension d'invalidité. Tel n'est pas l'avis de la Cour qui rappelle la portée limitée de la notion de travailleur au sens de l'article 39 C.E. et du règlement 1612/68. La Cour rappelle que « dans le cadre de l'article 48 du Traité (art. 39 C.E.) et du règlement 1612/68, doit être considérée comme travailleur la personne qui accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle perçoit une rémunération. Une fois que la relation de travail a pris fin, l'intéressée perd en principe la qualité de travailleur, étant entendu cependant que, d'une part, cette qualité peut produire certains effets après la cessation de la relation de travail et que, d'autre part, une personne à la recherche réelle d'un emploi doit également être qualifiée de travailleur » (58). Toutefois, les effets produits après la cessation de la relation de travail doivent être limités, pour la Cour, aux hypothèses acceptées dans sa jurisprudence antérieure qui concernent les « avantages acquis à l'occasion (du) rapport de travail », ce qui n'est pas le cas d'allocations de naissance (59).

#### 6. — Sécurité sociale, allocations d'études (aff. *Fahmi et Cerdeiro-Pinedo Amado*)

**20.** — La même définition de travailleur est reprise dans l'arrêt *Fahmi et Cerdeiro-Pinedo Amado* (60). M. Fahmi, Marocain et Mme Cerdeiro-Pinedo Amado ont tous deux travaillé aux Pays-Bas. Atteints d'une incapacité de travail, ils sont retournés dans leur pays d'origine, respectivement le Maroc et l'Espagne, en conservant le bénéfice d'une indemnité pour incapacité de travail comportant, selon la législation hollandaise, un droit à l'allocation pour enfant à charge, ce dont ils vont bénéficier jusqu'en 1996. A cette date l'allocation pour enfant à charge est supprimée, à l'expiration des mesures transitoires prises depuis 1986, la loi hollandaise ayant remplacé l'allocation pour enfant à charge payée aux parents (*Algemene Kinderbijslagwet*, A.K.W.), par une allocation

(57) C.J.C.E., 31 mai 2001, aff. C-43/99, *Leclere*, *Rec.*, I-4265; concl. A.G. Jacobs, 15 févr. 2001.

(58) Arrêt, pt 55.

(59) Arrêt, pt 57. Référence est faite à C.J.C.E., 27 nov. 1997, aff. C-57/96, *Meints*, *Rec.*, I-6689 et 24 sept. 1998, aff. C-35/97, *Commission c. France*, *Rec.*, I-5325. Comme dans l'affaire *Ruhr* des regrets seront émis par l'avocat général. « Nous sommes conscients du fait que le résultat est tout à fait regrettable en l'espèce : M. Leclere qui a été un ressortissant communautaire modèle exerçant son droit à la libre circulation, se voit refuser des prestations familiales auxquelles il aurait eu droit s'il avait été un travailleur salarié et non le bénéficiaire d'une prestation d'invalidité au moment où son fils est né (...) La solution réside peut-être dans une modification future du règlement, même si cela ne sera à l'évidence d'aucune utilité pour M. Leclere » (concl., pt 31).

(60) C.J.C.E., 20 mars 2001, aff. C-33/99, *Fahmi et Cerdeiro-Pinedo Amado*, *Rec.*, I-2415; concl. A.G. Alber, 12 oct. 2000.

(51) Concl. sur *Ruhr*, pt 57.

(52) Arrêt, pt 8.

(53) C.J.C.E., 30 avril 1996, aff. C-214/94, *Boukhalfa*, *Rec.*, I-2253. Sur l'ensemble de cette question, voy. la bonne synthèse de J. de Beys, « Le droit européen est-il applicable aux situations purement internes? », *J.T.D.E.*, 2001, p. 137.

(54) C.J.C.E., 11 oct. 2001, aff. C-95/99 à C-98/99 et C-180/99, *Khalil*, *Chaaban*, *Ossicili*; *Nasser*; *Adou*, non encore publié au *Recueil*; concl. A.G. Jacobs, 30 nov. 2000, *J.T.D.E.*, 2002, p. 22.

(55) Arrêt, pt 28 et concl. pts 72 et s.

(56) C.J.C.E., 10 mars 1993, aff. C-111/91, *Commission c. Luxembourg*, *Rec.*, I-817.

d'études, directement payée au jeune de plus de 18 ans (Wet op de studiefinanciering, W.S.F.). L'allocation d'études est toutefois conditionnée par la nationalité hollandaise ainsi que le fait de résider et d'étudier aux Pays-Bas, sauf exceptions précises. Les enfants des requérants ne remplissent pas ces conditions. La juridiction nationale (Arrondissements-rechtbank d'Amsterdam) s'interroge en plusieurs questions préjudicielles sur la compatibilité de cette mesure avec le droit communautaire, particulièrement le principe de non-discrimination inscrit dans le Traité, dans le droit dérivé et dans l'Accord de coopération avec le Maroc. La Cour considère que la législation hollandaise n'est pas contraire au droit communautaire. Elle procède à une analyse distincte des deux cas d'espèce.

**21.** — Le cas *Cerdeiro-Pinedo Amado* relève du droit communautaire applicable aux ressortissants d'Etats membres. Du point de vue du règlement 1408/71 la Cour considère que, « sans qu'il soit nécessaire de déterminer si le financement des études institué par la W.S.F. peut être qualifié de prestation familiale (...), il suffit en l'occurrence de constater que ledit financement ne saurait être considéré comme une allocation familiale au sens du règlement 1408/71 » seules prestations auxquelles un titulaire de pension peut prétendre à l'égard de l'Etat membre au titre de la législation duquel une pension lui est versée, selon l'article 77 du règlement invoqué par la requérante (61).

Du point de vue de l'article 39 C.E. et du règlement 1612/68, selon la définition précitée dans l'affaire *Leclere* (*supra*, n° 19) et ici reprise (62) il conviendrait de voir si Mme Cerdeiro-Pinedo Amado peut encore bénéficier de « certains effets » de son ancienne relation de travail afin d'être encore considérée comme « travailleur » au sens de ces dispositions. Sans analyser les effets concernés, la Cour indique qu'« il ne saurait être prétendu que, s'agissant d'un travailleur migrant ayant, comme la requérante au principal, cessé d'être actif et regagné son Etat membre d'origine dans lequel résident également ses enfants, les conditions auxquelles la W.S.F. subordonne l'octroi de financement des études (...) seraient de nature à entraver le droit de libre circulation dont jouit ce travailleur en vertu de l'article (39 C.E.) » (63). En effet, dit la Cour, le cinquième considérant du règlement 1612/68 relève que « le droit de libre circulation exige, pour qu'il puisse s'exercer dans des conditions objectives de liberté et de dignité, (...) que soient éliminés les obstacles qui s'opposent à la mobilité des travailleurs notamment en ce qui concerne le droit pour le travailleur de se faire rejoindre par sa famille et les conditions d'intégration de cette famille dans le milieu du pays d'accueil » (64). En d'autres termes, l'ensemble des dispositions, dont le principe de non-discrimination, auraient pour seul objectif de protéger le migrant et sa vie familiale dans le pays d'accueil, non dans le pays d'origine. La Cour impose là

un curieux sens unique au droit communautaire de la liberté de circulation : celui-ci entendrait promouvoir la migration d'installation à l'exclusion de la mobilité avec retour au pays d'origine. Ce n'est certes pas conforme aux finalités de la liberté de circulation consacrée par un espace sans frontières internes. Ce n'est pas davantage conforme à la jurisprudence de la Cour qui, à plusieurs reprises, a condamné les entraves indirectes à la liberté de circulation que constituent les difficultés en cas de retour dans le pays d'origine dans la mesure où, dans ce cas, le citoyen est dissuadé dans l'exercice de sa liberté de circuler (65). La seule différence est qu'en l'espèce les facteurs de dissuasion n'émanent pas de l'Etat d'origine, mais de l'Etat d'accueil. Ne faut-il pas dans ce cas aussi se demander s'ils constituent ou non une entrave à la liberté de circulation qui doit être la liberté d'aller et de (re)venir? Particulièrement en matière de droits liés aux études, la Cour avait déjà levé des entraves mises par le pays d'accueil à la mobilité du retour en affirmant que des bourses d'études devaient être accordées dans les mêmes conditions aux étudiants nationaux (hollandais) étudiant dans un autre Etat membre (Italie) et aux enfants de travailleurs migrants (italiens) retournant faire des études dans le pays d'origine (66).

**22.** — Plus nuancé, l'avocat général Alber constate qu'« il n'est certes pas exclu d'appliquer les interdictions de discrimination résultant de l'article 7 du règlement 1612/68 et de l'article (39 C.E.) à la présente affaire mais cela ne s'impose pas non plus » (67). D'un côté l'application du principe de non-discrimination ne s'imposerait pas si l'on se limite à la notion de travail migrant non pas parce que celle-ci serait marquée d'un sens unique mais parce que « l'allocation destinée à financer les études de la fille de Mme Esmoris Cerdeiro-Pinedo Amado en Espagne n'a par contre pas de rapport direct avec l'emploi » que celle-ci a exercé aux Pays-Bas (68). D'un autre côté, « se pose aussi la question de savoir si l'n'y a pas lieu, au regard de la citoyenneté de l'Union, et notamment du droit au séjour en application de l'article (18 C.E.) de reconsidérer l'état du droit communautaire (... car ...) cet article garantit le droit fondamental des citoyens de l'Union de choisir librement le lieu de leur résidence dans un Etat membre » (69). En conséquence, par analogie avec le règlement 1251/70, qui ne vise que les retraités qui demeurent dans l'Etat membre d'accueil, l'avocat général, qui ne sera pas suivi par la Cour, propose « d'étendre les conséquences d'un emploi salarié antérieur également aux avantages sociaux financés au moyen de l'impôt dès lors qu'à l'issue de son activité salariée, le travailleur migrant perçoit une rente de l'Etat membre d'accueil, acquitte sur cette rente des impôts dans l'Etat membre d'accueil et quitte l'Etat membre d'accueil pour s'installer dans un autre Etat membre, notamment dans son Etat membre d'origine »

(70). Sous ces conditions, le principe de non-discrimination devrait s'appliquer, sauf s'il conduit au cumul d'avantages sociaux de différents Etats membres. En l'espèce, imposer pour le bénéfice de l'allocation que l'enfant de travailleur migrant fasse des études dans le pays d'accueil est une discrimination indirecte disproportionnée. En revanche on pourrait « envisager de prévoir des différences adéquates dans le montant des allocations d'études » (71). C'est là un examen classique de la proportionnalité convertissant le test de nécessité en test d'interchangeabilité.

**23.** — Le cas *Fahmi* relève des accords de coopération avec le Maroc ou plus exactement, comme l'a souligné l'avocat général, depuis le 1<sup>er</sup> mars 2000, de l'Accord euro-méditerranéen établissant une association entre la Communauté européenne et leurs Etats membres d'une part, et le Royaume du Maroc d'autre part (72). S'agissant du principe de non-discrimination, l'article 65 de l'Accord euro-méditerranéen reproduit l'article 41 de l'Accord de coopération. L'avocat général et la Cour s'accordent ici pour estimer « qu'il ressort tant du libellé de l'article 41, §§ 1<sup>er</sup> et 3, dudit Accord (dont les versions linguistiques analysées par l'avocat général varient) que de l'esprit de cette disposition que, à défaut pour les enfants d'un travailleur marocain de résider dans la Communauté, ni ce dernier ni ses enfants ne sauraient se prévaloir, à l'égard de prestations (familiales), du principe d'interdiction de discrimination » (73). Quant à l'esprit, la Cour souligne que « l'Accord de coopération tend à consolider la situation sociale des travailleurs marocains et des membres de leur famille résidant avec eux dans l'Etat membre d'accueil » (74).

**24.** — Ne fallait-il pas adopter un autre angle de vue dans les deux affaires? La question centrale est celle du principe d'égalité dans le bénéfice des droits sociaux lorsque le migrant retourne dans son pays d'origine. L'on peut comprendre que, par souci financier, les Etats d'accueil entendent limiter ce principe d'égalité, et partant l'exportabilité de droits sociaux, à quelques droits liés au travail. Fallait-il, pour relayer ce souci, introduire un sens unique dans la migration et considérer que seuls les freins à l'aller, et non au retour, constituent des entraves? C'est ramener le droit dans une logique binaire qui nie la complexité des réalités. Il y a des aller sans retour. Il y a des aller avec retour. Il y a aussi quelqu'hypocrisie à convoquer les considérants de textes rédigés au moment de la venue des migrants avec le souci de l'accueil pour exclure leur application au moment du retour dans le pays d'origine. Sans conduire à une reconnaissance de tous les droits sociaux du pays d'accueil en cas de retour dans le pays d'origine, un moyen terme était possible. Il était bien cerné dans la question posée par le magistrat hollandais qui demandait en substance si le droit communautaire ne s'oppose pas à ce qu'un droit à l'allocation pour enfant à charge soit remplacé par un droit au financement des études lorsqu'une telle modification a pour effet de discriminer les enfants de migrants. La Cour a bien relevé que « ce faisant, la juridic-

(61) Arrêt, pts 34 et 35. Dans un autre arrêt la Cour précise que l'avance sur pension alimentaire prévue dans la législation autrichienne est une prestation familiale au sens du règlement 1408/71 (C.J.C.E., 15 mars 2001, aff. C-85/99, *Offermans, Rec.*, I-2261).

(62) *Idem*, pt 42.

(63) *Idem*, pt 43.

(64) *Idem*, pt 50.

(65) C.J.C.E., 7 juill. 1992, aff. C-370/90, *Singh, Rec.*, 4265; 31 mars 1993, aff. C-19/92, *Kraus, Rec.*, I-1663.

(66) C.J.C.E., 27 sept. 1988, aff. C-235/87, *Matteucci, Rec.*, 5589, pt 16; 13 nov. 1990, aff. C-308/89, *Di Leo, Rec.*, I-4185; 26 févr. 1992, aff. C-3/90, *Bernini, Rec.*, I-1071, pt 20.

(67) *Concl.*, pt 72.

(68) *Idem*, pt 30.

(69) *Idem*, pt 73.

(70) *Idem*, pt 79.

(71) *Idem*, pt 83.

(72) *J.O.C.E.*, L70, p. 1.

(73) Arrêt, pt 57.

(74) *Idem*, pt 56.

tion de renvoi semble suggérer que, plutôt que d'examiner de manière distincte la compatibilité de l'A.K.W. et de la W.S.F. avec le droit communautaire, ce serait en réalité ce double processus législatif, comportant l'abrogation partielle d'une réglementation existante et l'adoption d'une nouvelle réglementation destinée à lui succéder, qui devrait être confronté, dans son ensemble, aux exigences du droit communautaire » (75). La Cour refuse de procéder à cet examen au motif que « les Etats membres demeurent libres d'aménager leurs régimes de sécurité sociale, notamment en déterminant les conditions donnant droit à prestations, sous réserve de ne pas enfreindre le droit communautaire à l'occasion de l'exercice de cette compétence » (76). Or c'est précisément cette réserve qu'il convenait d'examiner. L'état actuel du droit communautaire et de l'Accord de coopération C.E.-Maroc, devenu un accord d'association euro-méditerranéen, n'ont-ils pas fixé le principe général de non-discrimination au moins comme clause de *stand still*, d'effet de cliquet, empêchant que la modification d'une législation nationale ne conduise à retirer des droits sociaux principalement au travailleur migrant (77)? C'est bien la discrimination dans le changement de la loi qui importe et non, *in abstracto*, dans chaque loi prise isolément. Il ne suffit plus alors de changer simplement la qualification d'un droit pour le sortir du champ d'application matériel du droit communautaire, comme l'on avait changé la qualification d'une marchandise pour augmenter de façon déguisée des droits de douanes soumis à la clause de *stand still* de l'ancien article 12 du Traité. Ici, comme dans l'affaire *Van Gend & Loos* (78) la Cour pouvait rappeler les grands principes de la liberté de circulation qui « concerne directement les justiciables » et dire pour droit qu'une législation nationale ne peut introduire des discriminations indirectes que dans la mesure où elle poursuit un objectif légitime par des moyens proportionnés, c'est-à-dire efficaces et nécessaires.

#### 7. — Fonction publique (aff. *Commission c. Italie*)

25. — Confirmant ses jurisprudences antérieures (79), la Cour condamne l'Italie en manquement au regard des articles 39 C.E., 43 C.E. et 49 C.E. du fait d'exiger la nationalité italienne pour l'exercice des activités de sécurité privée ou de gardes particuliers assermentés (80).

(75) *Idem*, pt 23.

(76) *Idem*, pt 23.

(77) Voy. en application de l'accord d'association avec la Turquie, C.J.C.E., 30 sept. 1987, aff. C-12/86, *Demirel, Rec.*, 3749.

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

(79) C.J.C.E., 29 oct. 1998, aff. C-114/97, *Commission c. Espagne, Rec.*, I-6717, et 9 mars 2000, aff. C-355/98, *Commission c. Belgique, Rec.*, I-1221.

(80) C.J.C.E., 31 mai 2001, aff. C-283/99, *Commission c. Italie, Rec.*, I-4363; concl. A.G. Jacobs, 15 févr. 2001. D'autres condamnations en manquement, de l'Italie, sont intervenues pour discrimination directe, C.J.C.E., 26 juin 2001, aff. C-212/99, *Commission c. Italie, Rec.*, I-4923 (lecteur en langue) ou indirecte par l'exigence d'une résidence en Italie, (C.J.C.E., 18 janv. 2001, aff. C-162/99, *Commission c. Italie, Rec.*, I-0541, *J.T.D.E.*, 2001, p. 105 (dentiste); 29 mai 2001, aff. C-263/99, *Commission c. Italie, Rec.*, I-4195 (consultant en matière de circulation des moyens de transport).

La Cour rejette l'argument italien tiré de l'exercice de l'autorité publique estimant qu'il n'y a pas participation directe et spécifique à l'exercice de cette autorité et relève que le pouvoir d'arrestation en cas de flagrant délit dont jouissent les gardes ne leur donne « pas plus d'autorité que n'importe quel particulier » (81). La Cour ne fait même pas appel pour cet aspect à la notion de fonction détachable rappelée par l'avocat général et par la Commission.

#### 8. — Etudiant et citoyen (aff. *Grzelczyk*)

26. — Rudy Grzelczyk, de nationalité française, suivait, depuis 1995, des études universitaires d'éducation physique en Belgique, à l'U.C.L. Durant trois ans il assume lui-même ses dépenses en exerçant de petits travaux et en obtenant des facilités de paiement pour son inscription. En quatrième année, la rédaction d'un mémoire et l'accomplissement d'un stage rendait l'autofinancement plus difficile. Il s'adresse au centre public d'aide sociale (c.p.a.s.) de sa ville de résidence, Ottignies-Louvain-la-Neuve, pour bénéficier du minimum de moyens d'existence (minimex). Le c.p.a.s. fait droit à cette demande pour une année académique, d'octobre 1998 à juin 1999. Toutefois l'Etat belge refuse de procéder au remboursement de l'aide accordée par la collectivité locale, comme le prévoit la loi. L'Etat estime que l'aide ne devait pas être accordée, la condition de nationalité n'étant pas remplie. Le c.p.a.s. arrête l'aide au 1<sup>er</sup> janvier 1999. M. Grzelczyk introduit un recours devant le tribunal du travail de Nivelles. Celui-ci pose deux questions préjudicielles. La première demande si le droit communautaire, particulièrement les principes de citoyenneté européenne et de non-discrimination énoncés aux articles 12 C.E. et 17 C.E., s'oppose à ce que le droit à une prestation sociale d'un régime non contributif, comme le *minimex*, soit reconnu, comme le prévoit la loi belge, aux seuls ressortissants des Etats membres qui bénéficient du règlement 1612/68 et non à l'ensemble des citoyens de l'Union. La deuxième question demande si en vertu des mêmes dispositions et de la directive 93/96 sur le droit de séjour des étudiants, ceux-ci peuvent être exclus du droit aux prestations sociales lorsque le droit de séjour a été admis. Centrant sa réponse sur la première question et sur le principe de non-discrimination, la Cour dit pour droit que les articles 12 C.E. et 17 C.E. s'opposent à ce que le bénéficiaire d'une prestation sociale d'un régime non contributif, telle que le *minimex*, soit subordonné à ce que le ressortissant d'un autre Etat membre entre dans le champ d'application du règlement 1612/68 « alors même qu'aucune condition de cette nature ne s'applique aux ressortissants de l'Etat membre d'accueil » (82). En d'autres termes l'étudiant européen doit bénéficier du *minimex* dans les mêmes conditions que le national. Malgré les conséquences financières qui pourraient découler de l'arrêt, la Cour refuse de limiter la portée de son arrêt dans le temps, estimant que le gouvernement belge n'établit pas « qu'une incertitude objective et importante quant à la portée des dispositions

(81) Arrêt, pt 21.

(82) C.J.C.E., 20 sept. 2001, aff. C-184/99, *Grzelczyk*, non encore publié au *Recueil*; concl. A.G. Alber, 28 sept. 2000, *J.T.D.E.*, 2002, p. 22.

du Traité sur la citoyenneté de l'Union, qui sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1993, avait incité les autorités nationales à un comportement non conforme à ces dispositions » (83).

27. — L'arrêt *Grzelczyk* est un arrêt plus important qu'il n'y paraît à première lecture. Délibérément, la Cour se place sur le terrain de la citoyenneté européenne, affirmant, ce que Mme Cordeiro-Pineda Amado (*supra*, n<sup>os</sup> 21-22) eût aimé entendre : « le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des Etats membres permettant à ceux parmi ces derniers qui se trouvent dans la même situation d'obtenir, indépendamment de leur nationalité et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique » (84). Les arguments des gouvernements intervenants outre le gouvernement belge (danois, français, portugais, britannique), de même que ceux de la Commission et de l'avocat général permettaient à la Cour de se limiter à l'examen de la qualité de travailleur de M. Grzelczyk, au sens du règlement 1612/68 lui ouvrant, avec certitude, le droit au *minimex*. Ainsi, pour le gouvernement portugais, pour la Commission et pour l'avocat général, « compte tenu du fait que le demandeur a pu faire face à toutes (s)es dépenses par ses propres moyens, grâce à son activité salariée (pendant trois ans), il y a indéniablement des indices pour lui reconnaître à première vue la qualité de travailleur salarié » (85). En outre cette qualité de travailleur est considérée comme maintenue après la cessation des activités, même si le lien entre les études et l'activité professionnelle se limite à la « simultanéité » et « au fait que l'activité professionnelle est exercée en vue des études ». « Dès lors, une fois qu'elle est acquise, la qualité de travailleur salarié sera normalement conservée même en cas d'interruption de l'activité professionnelle pour la durée de la formation, et donc pour la durée du droit de séjour » (86). On remarquera que la limite aux « avantages acquis à l'occasion du rapport de travail » n'est pas évoquée ici comme dans l'affaire *Leclere* (*supra*, n<sup>o</sup> 19), l'examen paraissant plus souple pour « l'étudiant-travailleur », même s'il conduit à reconnaître prépondérance à la qualité de travailleur. La Cour ne saisit pas cette opportunité de limiter le débat à la notion de travailleur, constatant dans ses « remarques liminaires » que tel n'est pas l'objet des questions soulevées expressément par la juridiction de renvoi (87), assumant de considérer « l'approche fondée sur la citoyenneté de l'Union » comme autre chose qu'un « exercice purement académique » (88).

28. — La Cour dépasse le point de vue des Etats intervenants, à l'exception notable du Portugal, mais aussi celui de la Commission qui ne voit dans l'article 18 C.E. qu'un « droit de séjour intrinsèquement subordonné au respect de la condition de suffisance de ressources » (89). La Cour constate que, s'agissant d'une discrimina-

(83) Arrêt, pt 54.

(84) Arrêt, pt 31.

(85) Concl., pt 67.

(86) Concl., pt 100.

(87) Arrêt, pts 15 à 18.

(88) Selon l'expression du gouvernement portugais, concl., pt 52.

tion directement fondée sur la nationalité, elle est « en principe interdite » par l'article 12 C.E. qui « doit être lu en combinaison avec les dispositions du traité sur la citoyenneté de l'Union » (90).

Le principe établi, l'exception ne pourra faire l'objet que d'une interprétation restrictive. Si, en 1988, dans l'arrêt *Brown*, la Cour avait jugé qu'une aide accordée aux étudiants pour l'entretien et pour la formation échappe, en principe, au domaine d'application du Traité C.E.E. et au principe de non-discrimination, la Cour souligne que, « depuis l'arrêt *Brown*, le Traité sur l'Union européenne a introduit la citoyenneté de l'Union (... et que ...) rien (...) ne permet de considérer que les étudiants qui sont des citoyens de l'Union lorsqu'ils se déplacent dans un autre Etat membre pour y poursuivre des études, sont privés des droits conférés par le Traité aux citoyens de l'Union » (91). Si la liberté de circulation et de séjour ouverte à tout citoyen par l'article 18 C.E. peut être limitée par le droit dérivé, s'agissant des étudiants « aucune disposition de la directive (93/96) n'exclut ses bénéficiaires des prestations sociales » (92). La Cour rappelle, comme dans sa jurisprudence antérieure (93), qu'« il y est seulement question d'une déclaration ou de tout autre moyen au moins équivalent qui permette à l'étudiant d'assurer à l'autorité nationale concernée qu'il dispose (...) de ressources afin d'éviter qu'il ne devienne, pendant son séjour, une charge pour l'assistance sociale de l'Etat membre d'accueil » (94). « La véracité de sa déclaration ne peut (...) être évaluée qu'au moment où celle-ci a été faite » (95). Si l'étudiant devient une charge pour l'assistance sociale, une mesure mettant fin au séjour pourra être envisagée si cette charge est « déraisonnable », pour les finances publiques de l'Etat membre d'accueil selon le sixième considérant de la directive 93/96. Ce qui permet à la Cour d'affirmer, de façon beaucoup plus générale, dépassant le cas de l'étudiant, que « la directive 93/96, tout comme les directives 90/364 et 90/365 d'ailleurs, admet donc une certaine solidarité financière des ressortissants de cet Etat avec ceux des autres Etats membres, notamment si les difficultés que rencontre le bénéficiaire du droit de séjour sont d'ordre temporaire ». Il peut s'en déduire de façon générale que la condition de moyens de subsistance mise au séjour du citoyen européen dans un autre Etat membre, d'une part ne l'exclut pas du bénéfice des prestations sociales non contributives (96) et d'autre part n'est pas

une condition qui doit nécessairement être remplie durant toute la durée du séjour, en manière telle que le seul fait de s'adresser au système d'aide sociale du pays d'accueil ne justifie pas qu'il soit automatiquement mis fin au séjour du citoyen européen.

#### 9. — Ressortissants d'Etats tiers P.E.C.O. (aff. *Glorczuk, Kondova,* *Barkoci et Malik, Jany*)

29. — Trois arrêts prononcés le même jour concernent les accords d'association avec les P.E.C.O., en l'espèce la Pologne (97), la Bulgarie (98) et la Tchéquie (99). Dans les trois affaires, la Cour reconnaît effet direct au principe d'égalité en matière de liberté d'établissement comportant comme corollaire un droit d'admission et de séjour sur le territoire des Etats membres, tout en réservant à ceux-ci le droit de limiter les conditions d'accès et de séjour notamment par un contrôle préalable de l'intention d'exercer une activité d'indépendant. Dans les trois cas, il s'agit de ressortissants de pays d'Europe centrale entrés comme touristes (*Glorczuk*), comme travailleur agricole (*Kondova*) ou comme réfugiés (*Barkoci et Malik*), au Royaume-Uni et demandant ultérieurement à bénéficier d'un droit de séjour dans le cadre de la liberté d'établissement.

Ces trois décisions concernent la liberté d'établissement des indépendants plus que la liberté de circulation des travailleurs salariés qui, elle, n'est pas reconnue dans les accords P.E.C.O. et fera l'objet d'une période transitoire au moment de l'entrée de ces pays dans l'Union. Les trois décisions méritent cependant une mention dans le cadre de la liberté de circulation, dans la mesure où les intéressés entendaient se prévaloir de la liberté d'établissement pour bénéficier d'un droit d'accès et de séjour inconditionnel, quelles que soient leurs conditions d'entrée sur le territoire. Dans chaque affaire, outre le Royaume-Uni, sept (*Glorczuk*), six (*Kondova*) ou cinq Etats (*Barkoci et Malik*) sont intervenus pour défendre la souveraineté nationale en matière d'accès au territoire et de séjour.

Si la Cour maintient le pouvoir des souverainetés nationales en matière d'accès au territoire, c'est dans le strict respect du droit d'établissement. S'écartant un peu de l'avis de l'avocat

(97) C.J.C.E., 27 sept. 2001, aff. C-63/99, *Glorczuk*, non encore publié au *Recueil*; conclusions av. gén. Alber, 14 sept. 2000 et décision 93/743/CE, C.E.C.A., Euratom du Conseil de la Commission du 13 décembre 1993 relative à la conclusion de l'Accord européen entre les Communautés européennes et leurs Etats membres d'une part, et la République de Pologne, d'autre part, *J.O.C.E.*, L348, p. 1.

(98) C.J.C.E., 27 sept. 2001, aff. C-235/99, *Kondova*, non encore publié au *Recueil*; concl. av. gén. Alber, 14 sept. 2000 et décision 94/908/C.E.C.A., C.E., Euratom du Conseil et de la Commission du 19 décembre 1994 concernant la conclusion de l'Accord européen entre les Communautés européennes et leurs Etats membres d'une part, et la République de Bulgarie d'autre part, *J.O.C.E.*, L358, p. 1.

(99) C.J.C.E., 27 sept. 2001, aff. 257/99, *Barkoci et Malik*, non encore publié au *Recueil*; concl. av. gén. Mischo, 26 sept. 2000. Accord européen du 4 octobre 1993 établissant une association entre les Communautés européennes et leurs Etats membres d'une part et la République tchèque d'autre part, *J.O.C.E.*, L360, p. 2.

général Alber (100), la Cour reconnaît « qu'un droit d'admission et un droit de séjour sont conférés en tant que corollaires du droit d'établissement » (101). Toutefois, les finalités de ces accords européens étant distinctes de la finalité de création d'un marché intérieur, propre au Traité, « les droits d'admission et de séjour conférés en tant que corollaires du droit d'établissement, ne constituent pas des prérogatives absolues, leur exercice pouvant être limité par les règles de l'Etat membre d'accueil concernant l'admission et le séjour (...) à condition de ne pas réduire à néant ni compromettre les avantages » que les P.E.C.O. retirent de ces accords (102). Il convient donc de procéder à un examen de proportionnalité pour « vérifier si les règles relatives à l'immigration appliquées par les autorités nationales compétentes sont aptes à réaliser l'objectif visé et si elles ne constituent pas, au regard de celui-ci, une intervention qui porterait atteinte à la substance même des droits (à l'établissement ...) en rendant l'exercice de ces droits impossible ou excessivement difficile » (103). Tel n'est pas le cas d'un « contrôle préalable de la nature exacte de l'activité envisagée » (104) ni, par voie de conséquence, du rejet d'une demande introduite alors que l'intéressé se trouve en séjour irrégulier et de l'obligation de réintroduire une nouvelle demande depuis le pays d'origine. Encore faut-il que cette nouvelle demande soit bien examinée et ne conduise pas à la violation d'autres droits fondamentaux comme le respect de la vie familiale (105).

30. — Ces jurisprudences sont confirmées dans l'affaire *Jany e.a.* (106). Il s'agit de « prostituées en vitrines » de nationalité polonaise et tchèque qui entendent se prévaloir de l'exercice d'une activité en qualité d'indépendantes aux Pays-Bas pour y bénéficier du droit à l'établissement et, comme corollaire, de l'accès au territoire et du séjour. Sans exclure la prostitution d'une activité indépendante, non contraire à l'ordre public si elle n'est pas sanctionnée dans l'Etat concerné, appliquant de la sorte la jurisprudence du Traité aux accords (107), la Cour confirme que si les dispositions des accords, relatives à l'établissement, ont effet direct et ont pour corollaire un droit d'accès et de séjour « ces droits d'accès et de séjour ne constituent pas des prérogatives absolues, leur exercice pouvant être limité, le cas échéant, par les règles de l'Etat membre d'accueil concernant l'admission, le séjour et l'établissement (notamment, les règles néerlandaises qui exigent que les intéressés) disposent dès le départ de ressources financières suffisantes » (108).

(100) Conclusions sur *Gloszczuk*, pts 54 et 55; sur *Kondova*, pts 62 et 63. Les conclusions sur *Barkoci et Malik* sont moins précises sur ce point (pt 49).

(101) Arrêt *Gloszczuk*, pt 40; *Kondova*, pt 50; *Barkoci et Malik*, pt 50.

(102) Arrêt *Gloszczuk*, pts 51 et 54; *Kondova*, pts 54 et 57; *Barkoci et Malik*, pts 54 et 57.

(103) Arrêt *Gloszczuk*, pt 56; *Kondova*, pt 59; *Barkoci et Malik*, pt 59.

(104) Arrêt *Gloszczuk*, pt 58; *Kondova*, pt 61; *Barkoci et Malik*, pt 62.

(105) Arrêt *Gloszczuk*, pt 85; *Kondova*, pt 90; non repris dans *Barkoci et Malik*.

(106) C.J.C.E., 20 nov. 2001, aff. C-268/99, *Jany et autres*, non encore publié au *Recueil*; concl. av. gén. Léger, 8 mai 2001.

(107) C.J.C.E., 18 mai 1982, aff. C-115/81 et 116/81, *Adoui et Cornouaille*, *Rec.*, 1665.

(108) Arrêt, dispositif et pt 30.

(89) Concl., pt 62.

(90) Arrêt, pt 30. Ce faisant la Cour permet d'envisager la distinction qui fut proposée dans une chronique antérieure entre le principe de proportionnalité appliqué à une entrave discriminatoire, en principe interdite, et le principe de disproportionnalité appliqué à une entrave indistinctement applicable, en principe tolérée (*J.T.D.E.*, 1997, p. 194, pt 9; 2001, p. 62, pt 31 et J.-Y. Carlier, in *Trente ans de libre circulation des travailleurs*, Luxembourg, O.P.O.C.E., 2000, p. 45).

(91) Arrêt, pt 35.

(92) Arrêt, pt 39.

(93) C.J.C.E., 25 mai 2000, aff. C-424/98, *Commission c. Italie*, *Rec.*, I-4001.

(94) Arrêt, pt 40.

(95) Arrêt, pt 45.

(96) Le présent arrêt et C.J.C.E., 12 mai 1998, aff. C-85/96, *Martinez Sala*, *Rec.*, I-2691.



31. — L'objectif poursuivi par le maintien d'un certain contrôle abandonné aux Etats est de ne pas « inciter les ressortissants (des P.E.C.O.) à pénétrer d'abord dans un Etat membre sous un prétexte fallacieux et, en éludant les dispositions du droit national applicable, à solliciter ensuite une autorisation de séjour » une fois réunies les conditions de l'établissement (109). Il reste que la réalité de vie de l'indépendant qui souhaite s'installer dans un autre Etat est probablement plus complexe. A la différence des sociétés, l'indépendant personne physique peut difficilement envisager de s'installer dans un Etat étranger sans y avoir, au préalable, effectué un séjour d'une certaine durée lui permettant de préparer son établissement. Cette nécessité devrait être intégrée dans l'examen de la proportionnalité des mesures adoptées par les Etats en ouvrant une période de séjour préparatoire comme « demandeur à l'établissement ».

L'Accord européen avec la Pologne avait également fait l'objet d'un examen, à l'initiative de la Commission et de l'avocat général, dans l'affaire *Ruhr*. Cet examen n'étant sollicité ni par la requérante, ni par les questions préjudicielles, la Cour ne l'a pas repris. L'avocat général avait souligné que le principe d'égalité, inscrit à l'article 37 de l'Accord, « s'adresse à l'Etat d'emploi » en manière telle que s'il était peut être opposable au Luxembourg, il ne l'était pas à l'Allemagne, Etat de résidence (110).

3

Conclusion

32. — Petit cru comme annoncé, la jurisprudence de l'année 2001 pose de belles questions pour le futur. Le statut des ressortissants P.E.C.O. se réglera progressivement par l'intégration à l'Union. Plus fondamental est l'avenir de la coordination des régimes de sécurité sociale au regard de la libre circulation. Il y a quelque paradoxe à refuser des droits sociaux en même temps à un sédentaire parce qu'il ne bouge pas, fût-il membre de la famille (*Ruhr*) ou réfugié et apatride qui, au terme d'un long voyage, ne vit que dans un Etat membre (*Khalil e.a.*) ainsi qu'au migrant qui bouge trop parce qu'il retourne dans son Etat d'origine, fût-il citoyen de l'Union (*Cerdeiro-Pinedo Amado*) ou ressortissant d'un Etat tiers lié à l'Union par des accords (*Fahmi*). Il faudra un jour donner son sens réel à cette liberté de circulation qui ne devrait être ni obligation de circuler, ni circulation à sens unique.

Jean-Yves CARLIER  
Professeur  
à l'Université catholique de Louvain,  
avocat

(109) *Gloszczuk*, concl. pt 75, arrêt pt 72; *Kondova*, concl. pt 84, arrêt pt 77.

(110) Concl. sur *Ruhr*, pt 60.

**I. Arrestation d'un étranger en vue de son éloignement du territoire (art. 5, § 1<sup>er</sup>, f, C.E.D.H.). — Recours à la ruse. — II. Droit d'être informé des raisons motivant une privation de liberté (art. 5, § 2, C.E.D.H.). — Portée. — III. Expulsion collective d'étrangers (art. 4, Prot. 4, C.E.D.H.). — Portée. — Exécution collective de décisions d'éloignement adoptées sur la base d'un examen individuel des dossiers. — IV. Droit au recours effectif (art. 13, C.E.D.H.). — Portée. — Absence d'effet suspensif automatique du recours introduit contre une décision d'éloignement du territoire.**

Cour eur. D.H., 5 février 2002

*Conka c. Belgique*

Siège : MM. J.-P. Costa (prés.), W. Fuhrmann, P. Kuris, K. Jungwiert, N. Bratza, K. Traja, J. Velears (juge *ad hoc*).

Plaid. : M<sup>c</sup> G.-H. Beauthier, M. O. De Schutter, M<sup>c</sup> N. Van Overloop, M<sup>c</sup> R. Ergéc.

Requête n<sup>o</sup> 27417/99 (3<sup>e</sup> section).

*S'il n'est certes pas exclu que la police puisse légitimement user de stratagèmes afin, par exemple, de mieux déjouer des activités criminelles, en revanche le comportement de l'administration qui cherche à donner confiance à des demandeurs d'asile en vue de les arrêter, puis de les expulser, n'est pas à l'abri de la critique au regard des principes généraux énoncés par la Convention ou impliqués par elle. Il n'est pas compatible avec l'article 5 que, dans le cadre d'une opération planifiée d'expulsion et dans un souci de facilité ou d'efficacité, l'administration décide consciemment de tromper des personnes, même en situation illégale, sur le but d'une convocation, pour mieux pouvoir les priver de leur liberté.*

*L'article 5, § 2, de la Convention oblige à signaler à une personne privée de sa liberté, dans un langage simple accessible pour elle, les raisons juridiques et factuelles de sa privation de liberté, afin qu'elle puisse en discuter la légalité devant un tribunal en vertu du paragraphe 4. Elle doit bénéficier de ces renseignements dans le plus court délai, mais le policier qui l'arrête peut ne pas les lui fournir en entier sur-le-champ. Pour déterminer si elle en a reçu assez et suffisamment tôt, il faut avoir égard aux particularités de l'espèce.*

*Il faut entendre par expulsion collective, au sens de l'article 4 du Protocole n<sup>o</sup> 4, toute mesure contraignant des étrangers, en tant que groupe, à quitter un pays, sauf dans les cas où une telle mesure est prise à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe. Cela ne signifie pas pour autant que là où cette dernière condition est remplie, les circonstances entourant la mise en œuvre de décisions d'expulsion ne jouent plus aucun rôle dans l'appréciation du respect de l'article 4 du Protocole n<sup>o</sup> 4.*

*L'article 13 suppose que les recours offerts dans l'ordre juridique interne puissent empêcher l'exécution des mesures contraignantes à la Convention et dont les conséquences sont potentiellement irréversibles. Il s'oppose à ce que pareilles mesures soient exécutées avant même l'issue de l'examen par les autorités nationales de sa compatibilité avec la Convention. L'administration n'étant pas tenue en droit de surseoir à l'exécution de la mesure d'expulsion tant que le référé d'extrême urgence est pendant, ce dernier recours ne peut satisfaire aux exigences de l'article 13.*

Résumé des faits

Les requérants sont Ján Conka et Mária Conková et leurs enfants Nadia Conková et Nikola Conková, tous ressortissants slovaques d'origine tzigane. En novembre 1998, ils quittèrent la Slovaquie pour la Belgique, où ils sollicitèrent l'asile au motif qu'ils avaient plusieurs fois été violemment agressés par des *skinheads* en Slovaquie. Le 18 juin 1999, le commissaire général aux réfugiés et aux apatrides confirma la décision de l'Office des étrangers déclarant irrecevable leur demande d'asile et les intéressés reçurent l'ordre de quitter le territoire dans les cinq jours. Le 3 août 1999, les requérants introduisirent devant le Conseil d'Etat des recours en annulation de la décision du 18 juin 1999, accompagnés de demandes en suspension ordinaire. Ils demandèrent également le bénéfice de l'assistance judiciaire. Le 23 septembre 1999, le Conseil d'Etat rejeta les demandes d'assistance judiciaire, au motif qu'elles n'étaient pas accompagnées du certificat d'indigence requis et invita les requérants à payer les droits dans les quinze jours de leur notification. Les 29 et 30 septembre 1999, la police de la ville de Gand convoqua pour le 1<sup>er</sup> octobre plusieurs dizaines de familles tziganes slovaques, dont celle des requérants. La convocation indiquait que la mesure avait pour but de compléter le dossier relatif à leur demande d'asile. A leur arrivée au commissariat, les requérants se virent remettre un nouvel ordre de quitter le territoire, accompagné d'une décision de remise à la frontière slovaque et de privation de liberté à cette fin. Lors de leur arrestation, un interprète maîtrisant la langue slovaque était présent. Ils furent ensuite emmenés, avec d'autres familles tziganes, au centre fermé de transit de Steenokkerzeel, non loin de Bruxelles. Le 5 octobre 1999, ils furent conduits, avec 70 autres réfugiés d'origine tzigane dont les demandes d'asile avaient également été rejetées, à l'aéroport militaire de Melsbroek, où on les fit monter à bord d'un avion à destination de la Slovaquie.

2002

73