

António Manuel NOGUEIRA GOUCHA SOARES*

"La libre circulation des personnes –
–élargissement jurisprudentiel du concept"

Thèse de LL.M

JUILLET 1988

Institut Universitaire Européen
Directeur: Professeur Bruno De Witte

* Boursier de: INSTITUTO NACIONAL DE INVESTIGACAO CIENTIFICA - INIC
(PORTUGAL).

European University Library



3 0001 0015 1176 7

EC hf9

NOG



SS

António Manuel NOGUEIRA GOUCHA SOARES*

**“La libre circulation des personnes –
–élargissement jurisprudentiel du concept”**

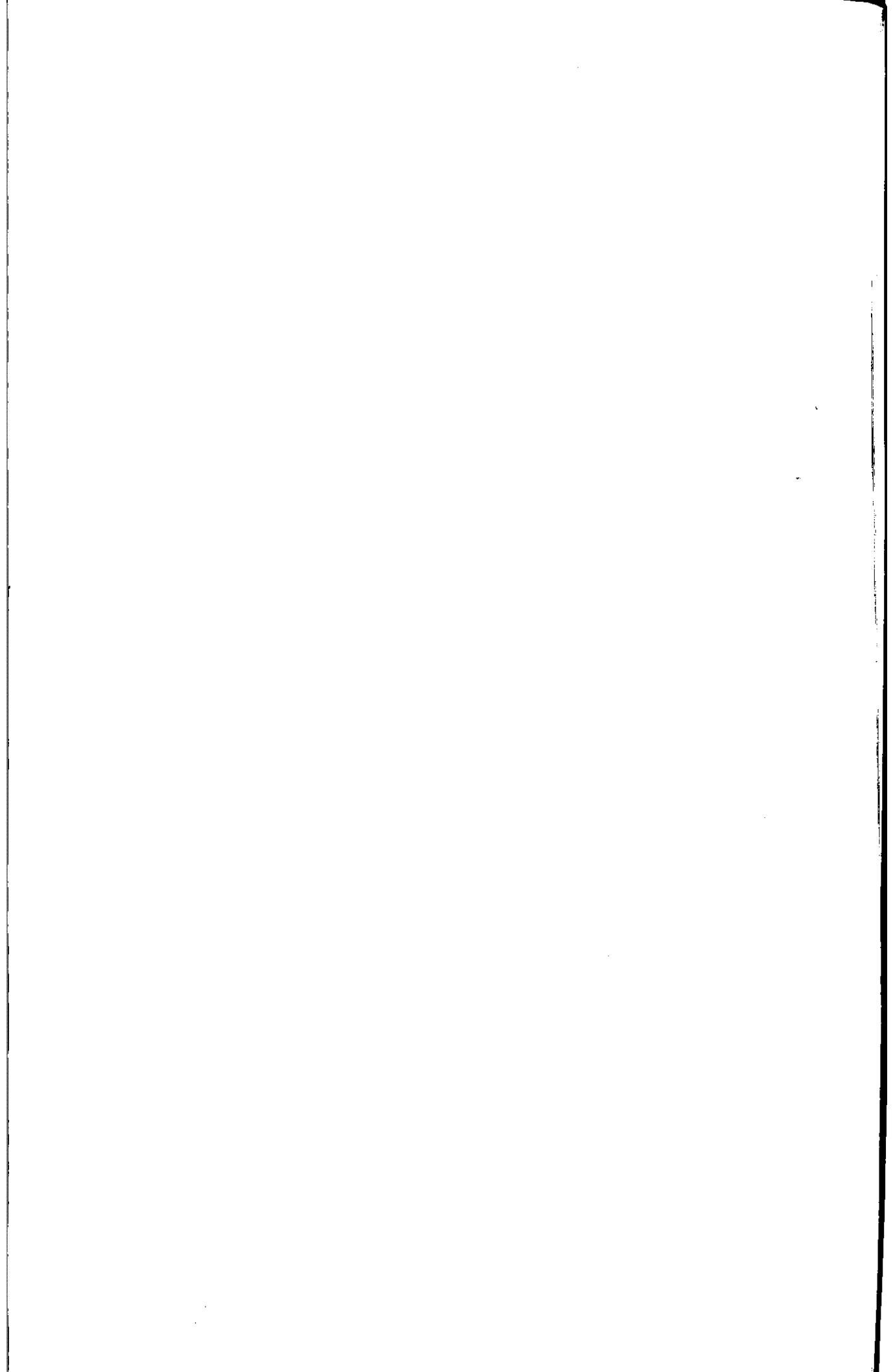


Thèse de LL.M

JUILLET 1988

Institut Universitaire Européen
Directeur: Professeur Bruno De Witte

* Boursier de: INSTITUTO NACIONAL DE INVESTIGACAO CIENTIFICA - INIC (PORTUGAL).





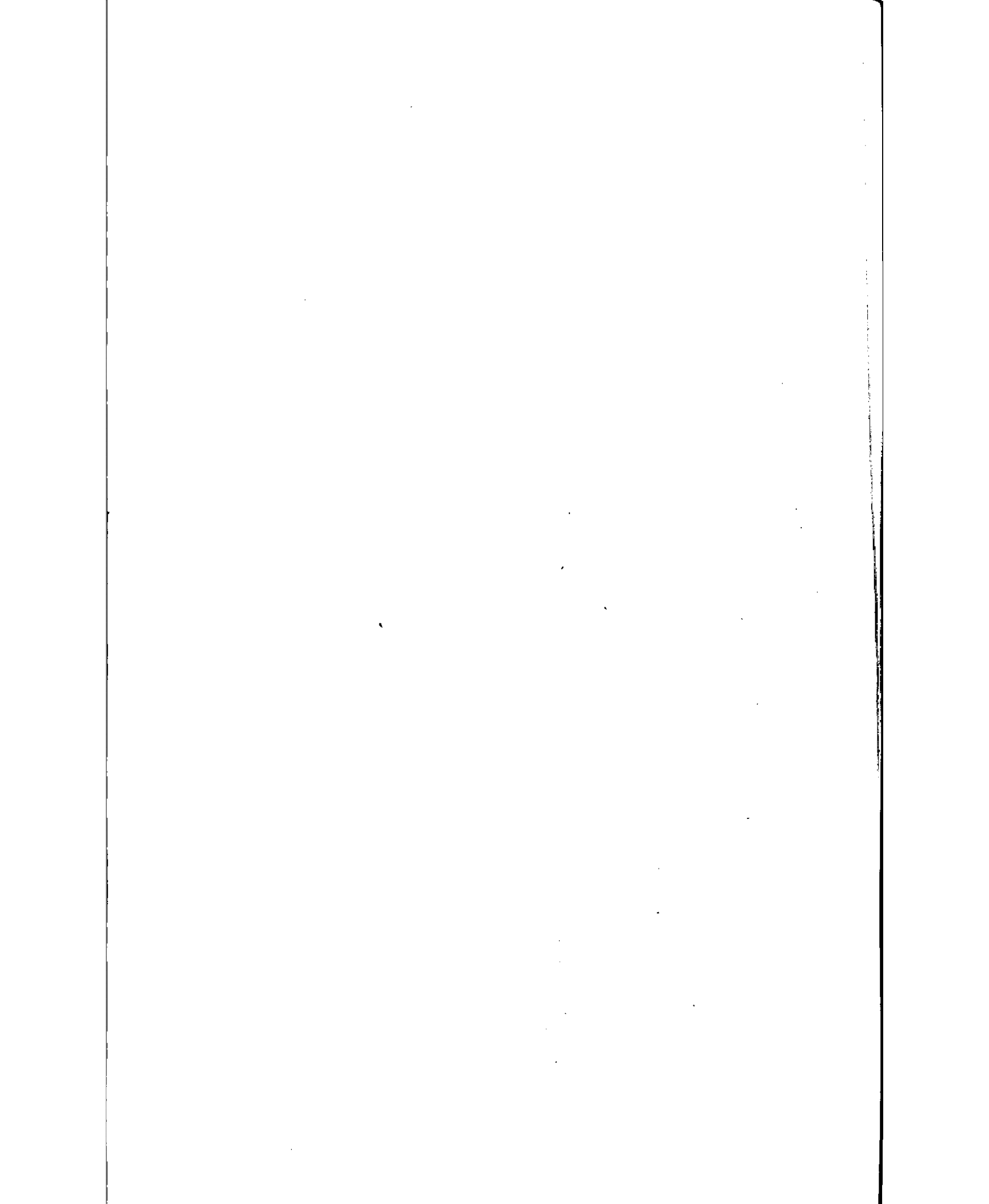
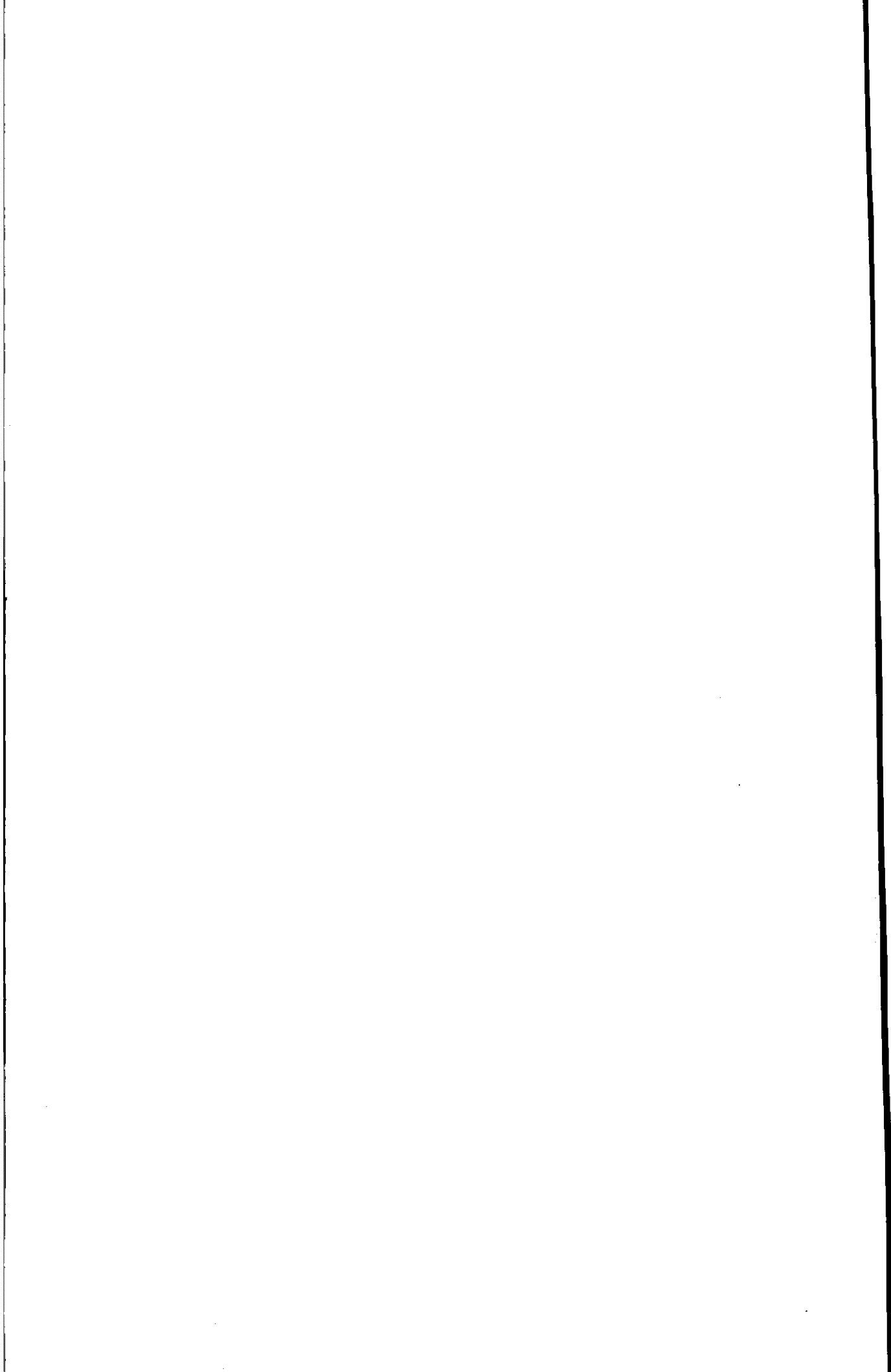


TABLE DES MATIERES

Introduction	1
--------------------	---

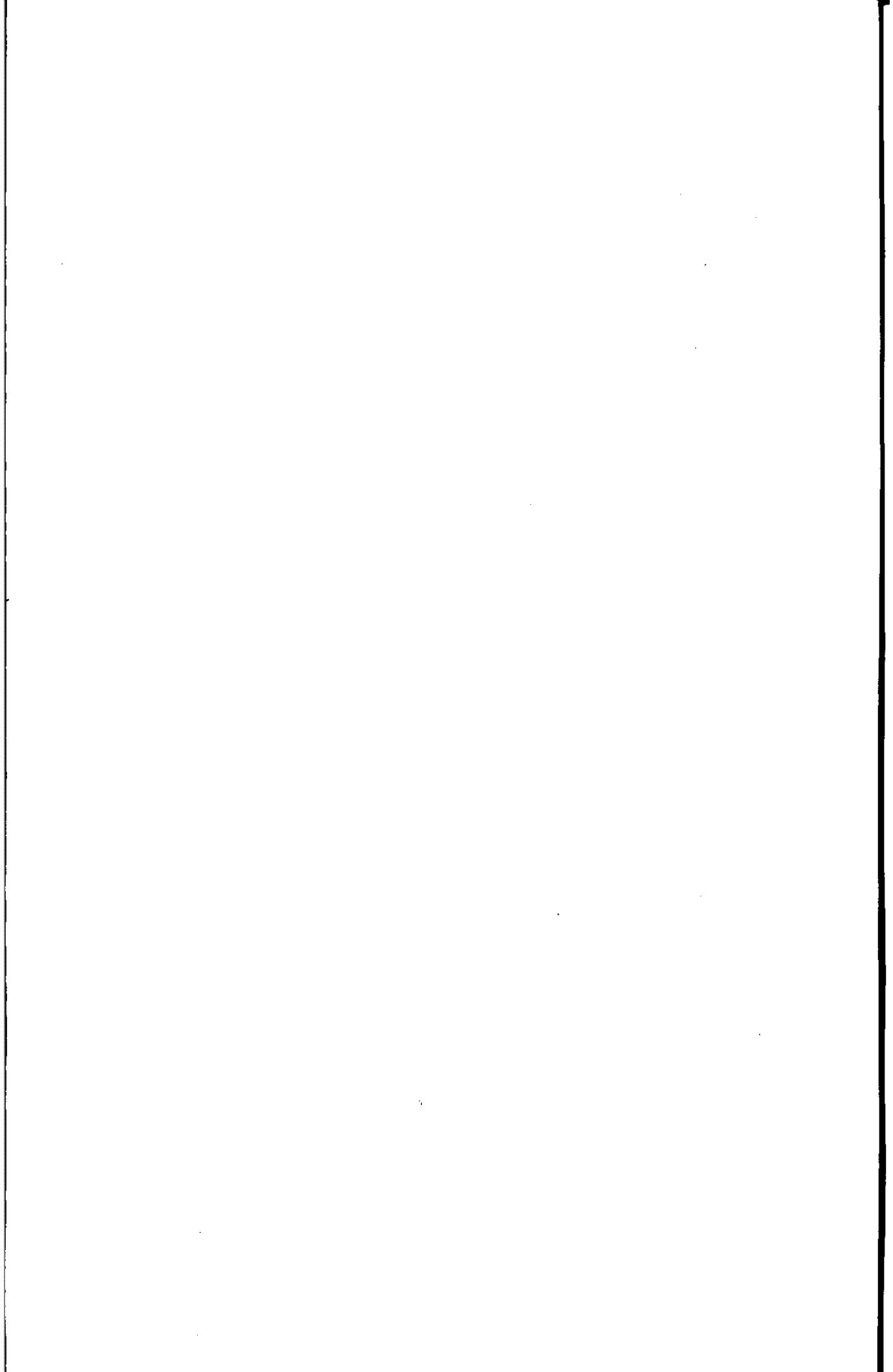
Première Partie

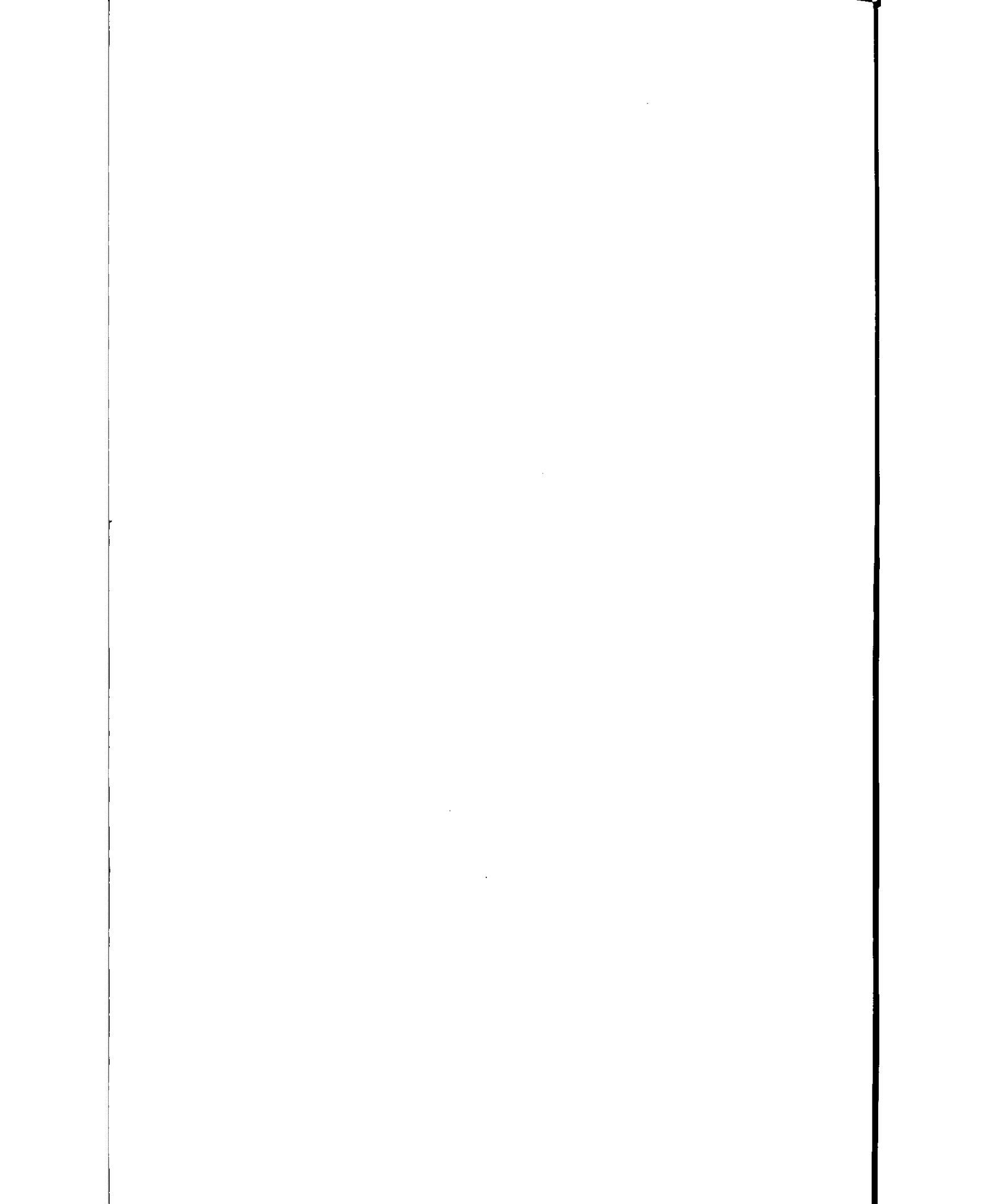
La Libre circulation des Personnes.....	5
Chapitre I- Considérations Générales.....	5
Chapitre II- Le Champ d'application.....	9
1. Champ d'application matériel.....	9
Les travailleurs.....	10
Etablissement	13
Les Services.....	18
2. Champ d'application dans l'espace.....	20
Les situations purement nationales.....	20
Le Rattachement Communautaire	22
Chapitre III- Règles Communes	26
1. Le principe de la non-discrimination.....	26
L'effet direct	28
La portée du principe de la non-	
discrimination	29
Le cas des emplois dans l'administration	
publique.....	31
2. Liberté d'entrée et de séjour	35
Champ d'application personnel.....	38
L'exception d'ordre public.....	40



Deuxième Partie

Chapitre I- La Jurisprudence Luisi et Carbone.....	46
1. L'arrêt Watson	47
L'avis de l'avocat-général	49
2.La suite de la discussion	52
3.L'arrêt Luisi et Carbone.....	54
Les conséquences juridiques	57
La question du droit de séjour.....	58
Chapitre II. La jurisprudence Gravier	62
1.La question des étudiants	62
2.L'arrêt Forcheri.....	64
3.L'arrêt Gravier.....	68
Les voies de décision.....	70
L'avis de l'avocat-général	73
La position de la Cour de Justice	78
4.La notion de formation professionnelle	79
Les post-Gravier.....	84
L'enseignement supérieur et la notion de formation professionnelle	86
5.Les conséquences juridiques de l'arrêt.....	90
Le droit d'entrée et de séjour.....	91
Le principe de la non-discrimination.....	93
La non-discrimination matérielle	96
Chapitre III-Répercussions de la jurisprudence Gravier dans l'action législative de la Communauté Européenne.....	100
1.La décision du Conseil du 2 avril 1963	102
2.Les actes non-obligatoires.....	104
3.Le programme COMETT	114
4.Le programme Erasmus	116
Conclusions.....	122
BIBLIOGRAPHIE.....	130





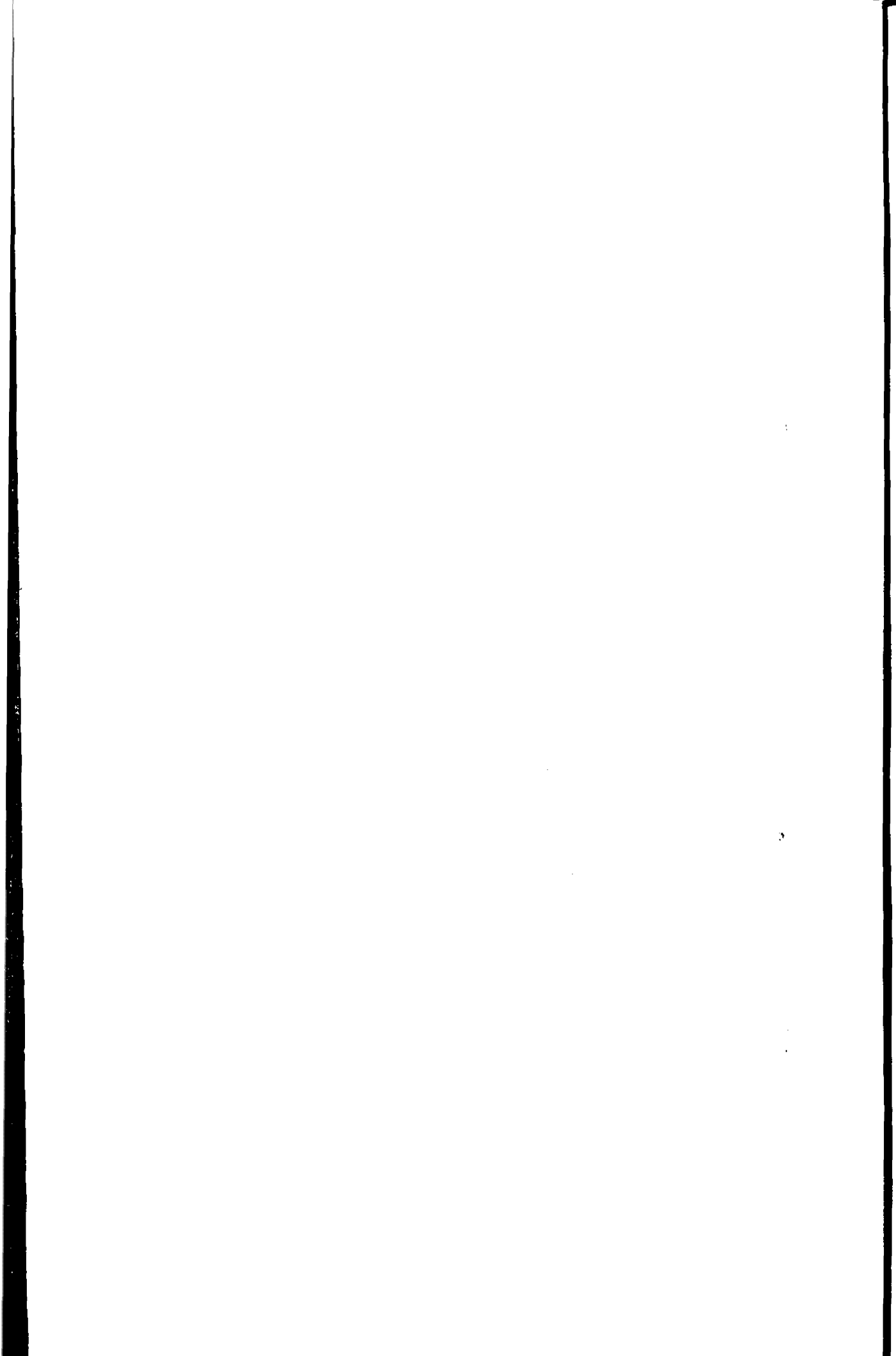
Introduction

La Communauté Economique Européenne est l'instrument principal pour la réalisation de l'un des projets politiques le plus important, et le plus ambitieux, de la deuxième moitié de notre siècle: l'intégration européenne.

Dans la vie de la Communauté Européenne, un rôle fondamental est joué par le droit de cette organisation. Le droit communautaire, en effet, est l'expression du développement de l'intégration européenne. Ce sont les actes juridiques que forment ce droit qui fournissent les bases de toute l'action de la Communauté

Dans l'élaboration du droit communautaire, cependant, nous trouvons quelques spécificités qui se doivent, notamment, au poids et à l'importance des diverses institutions. Surtout, la Cour de Justice joue un rôle qui dépasse de beaucoup les fonctions dont elle a été investies par le Traité de Rome dans l'article 164, qui dit: "la Cour de Justice assure le respect du droit dans l'interprétation et application du présent traité".

Nous croyons que la Cour, par le biais de son pouvoir d'interprétation du Traité, a réussi à devenir une institution avec une fonction essentielle dans le cadre du droit communautaire. En effet, la jurisprudence de la Cour est souvent créatrice de droits et



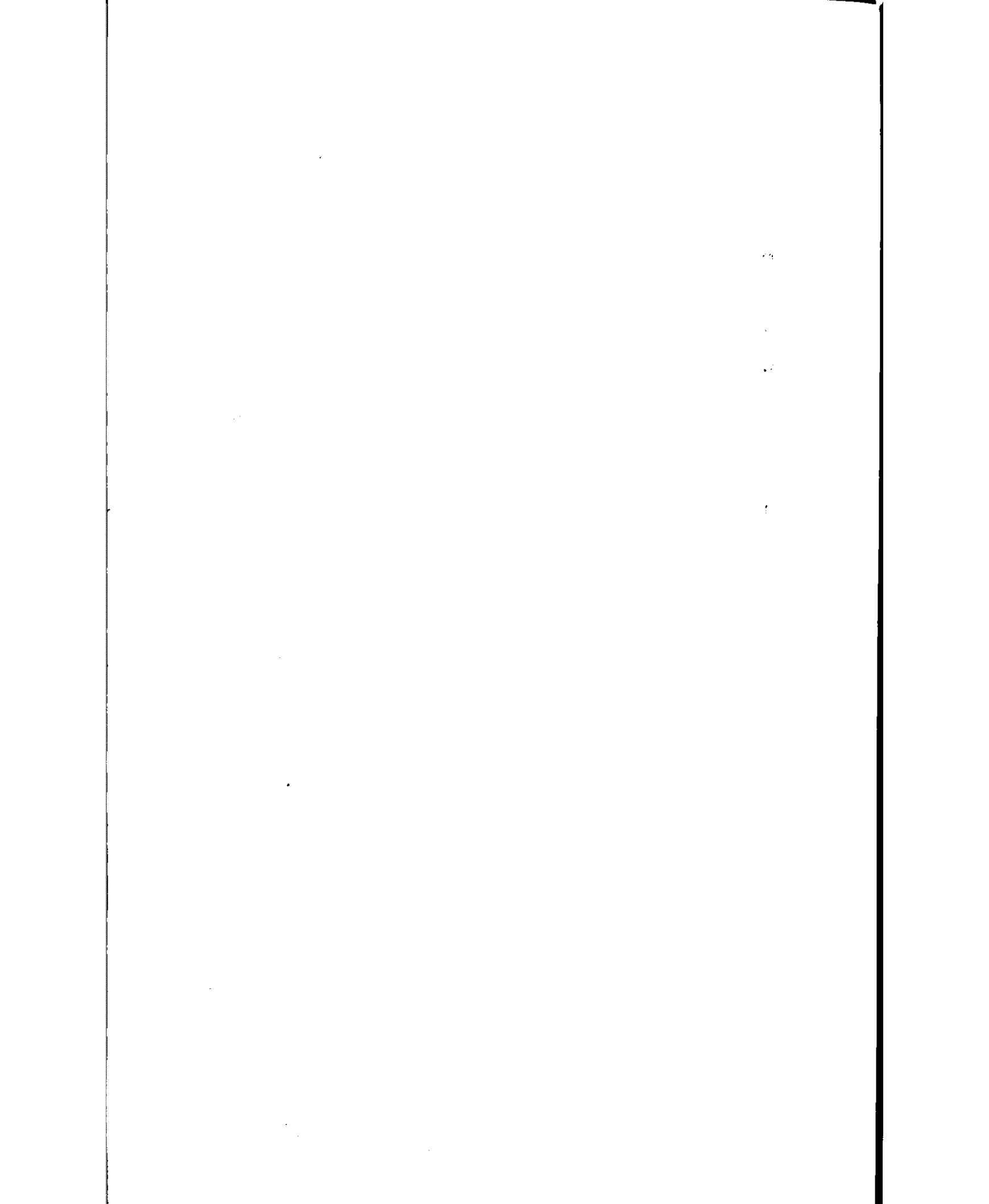
d'obligations nouvelles qui élargissent le champ d'application matériel et personnel du Traité.

L'objectif de notre dissertation est de démontrer le rôle créateur de la jurisprudence de la Cour de Justice. Pour ce faire, nous utiliserons un modèle qui nous servira de base d'analyse: la libre circulation des personnes. Nous essayerons d'évidencier comment, au niveau de ce sujet, la Cour a utilisé son pouvoir d'interprétation pour élargir cette liberté.

Dans la première partie nous allons essayer d'exposer la place de la libre circulation des personnes dans le Traité ainsi que de dégager les règles et les principes fondamentaux qui lui sont applicables. On se référera abondamment à la jurisprudence de la Cour qui a défini les contours de cette liberté bien comme au caractère maximaliste de cette même jurisprudence.

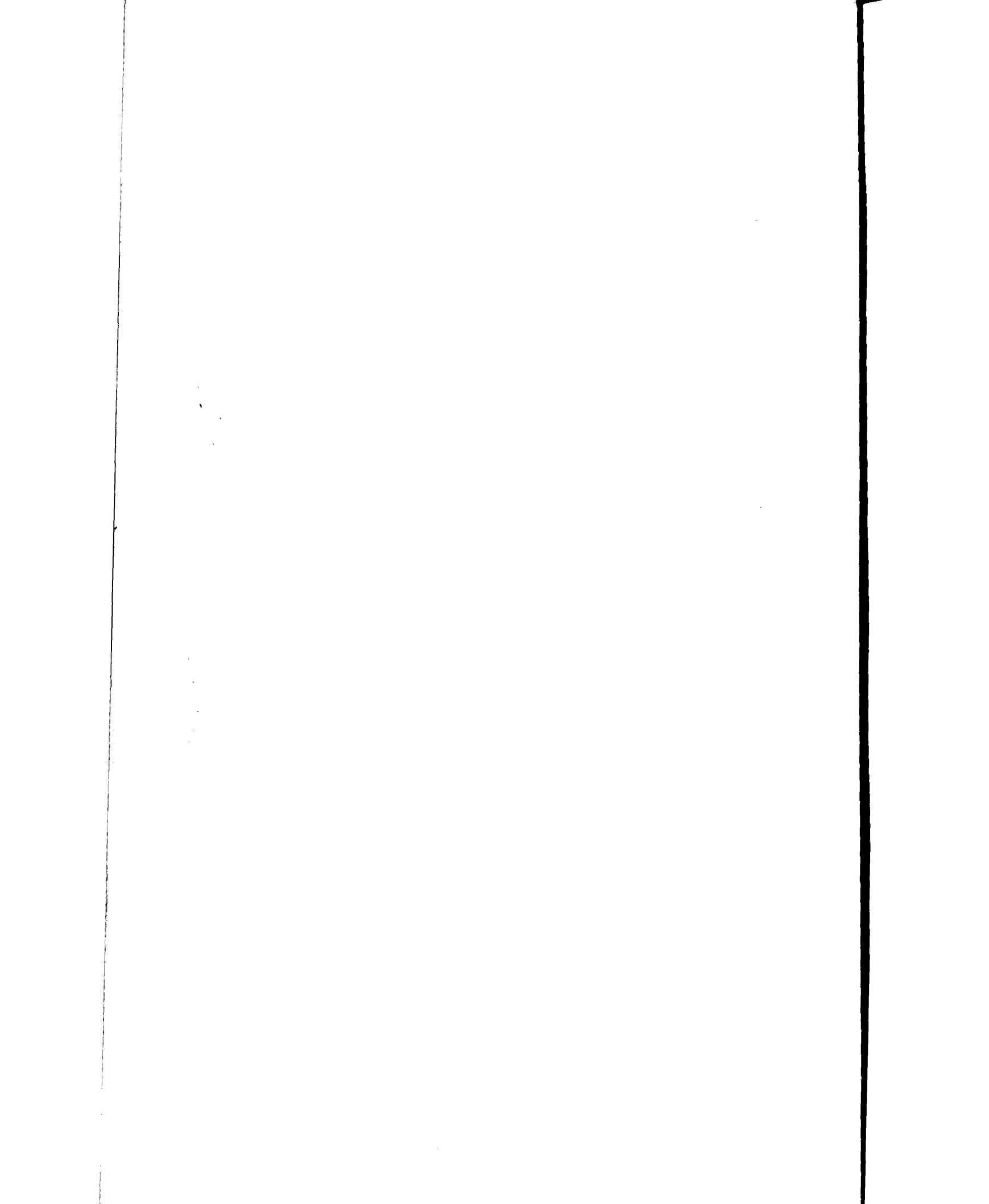
Dans la deuxième partie, nous ferons une analyse approfondie de deux arrêts de la Cour, des années quatre-vingts, qui revêtent des aspects assez innovateurs et créateurs à propos de deux catégories de personnes: les touristes et les étudiants. Nous verrons aussi comment ces arrêts ont repris des idées qui faisaient l'objet de discussion au niveau des institutions investies du pouvoir législatif, mais qui n'ont jamais donné lieu à l'adoption des décisions à cause des blocages institutionnels de la Communauté.

Nous verrons aussi les répercussions qu'un de ces arrêts, l'arrêt Gravier, a eu au niveau de l'action législative de la

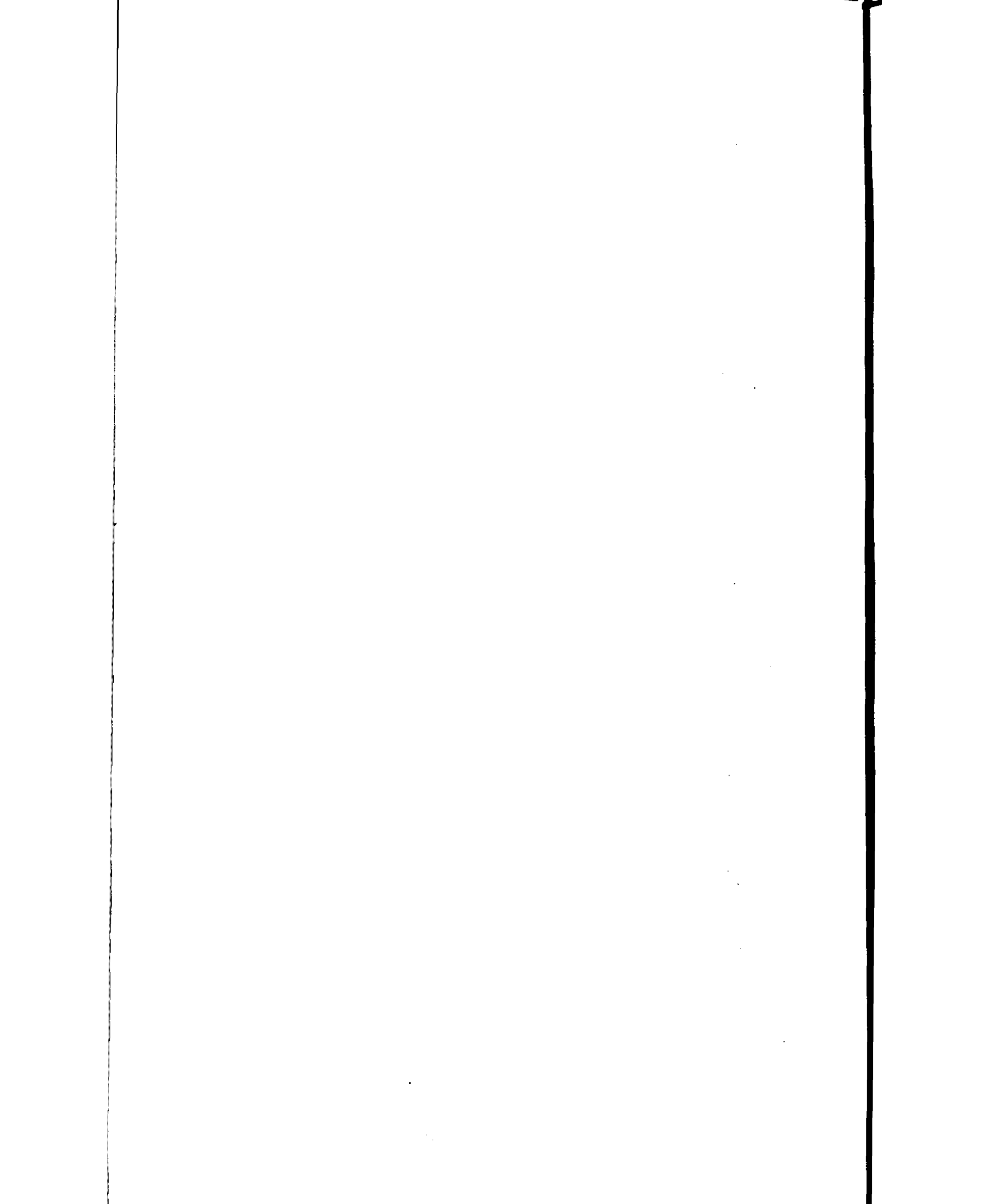


Communauté dans des domaines où la compétence communautaire était plus douteuse.

Il ne s'agira donc pas d'une analyse globale du rôle de la Cour de Justice dans le contexte des institutions communautaires, mais d'une analyse appliquée à la libre circulation des personnes en prenant des exemples concrets de l'effet de sa jurisprudence.



Première Partie



La Libre circulation des Personnes

Chapitre I- Considérations Générales

1. Dans le but de la construction du Marché Commun, figurent dans le Traité de Rome comme instruments principaux la réalisation des quatre libertés fondamentales: la libre circulation des marchandises; la libre circulation des personnes, des services et des capitaux. Elles correspondent aux Titres I et II de la deuxième partie du Traité, qui énonce les fondements de la Communauté.

Les quatre libertés fondamentales sont l'expression, dans le Traité, des facteurs de production utilisés par la théorie économique classique: les matières premières et les produits transformés; le facteur humain et le capital. Comme il s'agissait d'édifier une Communauté Economique, il fallait trouver une forme qui traduisait ces trois réalités.

Le fait qu'on parle des quatre libertés pour se référer à ces trois facteurs est dû à une réalité nouvelle, les services, qui n'étaient pas pris en considération au temps des économistes classiques. Et il est curieux de constater comment le Traité envisage les services. Ils sont rattachés à la libre circulation des personnes et leur réglementation est très souvent calquée sur des règles applicables au droit d'établissement, dont le cadre juridique a un caractère subsidiaire de celui des services, selon l'article 56. L'explication se trouve dans le fait qu'à l'époque de l'élaboration du Traité les services étaient envisagés comme une activité qui

14

1

2

3

10

4

5

11

12

13

obligeait, très souvent, à un déplacement des personnes et c'est donc, le motif pour lequel on cherche à rapprocher, de plus en plus, la réglementation de ces deux libertés.

Cependant, du point de vue économique, les prestations de services se trouvent beaucoup plus proches de la circulation des marchandises que de la circulation des personnes. Et le développement des techniques de communication et d'information ne fait que renforcer cette tendance. Ce qui a amené les Britanniques, par exemple, à classifier les services au niveau de la procédure budgétaire dans la catégorie des "invisible goods".

De toute façon, la réglementation des services, au niveau communautaire, reste fortement liée à celle du droit d'établissement et, de ce fait, quand on parle de la libre circulation des personnes, on étend, presque toujours, ce concept à la libre prestation de services. Ainsi, la libre circulation des personnes "lato sensu", comprend la liberté de circulation des travailleurs, le droit d'établissement et la liberté de prestation de services. A vrai dire, elle comprend deux libertés: la liberté de circulation des personnes "stricto sensu" - travailleurs et établissement; et la liberté de prestation des services. Et ce sera toujours dans le sens large que nous aborderons la libre circulation des personnes.

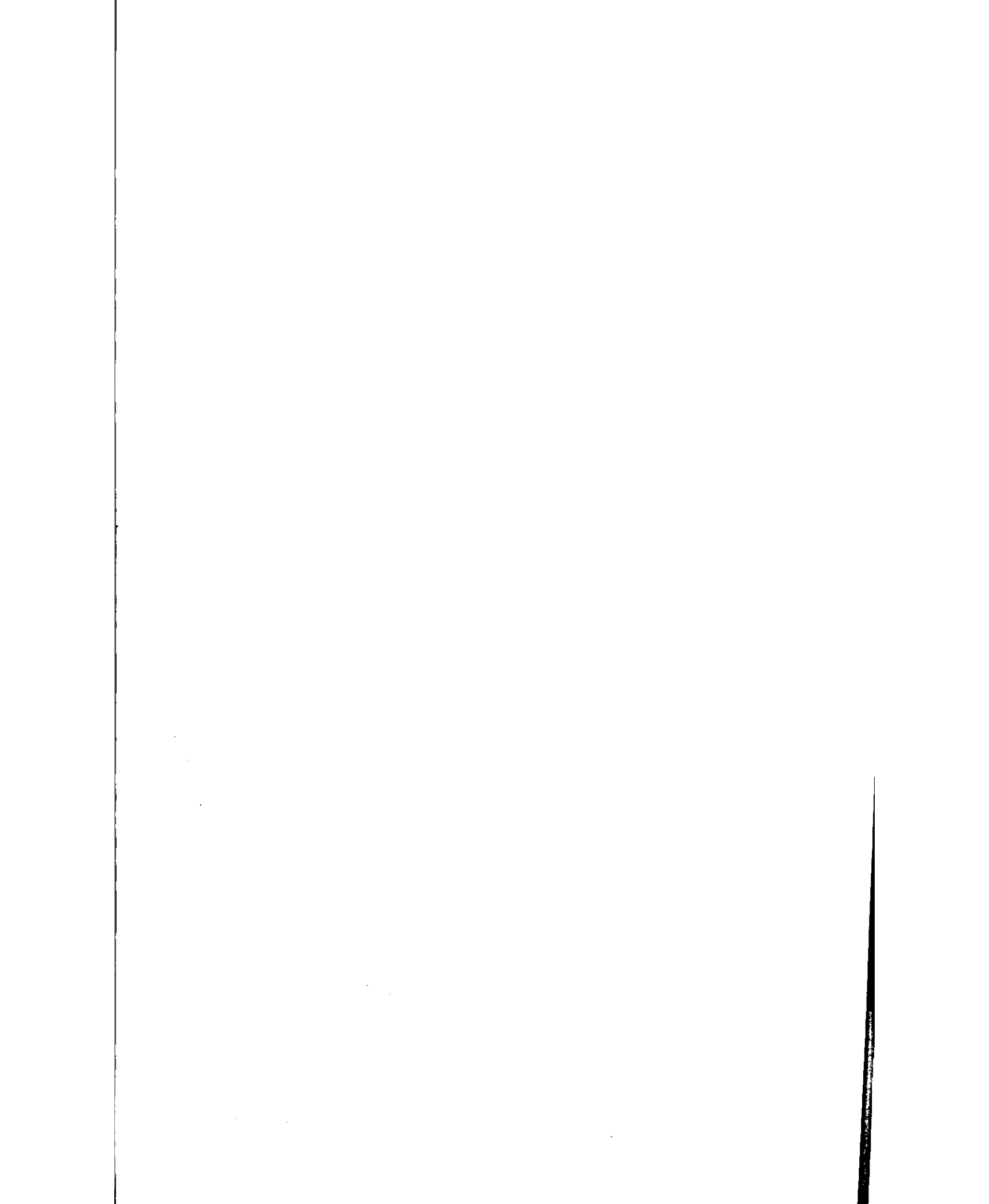
2. Par rapport à la libre circulation des marchandises, qui s'occupe à la fois de la réglementation de la circulation des biens entre les pays de la Communauté et de la circulation des marchandises entre les pays communautaires et des pays tiers, notamment par l'instauration d'un tarif douanier commun, articles 92, 100 et s., la



libre circulation des personnes ne s'occupe que des aspects internes de cette liberté en laissant, par conséquent, aux Etats membres la compétence en ce qui concerne les aspects externes. En effet, l'article 48 parle de "la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté"; l'article 52 se réfère aux "restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un Etat membre dans le territoire d'un autre Etat membre". Il n'y a que l'article 59 qui après avoir disposé que "les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté sont progressivement supprimées à l'égard des ressortissants des Etats membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation", prévoit que le Conseil peut étendre le bénéfice de ces dispositions "aux prestataires de services ressortissant d'un Etat tiers et établis à l'intérieur de la Communauté". Il serait pour les prestataires de services des Etats tiers comme une sorte de "libre pratique" après avoir franchi le territoire d'un Etat membre et y s'établir. Cependant aucune mesure n'a été envisagée par le Conseil pour implanter cette dernière prévision de l'article 59.

Ainsi, les Etats membres demeurent compétents en ce qui concerne la réglementation des aspects externes de la libre circulation des personnes, particulièrement, l'entrée et le séjour des ressortissants des Etats tiers dans leur territoire.

3. La libre circulation des personnes est aussi celle des quatre libertés fondamentales qui fait le mieux apparaître le projet



politique et culturel de la construction européenne¹ dont on dit que le Traité de Rome n'est qu'une étape, un instrument.

En effet, cette liberté en s'occupant des personnes, a un objet beaucoup plus délicat que celles qui s'occupent des marchandises ou des capitaux parce qu'il y a toute la dimension de l'être humain qu'on doit prendre en considération et respecter, et aussi parce que c'est par le biais de cette liberté que les citoyens des pays membres de la Communauté peuvent le plus directement se rendre compte des avantages d'une Europe unie et sans frontières, en utilisant les bénéfices que le Traité de Rome leur confère de se déplacer dans un autre pays de la Communauté pour y exercer leur activité professionnelle, quelle que soit leur motivation, et sans subir aucune sorte de discrimination par rapport aux nationaux de l'Etat membre d'accueil.

¹ P. Demaret et B. Ernst de la Græte, *Ordre Public et Libre Circulation des Personnes*, Cahiers de Droit Européen, 1983, p. 264.

Vertical line on the left side of the page.

Vertical line on the right side of the page.

Small, faint markings or artifacts in the center-right area.

Chapitre II- Le Champ d'application

1. Champ d'application matériel

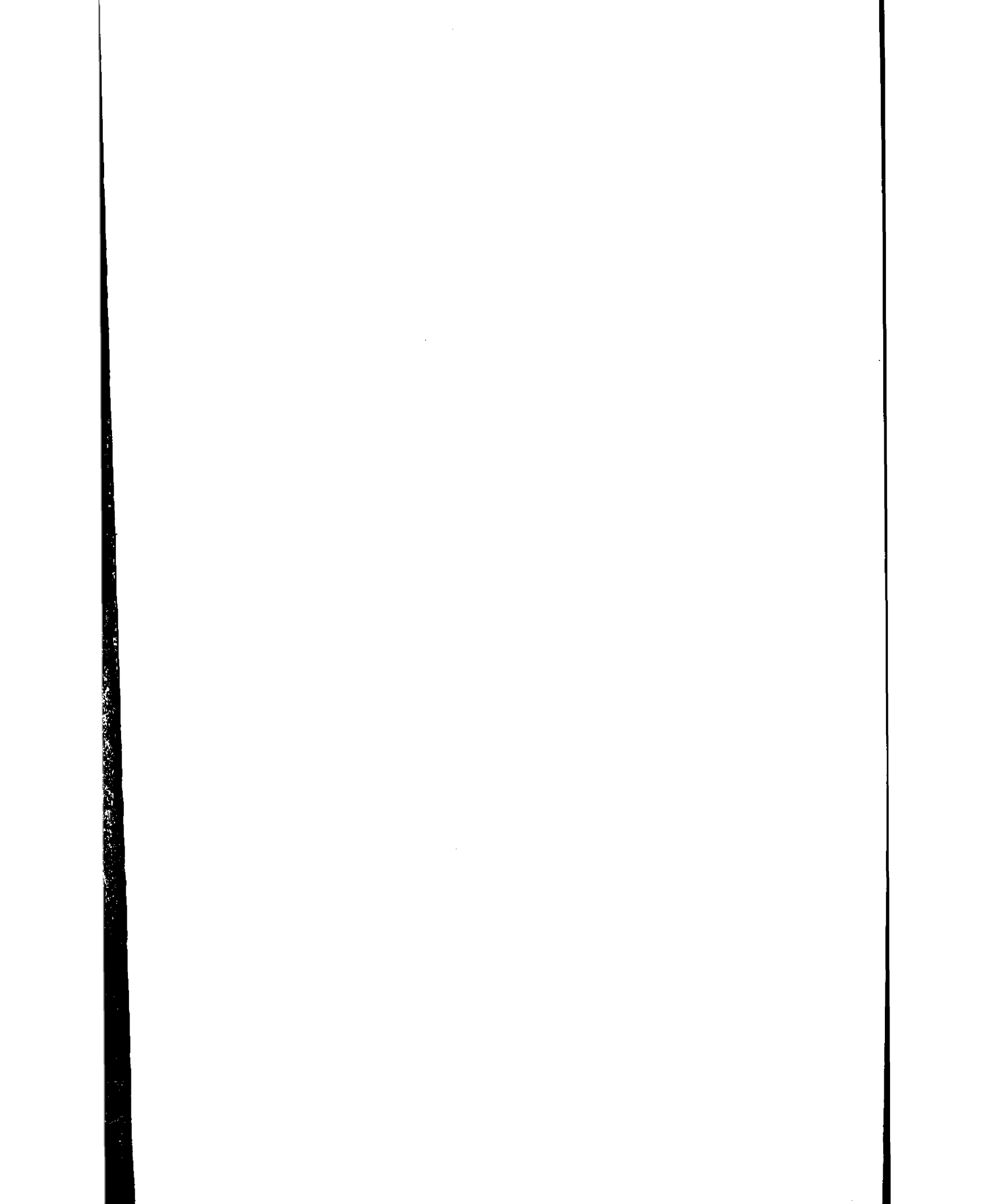
4. On a vu que les activités couvertes par la libre circulation des personnes sont la libre circulation des travailleurs, le droit d'établissement et la libre prestation des services. Ces trois types d'activités recouvrent les formes par lesquelles on peut exercer des activités professionnelles: les activités salariées - les travailleurs; les activités indépendantes - l'établissement et les services.

L'aspect commun entre ces trois types d'activités est qu'elles revêtent toutes un caractère économique et celui - ci est le critère par lequel on peut considérer si une activité est, ou n'est pas, concernée par le Traité¹.

Cette doctrine a été affirmée par la Cour de Justice dans l'arrêt Walrave² où elle a considéré, à propos d'une disposition de l'Union Cyclistique Internationale, qui obligeait que dans certains types de courses de cyclisme, le cycliste et son entraîneur soient de même nationalité, bien que les activités sportives en tant que telles soient hors du champ d'application du Traité, que les cyclistes professionnels, dans la mesure où leur activité présentait un caractère économique, étaient soumis au droit communautaire. La Cour n'a même pas eu la préoccupation de classer le type d'activité en

¹ G. Druesne, "Droit matériel et politiques de la Communauté Européenne", PUF, 1986, p. 85.

² Walrave C/ Union Cyclistique Internationale, 12/12/1974, affaire 36/74, rec. 1974 p. 1405.



cause, elle s'est limité à constater sa nature économique et, dans cette mesure, l'application du droit communautaire. Cependant, le domaine dans lequel cette activité se déroulait, celui du sport, reste complètement étranger à la compétence communautaire.

Après cette référence aux activités économiques comme critère d'application des règles concernant la libre circulation des personnes, nous analyserons le contenu de chacun des trois types d'activités couverts par ces règles.

Les travailleurs

5. Le Traité s'occupe de la libre circulation des travailleurs dans les articles 48 et suivants. Mais que doit-on entendre par travailleur? Quelles sont les limites de cette notion?

Pour la définition de ce concept, comme pour tant d'autres, la Cour de Justice a joué un rôle très important, en fournissant, à propos des situations concrètes où il lui a été demandé de se prononcer à titre préjudiciel, des critères qui nous permettent de mieux préciser la notion de travailleur en droit communautaire.

La première fois que la Cour a dû se prononcer sur cette question était dans l'affaire Unger¹. Cette affaire concernait des questions relatives au droit de la sécurité sociale. La Cour a considéré comme travailleurs, et donc bénéficiaires de la libre circulation, tous ceux qui étaient couverts par les différents

¹ Unger C/ Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten, 19/03/1964, affaire 75/63, X Rec. p. 347.



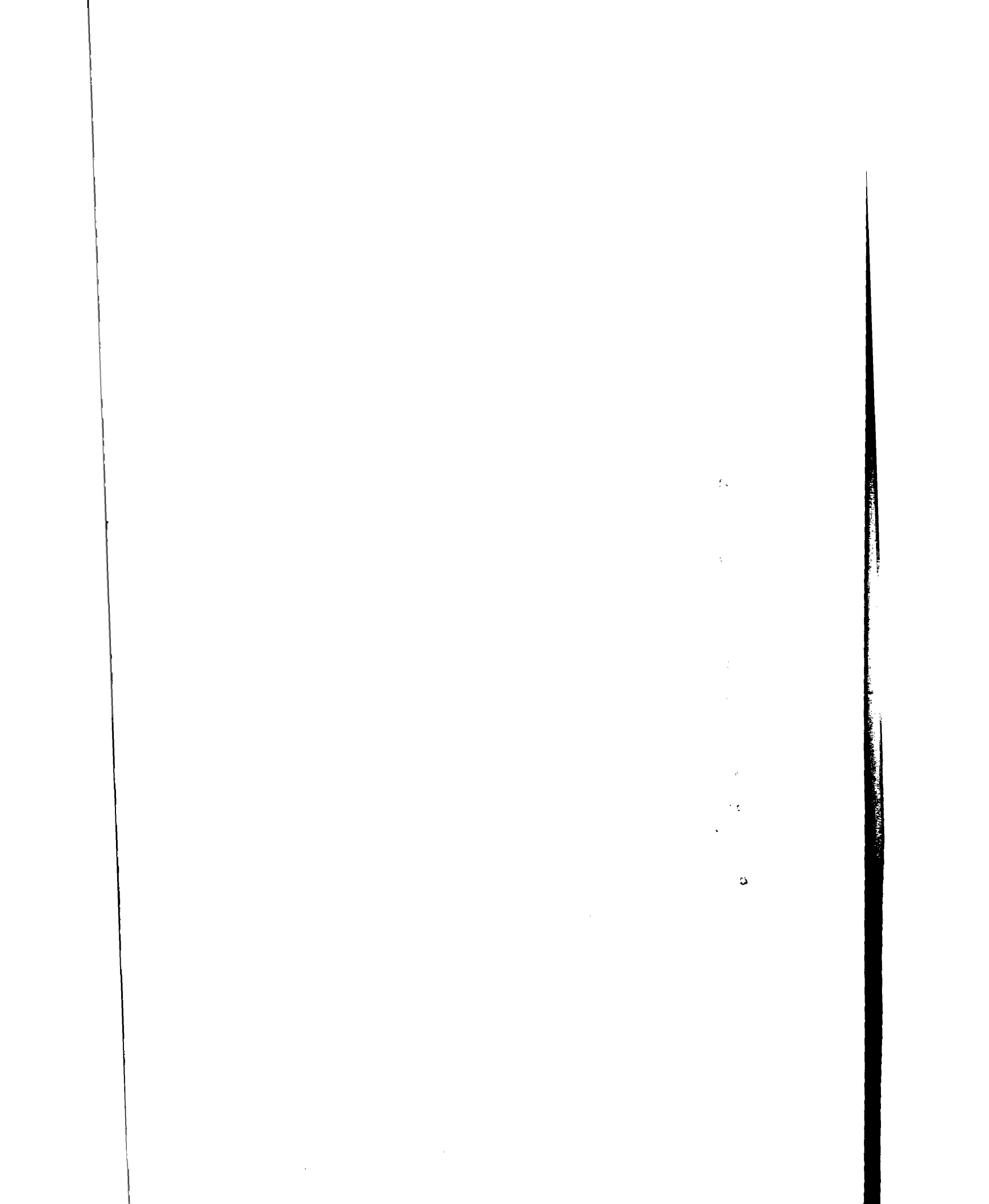
systèmes de sécurité sociale. C'était une définition assez formaliste, parce que basée sur un critère qui ne prenait pas en compte la nature de la relation de travail ou le type d'activité en cause. Ce qui était décisif était l'appartenance à un système de sécurité sociale.

Un arrêt qui a fortement contribué à l'élargissement du concept de travailleur en droit communautaire fut l'arrêt Levin¹.

Mme. Levin, une ressortissante britannique, avait demandé un permis de séjour aux Pays-Bas, qui lui avait été refusé. Elle invoqua sa condition de travailleur pour l'obtention du permis. Mme Levin exerçait, à mi-temps, un métier de femme de chambre d'hôtel, recevant un revenu inférieur au salaire minimum national, qui aux Pays-Bas est considéré le minimum de subsistance. Il semble que son intention profonde était de faire bénéficier son mari, ressortissant sud-africain, du droit de séjour en Hollande, à travers l'article 10^o du règlement 1612/68 du 15 octobre de 1968, pour y s'établir. Le permis ayant été refusé, elle a intenté un recours, en Hollande, sur cette décision et la Cour a dû se prononcer à titre préjudiciel.

La Cour a considéré que pour la définition de travailleur en droit communautaire, peu importe le montant du salaire reçu, le nombre d'heures qu'on travaille ou la motivation qui fait déplacer le travailleur en cause. Ce qui est important, selon la Cour, c'est que le travailleur exerce une activité de nature économique et que celle-ci soit une activité réelle et effective. Ainsi, la Cour a accepté

¹ Levin C/ Secrétaire d'Etat à la Justice, 23/02/1982, affaire 53/81, Rec. 1982 p. 1035.



comme travailleurs bénéficiaires du droit communautaire les travailleurs à temps partiel et ceux qui auferent des rémunérations inférieures au minimum de subsistance.

On peut douter de la cohérence interne de ce critère, surtout si une activité réelle et effective, telle qu'elle ne soit pas une activité purement marginale et accessoire, que la Cour semble exclure dans l'arrêt de la notion de travailleur, peut être une activité dans laquelle on n'a pas une rémunération considérée comme suffisante pour pourvoir à son propre maintien. Il est vrai que la Cour sur cet aspect de la rémunération admet que les revenus du travail peuvent être accrus par d'autres revenus de n'importe quelle source. Cependant, il nous semble étrange que dans un arrêt où ce qui est en cause est la notion de travailleur bénéficiaire des règles du droit communautaire, c'est-à-dire, celui qui se déplace de son pays pour exercer une activité ailleurs, on exige une activité réelle et effective, même si la rémunération perçue est inférieure au minimum de subsistance.

Nous croyons que la jurisprudence Levin ne peut être entendu que si l'on se réfère à un aspect dont on parlera plus loin et qui concerne le droit d'entrée et de séjour¹.

Plus récemment, la Cour de Justice a essayé de donner une notion de travailleur qui se concentre beaucoup plus sur des critères juridiques et se base sur la nature de la relation de travail. C'est

¹ infra, p. 38.

21

22

23

24

25

26

27

28

29

30

31

32

33

34

35

36

37

38

39

40

dans l'arrêt *Lawrie-Blum*¹ où, à propos d'un enseignant stagiaire qui effectuait un stage de formation préalable, la Cour a considéré que, dans l'affaire en question, du fait que l'enseignant stagiaire était placé sous la direction de l'établissement d'enseignement auquel il était affecté, que celui-ci lui imposait des prestations à accomplir, notamment il devait faire quelques cours, et qu'en contre - partie il touchait une rémunération, les caractéristiques d'une relation de travail étaient présentes et dès lors il pouvait bénéficier des règles des articles 48 et suivants.

La Cour semble donc exiger pour qu'on puisse considérer l'existence d'une activité salariée qu'on remplisse ces trois conditions: l'accomplissement, pendant une certaine période de temps, de prestations de travail; que ces prestations de travail soient faites en faveur d'une autre personne et sous la direction de celle-ci; qu'en contre - partie de ces prestations on perçoive une rémunération².

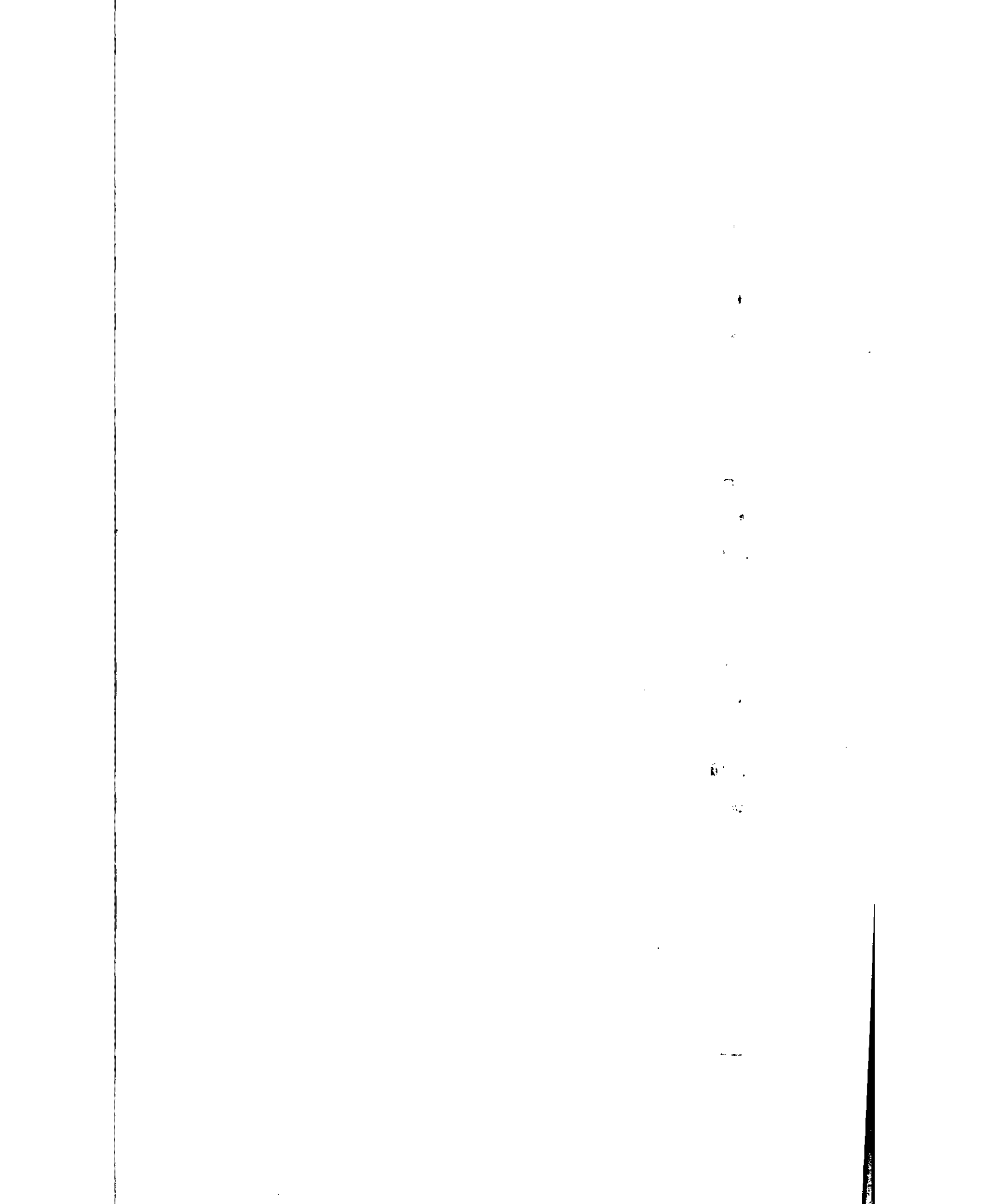
C'est là une notion vraiment juridique et qui se rapproche beaucoup de la notion de travailleur suivie par le droit national de plusieurs Etats membres.

Etablissement

6. Au delà des activités salariées, le Traité prévoit aussi la libre circulation des activités indépendantes. Celles-ci peuvent être

¹ *Lawrie - Blum C/ Land - Baden - Wurtemberg* 03/07/1986, affaire 66/85, pas encore rapporté.

² J. Amphoux, *Chroniques de Jurisprudence, Cahiers de Droit Européen*, 1987, p. 160.

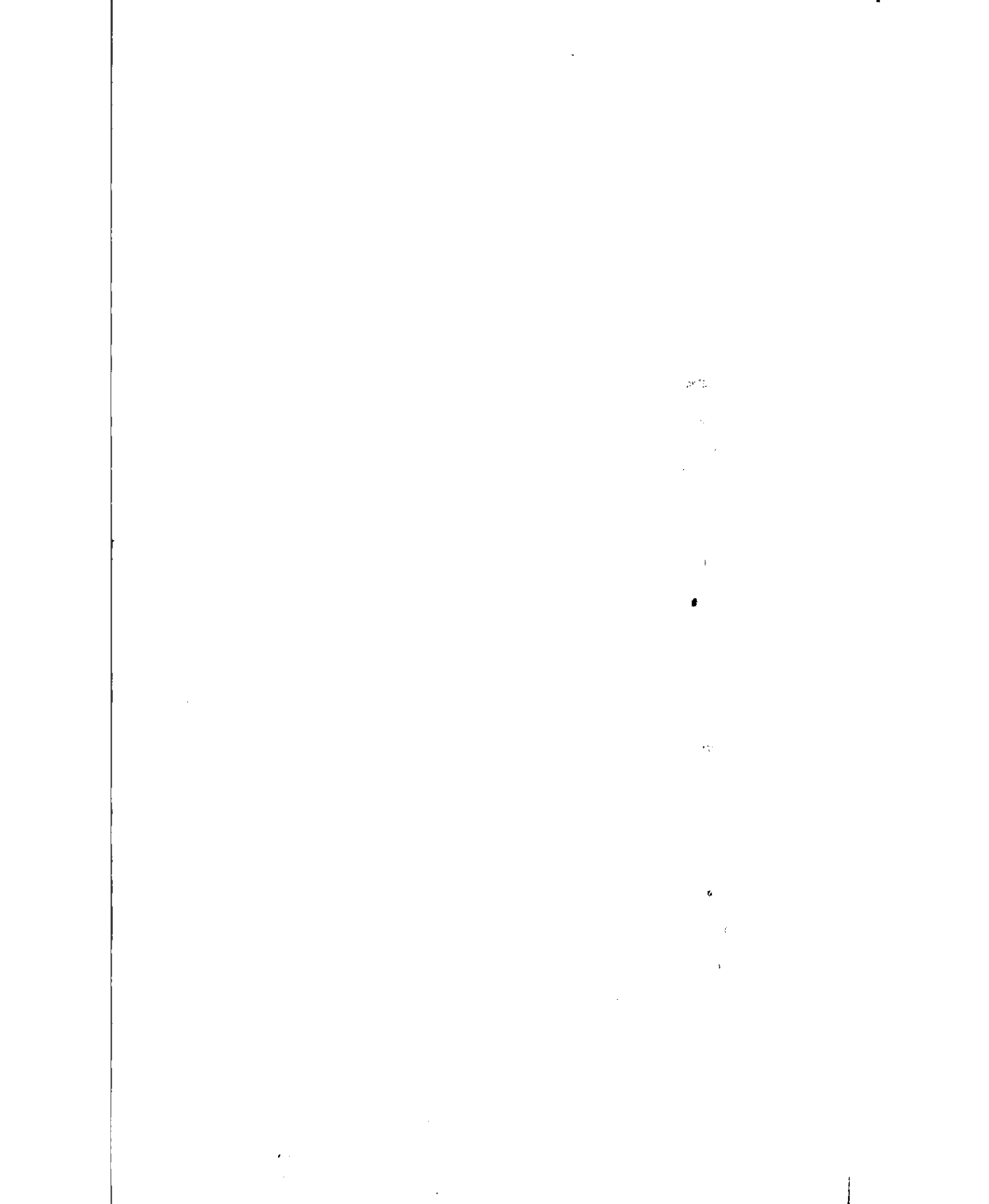


exercées sous deux formes: la liberté d'établissement et la libre prestation de services. La différence entre la liberté d'établissement et la libre prestation de services se trouve dans la façon dont l'activité est exercée: quand l'exercice d'une activité prend un caractère permanent, parce qu'un professionnel a décidé de s'installer dans un autre Etat membre ou qu'une société y a créé une succursale, par exemple, il s'agit d'un cas d'établissement; quand l'exercice d'une activité dans un autre Etat membre revêt un caractère temporaire et sporadique on parle d'une prestation de services.

L'établissement concerne tant les personnes physiques que les personnes morales. Il peut s'exercer soit à titre principal, soit à titre secondaire.

7. A titre principal l'établissement concerne surtout les personnes physiques. Par exemple, un plombier grec qui s'installe à Frankfurt pour y exercer sa profession; un italien qui ouvre une pizzeria à Amsterdam; ou un dentiste anglais qui s'établit à Faro, ce sont là des formes d'établissement à titre principal.

L'article 57 prévoit l'adoption par le Conseil de directives visant à la reconnaissance mutuelle des diplômes. Dans ce domaine, l'activité du Conseil n'a pas été d'une très large portée ce qui crée des obstacles au droit d'établissement. En effet, la réglementation des professions demeure de la compétence des Etats membres. Dans



l'absence des directives en cause, l'étendue de l'établissement resta très limitée¹.

Cependant il y a eu des cas où la Cour de Justice en absence des directives de reconnaissance mutuelle des diplômes a établi que les diplômes, dans le cas d'espèce, étaient équivalents et a contribué donc à la limitation des situations où les Etats membres empêchent le droit d'établissement à des ressortissants communautaires. Il s'agit des arrêts Thieffry et Patrick.

Dans l'arrêt Thieffry², un ressortissant belge, docteur en droit en Belgique et dont le diplôme a été reconnu par une Université française, ce que lui a permis de passer, avec succès, l'examen à la profession d'avocat au barreau de Paris, a vu son inscription comme avocat refusée sur la base du fait qu'il n'avait pas un diplôme français et que la reconnaissance du diplôme par l'Université en cause ne produisait pas d'effets hors de cette institution. En l'absence d'une directive de reconnaissance de diplômes M. Thieffry ne pouvait bénéficier de la liberté d'établissement. La Cour de Justice a considéré que l'absence de directive n'était pas un motif de refus d'inscription dans une situation où il y avait déjà une reconnaissance universitaire de diplômes qui était, en plus, complétée par un examen d'accès à la profession. La Cour a, donc, considéré le refus comme incompatible avec l'article 52.

¹ G. Druet, Droit matériel et politiques de la Communauté européenne, PUF, 1986, p. 88.

² Thieffry C/ Conseil de l'ordre des avocats à la Cour de Paris, 28/04/1977, affaire 71/76, Rec. 1977 p. 765.

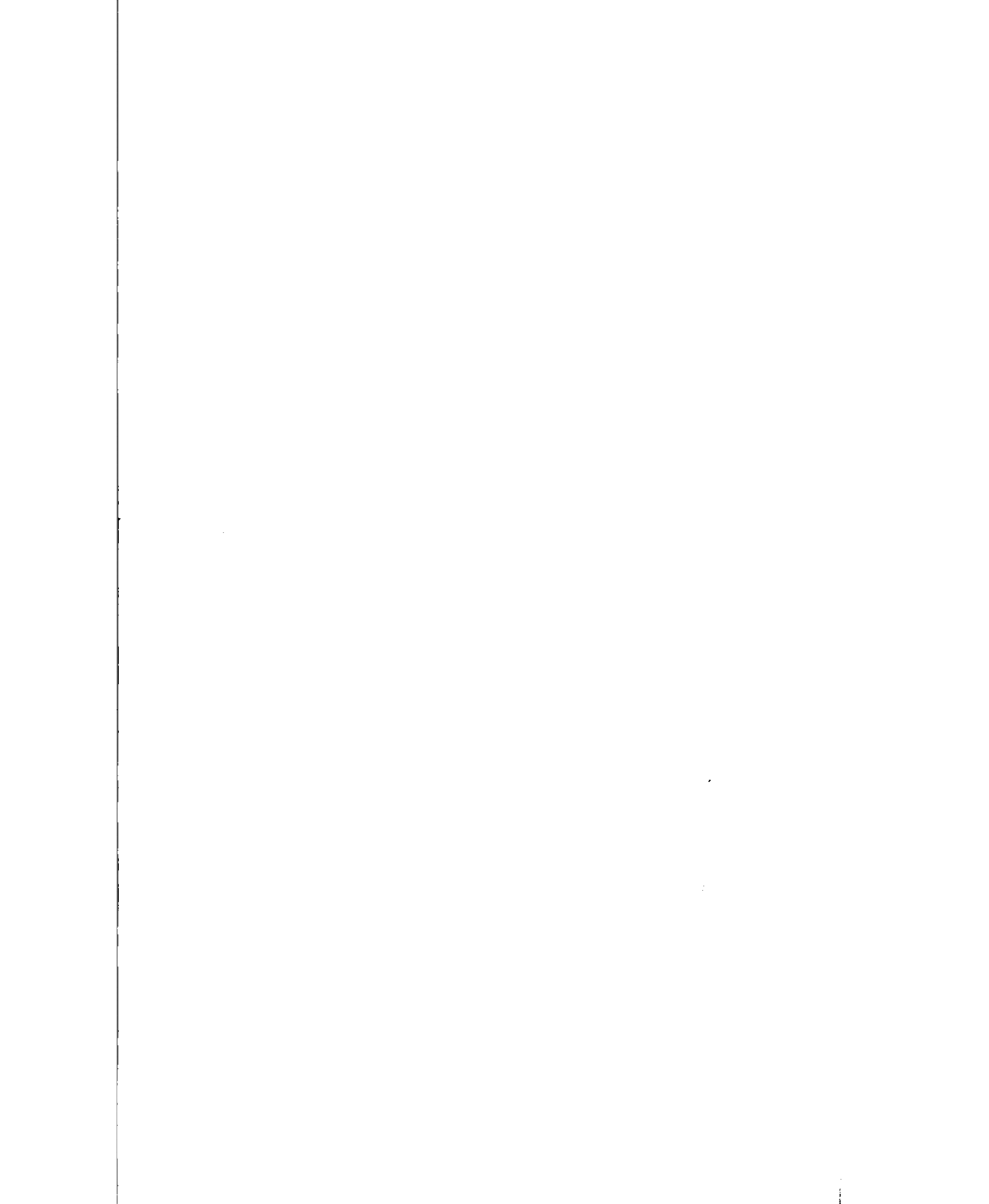
1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

Dans l'affaire Patrick¹ aussi, il s'agissait d'un ressortissant anglais qui possédait un diplôme d'architecte au Royaume Uni et voulait s'établir en France, où il a vu sa demande refusée, malgré la reconnaissance du diplôme par ce pays. La motivation du refus était que l'exercice de la profession dépendait des conditions de réciprocité qui devaient être établies par des conventions internationales. La Cour a dit que lorsque les dispositions nationales reconnaissent un diplôme du type de celui en question, on ne pouvait invoquer ce genre d'arguments pour s'opposer à la liberté d'établissement.

Il semble donc que même dans les cas des professions où les institutions communautaires n'ont pas, jusqu'à présent, réussi à adopter des directives de reconnaissance mutuelle des diplômes, la Cour a, cependant, réduit la marge de discrétionnarité des Etats membres leur permettant de refuser la liberté d'établissement. En effet, la Cour semble faire jouer des équivalences de diplômes basées sur des critères autres que les directives de reconnaissance, comme, par exemple, les accords universitaires ou les équivalences entre organisations professionnelles nationales.

Mais l'établissement à titre principal pour les personnes morales est également possible, bien que cela ne soit pas le cas le plus courant.

¹ Patrick C/ Ministre des affaires culturelles, 28/06/ 1977, affaire 11/77, Rec. 1977 p. 1199.



Dans l'affaire Fearon¹ il s'agissait, en effet, d'un cas d'établissement à titre principal d'une personne morale. Fearon était une société constituée en Irlande par cinq citoyens britanniques, tous résidents au Royaume Uni, et qui avait pour but l'exploitation de propriétés agricoles.

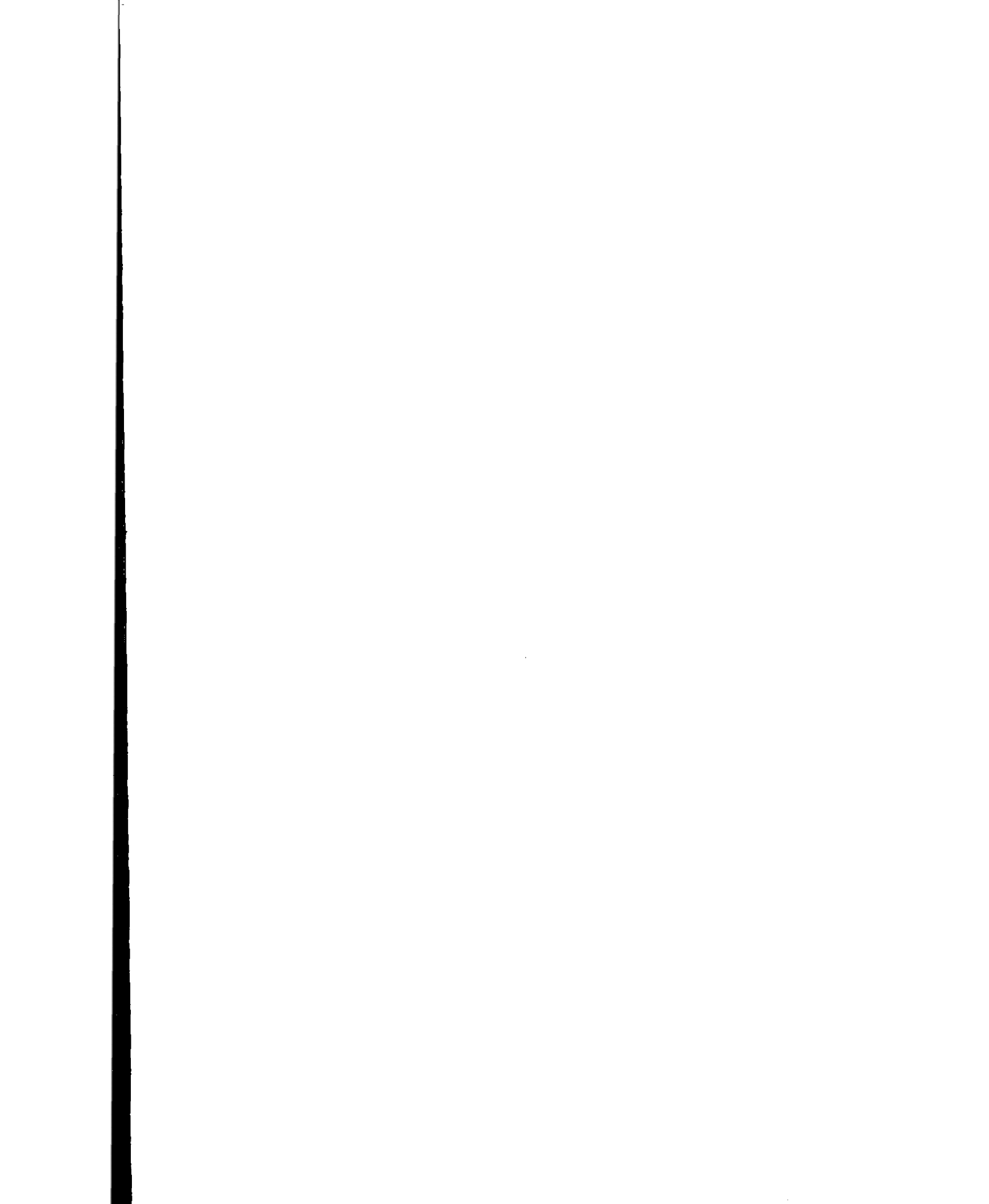
8. A titre secondaire, l'établissement recouvre soit les personnes morales, soit les personnes physiques.

Pour les personnes morales, l'établissement secondaire est la forme normale d'utilisation de cette liberté. En effet, les personnes morales, et surtout les sociétés, profitent de la liberté d'établissement pour, normalement, étendre leur activité au delà des frontières de leur pays d'origine. Pour le faire, elles créent soit des agences, soit des succursales ou des filiales. Toutes ces trois formes sont comprises par l'article 52.

Les personnes physiques peuvent aussi s'établir à titre secondaire dans un autre Etat membre à travers la création, par exemple, d'un second domicile professionnel. C'est ce que la Cour a affirmé dans l'arrêt Klopp², où M. Klopp, un avocat allemand établi à Dusseldorf, a demandé son inscription au Barreau de Paris pour y exercer sa profession, mais sans quitter son bureau de Dusseldorf. L'Ordre des Avocats de Paris a refusé son inscription en invoquant la législation française qui régissait la profession d'avocat et qui leur interdisait d'avoir plus d'un domicile professionnel. Cette

¹ Fearon C/ Irish Land Commission, 06/11/1984, affaire 182/83, Rec. 1984 p. 3677.

² Ordre des avocats du barreau de Paris c/ Klopp 12/07/1984, affaire 107/83, Rec. 1984, p. 2971.



mesure se justifiait, selon l'Ordre des Avocats, pour des raisons déontologiques liées à l'exercice effectif de la profession et à l'exigence d'un contact permanent avec les autorités judiciaires du domicile professionnel. La Cour a considéré que bien que les autorités nationales demeurent compétentes pour régler l'exercice de la profession d'avocat, elles ne peuvent pas le faire d'une façon qui empêche quelqu'un établi dans un autre Etat d'exercer son droit d'établissement secondaire garanti par le Traité.

Les Services

9. Comme on l'a vu précédemment, les services couvrent les activités indépendantes exercées d'une façon temporaire et sporadique. L'article 60 exige comme élément caractéristique des services que la prestation soit fournie contre rémunération. La rémunération est l'élément économique du service. Celui qui fournirait gratuitement ses services ne saurait entrer dans le champ d'application personnel du Traité puisqu'on ne peut pas considérer le caractère économique de son activité, car lui-même refuse d'accorder une valeur à la prestation. Ainsi, par exemple, un médecin danois qui s'est acheté une maison de vacances en Sicile où il y va fréquemment et qui, de façon sporadique et gratuite, prête des soins médicaux à ses voisins, motivé par des rapports d'amitié ou de solidarité humaine, ne peut pas invoquer qu'il est prestataire de services au sens du Traité et, donc, un bénéficiaire des règles de la libre circulation.

L'article 60 considère les services comme une activité résiduelle par rapport à la libre circulation des marchandises, des

capitaux et des personnes. Il semble que les auteurs du Traité n'aient pas été tellement à l'aise quand ils se sont occupés de la réglementation des services. Autant par la façon dont ils les ont envisagés, i.e. comme une activité avec des caractéristiques semblables à celles de l'établissement, que par la définition qu'ils ont essayé d'en donner, à savoir une activité résiduelle par rapport aux activités des trois autres libertés de circulation. Les services, en effet, prennent dans le Traité une place un peu grise qui correspond, peut-être, à des difficultés rencontrés par ses auteurs dans la délimitation de ses contours.

9. Les services sont une activité qui oblige, normalement, au déplacement des personnes. Mais ils ne sont pas le résultat d'une activité exclusive des personnes physiques. Ils couvrent aussi les cas où les fonctionnaires d'une personne morale se déplacent dans un autre Etat membre pour y prêter des services de l'entité patronale. Donc, le mode normal des prestations des services c'est avec le déplacement du prestataire, lui-même ou à travers un agent.

Mais la Cour a reconnu que les déplacements des destinataires étaient aussi couverts par la libre prestation des services. C'était l'arrêt *Luisi et Carbone*¹, où à propos de deux ressortissants italiens qui avaient violé la loi nationale qui réglait la sortie des devises, elle a dit que ceux qui se déplacent dans un autre Etat membre à des fins comme le tourisme, les voyages d'études ou d'affaires ou pour y recevoir des soins médicaux, doivent être considérés comme des destinataires des services et, en tant que tels,

¹ *Luisi et Carbone c/ Ministre du Trésor*. 31/01/1984, affaires jointes 286/82 et 26/83, Rec. 1984 p. 377.



Ils sont des bénéficiaires des normes du Traité concernant la circulation des services. Dans cette mesure, les paiements courants qui se destinent au paiement des services reçus doivent être libéralisés et doivent, ainsi, être différenciés des mouvements de capitaux qui ne sont pas des rémunérations des prestations rendues, mais des pures opérations financières. On reviendra plus tard sur la portée et les conséquences de cet arrêt¹.

Mais les services peuvent aussi se faire sans déplacement de personnes. C'est le cas, par exemple des émissions de télévision que la Cour a considérées, dans l'arrêt *Debauve*², comme un service dans le sens du Traité. Dans cet arrêt, la Cour a aussi considéré que la télédistribution et la publicité télévisive sont aussi des services qui doivent relever de la libre prestation des services.

Ainsi, au fur et à mesure que les transformations technologiques se développent, le nombre de services qui pourront être prêtés sans déplacement de personnes grandira toujours et fera, peut-être, que la réglementation des services s'éloignera des normes qui régissent la liberté d'établissement.

¹ infra, p. 57 et s.

² Procureur du Roi c/ *Debauve*, 18/03/80, affaire 52/79, Rec. 1980 p. 833.

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

2. Champ d'application dans l'espace

Les situations purement nationales

10. Les règles du Traité concernant la libre circulation des personnes s'appliquent à l'intérieur du territoire de tous les Etats membres et aux ressortissants de ces mêmes Etats membres. Mais pas à tous les ressortissants. Le Traité, et les règles sur la circulation des personnes en particulier, visent les ressortissants des Etats membres qui se déplacent vers un autre Etat membre dans le but d'y exercer une activité professionnelle. Ce sont donc les mouvements transfrontaliers qui sont visés par la circulation de personnes.

Par contre, les situations nationales, où il y a un conflit avec les nationaux d'un Etat membre à l'intérieur de son propre Etat, ne sont pas objet du droit communautaire. Les Etats membres, en ce qui concerne ces situations, conservent le pouvoir d'imposer tout genre de mesures sans être affectés par les règles communautaires. C'est ce que la Cour a dit dans les arrêts Saunders et Moser.

Dans l'affaire Saunders¹, une ressortissante anglaise qui avait été condamnée pénalement à se rendre en Irlande du Nord pour une période de trois ans et à ne pas revenir, pendant cette période, en Angleterre ou au Pays de Galles, a invoqué l'article 48 du Traité et, en particulier, le paragraphe 3, lettre b), de cette disposition. La Cour a considéré que les Etats membres conservaient le pouvoir de restreindre, en exécution de mesures pénales, la liberté de déplacement de leurs nationaux à l'intérieur de leur territoire.

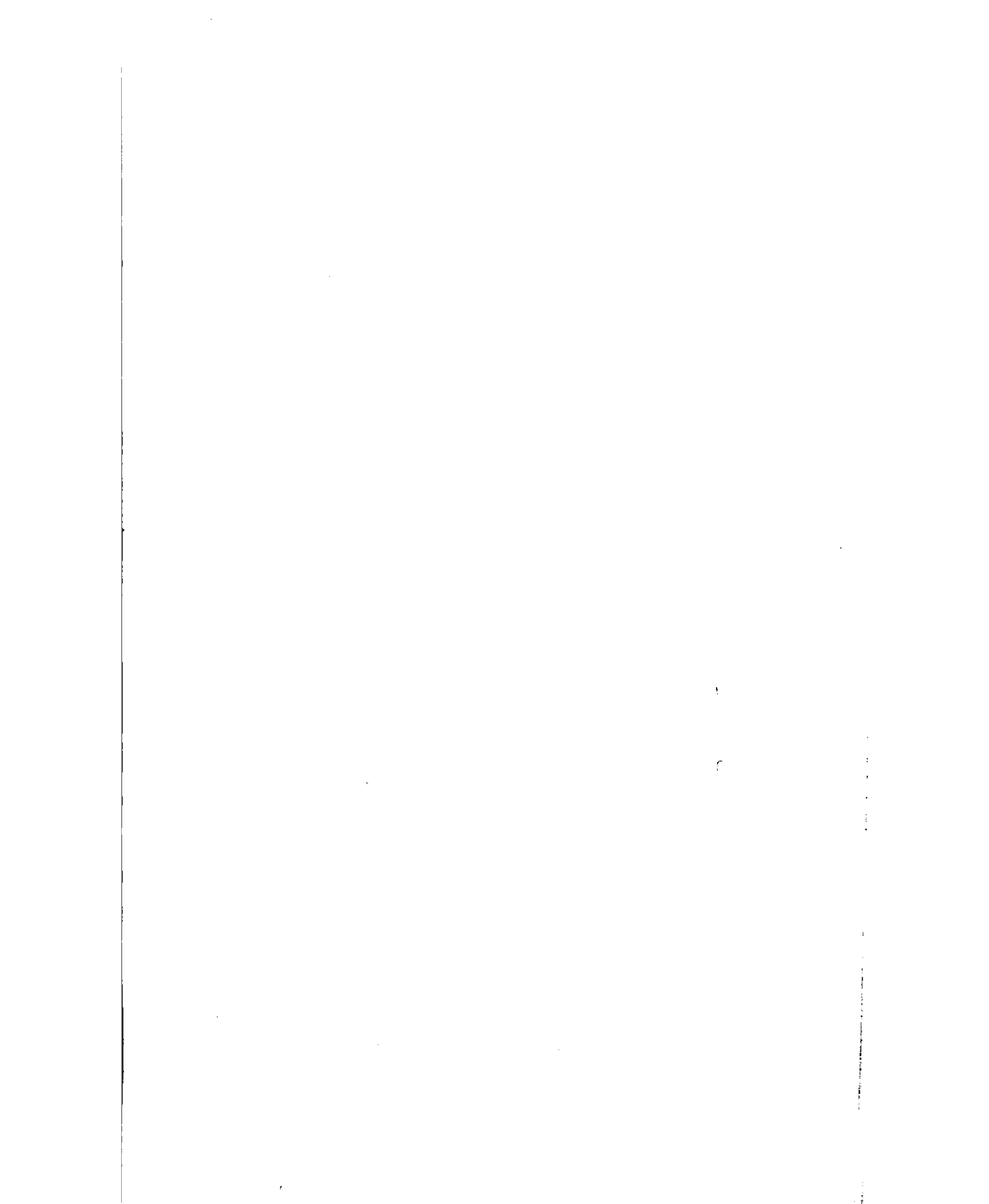
¹ La Reine c/ Saunders 28/03/1979, affaire 175/78, Rec. 1979 p. 1129.

L'affaire Moser¹ concernait un ressortissant allemand qui, pour des raisons politiques, s'est vu refuser, dans la RFA, l'accès à une école professionnelle qui préparait à la profession d'instituteur. Moser a invoqué le droit communautaire, spécialement l'article 48, en affirmant que le refus d'admission dans une telle école l'empêchait, dans l'avenir, de poser sa candidature à des postes d'instituteur dans les écoles situées dans les autres Etats membres. La Cour a considéré que l'argument de Moser, alléguant une perspective professionnelle purement hypothétique dans un autre Etat membre, ne constituait pas un lien suffisant avec le Droit communautaire et que l'article 48 ne s'appliquait pas à des situations purement internes à un Etat membre.

Le Rattachement Communautaire

11. Cependant, il y a des situations où la Cour de Justice a permis l'invocation du droit communautaire par des individus devant son propre Etat. La Cour a considéré qu'il y a des cas, autres que ceux où quelqu'un quitte son pays d'origine pour aller exercer une activité professionnelle dans un autre Etat membre, où les aspects en présence peuvent fournir des arguments en faveur d'un rattachement de la situation au droit communautaire et, donc, faire bénéficier le citoyen des règles de la libre circulation, même s'il doit les invoquer devant son propre Etat. C'est la jurisprudence des affaires Knoors et Broekmeulen.

¹ Moser c/ Land Baden Wurtemberg 28/05/1984, affaire 180/83, Rec. 1984 p. 2539.

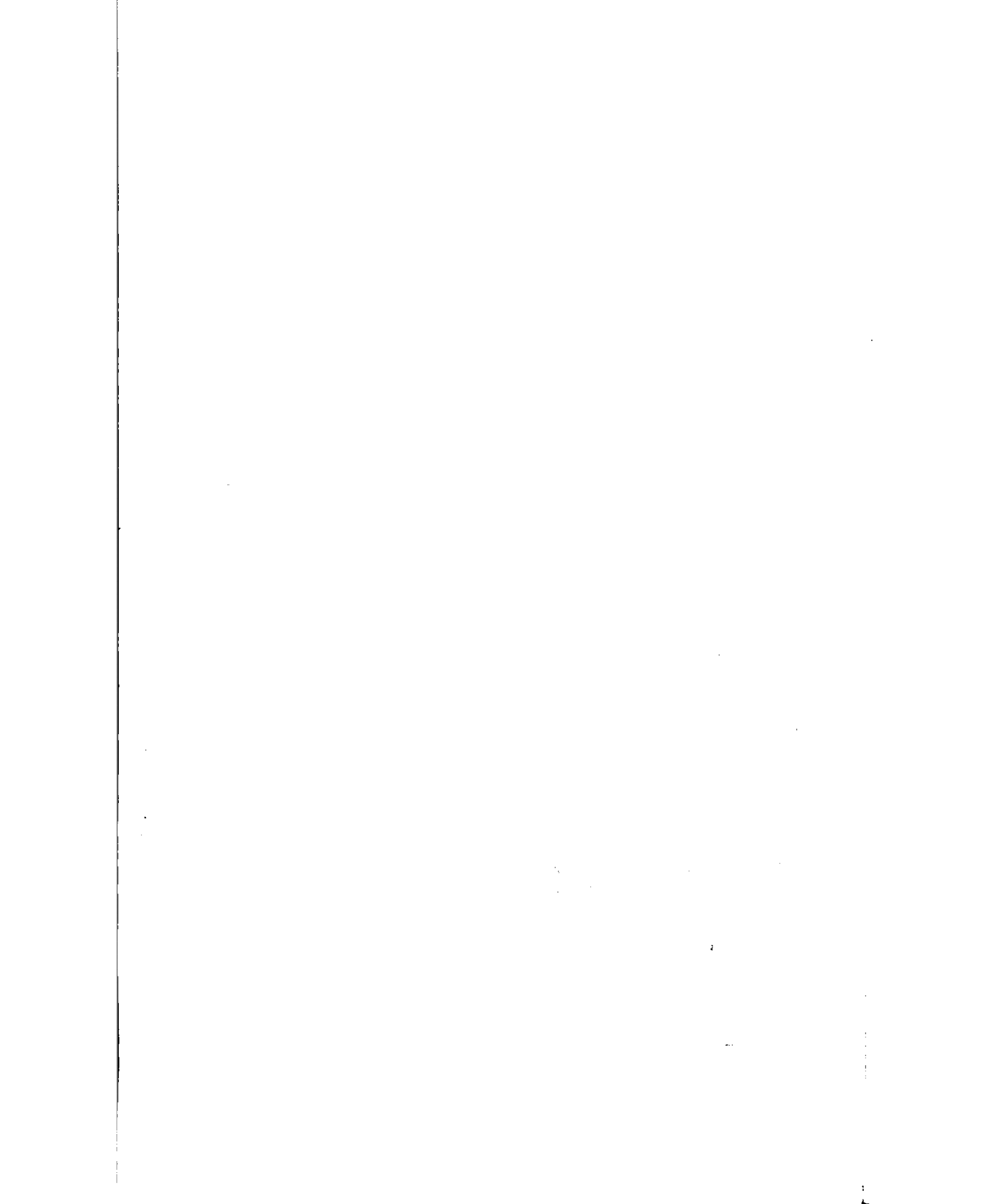


L'affaire Knoors¹ concernait un ressortissant hollandais qui, après avoir travaillé pendant longtemps en Belgique comme installateur-plombier, soit comme travailleur associé, soit comme professionnel indépendant, a voulu s'établir dans son propre pays. La Hollande a refusé sa requête parce qu'il n'avait pas les qualifications professionnelles exigées par la loi néerlandaise. Knoors a invoqué la directive 64/427 qui permet aux ressortissants d'un Etat membre de s'établir dans un autre Etat membre, indépendamment des exigences de qualifications professionnelles dans l'Etat d'accueil, à partir du moment où ils ont exercé effectivement la profession pendant une certaine période de temps dans le premier Etat. La Hollande soutenait la non application de la directive en raison de la nationalité de Knoors. La Cour a considéré que l'article 52 ne peut être "interprété de manière à exclure du bénéfice du droit communautaire les propres ressortissants d'un Etat membre déterminé, lorsque ceux-ci, par le fait d'avoir résidé régulièrement sur le territoire d'un autre Etat membre et d'y avoir acquis une qualification professionnelle reconnue par les dispositions du droit communautaire, se trouvent, à l'égard de leur Etat d'origine, dans une situation assimilable à celle de tous les autres sujets bénéficiant des droits et libertés garantis par le Traité".

Dans l'affaire Broekmeulen² il s'agissait d'un ressortissant hollandais, qui avait obtenu un diplôme de docteur en médecine en Belgique, et s'est vu refusé son inscription comme omnipraticien par le Collège de médecine générale hollandais en raison du fait qu'au

¹ Knoors c/ Secrétaire d'Etat aux affaires économiques 07/02/1979, affaire 115/78, Rec. 1979 p. 399.

² Broekmeulen c/ Huisarts Registratie Commissie, 06/10/1981, affaire 246/80 p.2311.



Pays-Bas les titulaires d'un diplôme de médecine devaient suivre une formation de médecine générale pendant une année avant de pouvoir être inscrits au registre des omnipraticiens. Par la directive 73/362 visant la reconnaissance mutuelle des diplômes de médecine, le diplôme en cause lui donnait accès direct à l'exercice de la profession de omnipraticien sans devoir suivre aucune formation supplémentaire. Le Pays-Bas refusait l'application de la directive en raison du fait que Broekmeulen était un ressortissant national. La Cour a considéré que "la directive 75/362 devait être interprétée en ce sens qu'un ressortissant d'un Etat membre qui a obtenu un diplôme figurant à l'article 3 de la directive dans un autre Etat membre et qui, à ce titre, peut exploiter un cabinet d'omnipraticien dans cet autre Etat membre, a le droit de s'établir en tant qu'omnipraticien dans l'Etat membre dont il est ressortissant, même si cet Etat membre subordonne l'accès à cette profession, des titulaires de diplômes de médecine obtenus sur son propre territoire, à des exigences supplémentaires de formation."

12. Les deux affaires qu'on vient de voir nous semblent très importantes à deux égards.

Le premier concerne les deux cas et touche aux conséquences juridiques de ces arrêts. En dépassant la nécessité d'une migration¹ pour qu'on puisse bénéficier des règles du Traité, la Cour a élargi le champ d'application du droit communautaire dans la mesure où elle autorise que des nationaux des Etats membres invoquent le droit communautaire devant leur propre Etat. Cette catégorie des personnes,

¹ E. Cerexhe, "Le Droit Européen, la libre circulation des personnes



ceux qui exercent leur activité professionnelle dans leur pays, sans doute la majorité parmi la population active de la Communauté, peut, dans certaines circonstances, bénéficier des règles communautaires. Et cette évolution s'est faite parce que la Cour de Justice a donné au principe de non-discrimination en raison de la nationalité une portée assez large en y mélangeant des situations où la discrimination s'opérait non en fonction de la nationalité, mais en fonction du pays d'acquisition des qualifications professionnelles. Dans ces cas, la Cour bien qu'elle n'ait pas assumé directement cette évolution en ce qui concerne le principe de non-discrimination, dit qu'il y a des facteurs autres que la nationalité qui rattachent ces situations au droit communautaire.

Le deuxième aspect ne concerne que l'arrêt Broekmeulen. Ce que la Cour considère comme un facteur de rattachement de cette affaire au droit communautaire est le fait que Broekmeulen a étudié ailleurs, qu'il s'est préparé à une profession hors de son pays. Ce qui est en cause, et la Cour l'a considéré comme le facteur prépondérant, est l'acquisition de la formation professionnelle à l'étranger. La Cour fait déjà le lien entre l'acquisition de cette formation et l'exercice futur d'une profession. On peut dire qu'avec cette jurisprudence la Cour fait un pas, bien que timide, qui ouvre le chemin à la doctrine de l'arrêt Gravier, dans la mesure où après Broekmeulen on ne reste plus indifférent à l'importance du lieu d'acquisition de la formation professionnelle.

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

Chapitre III- Règles Communes

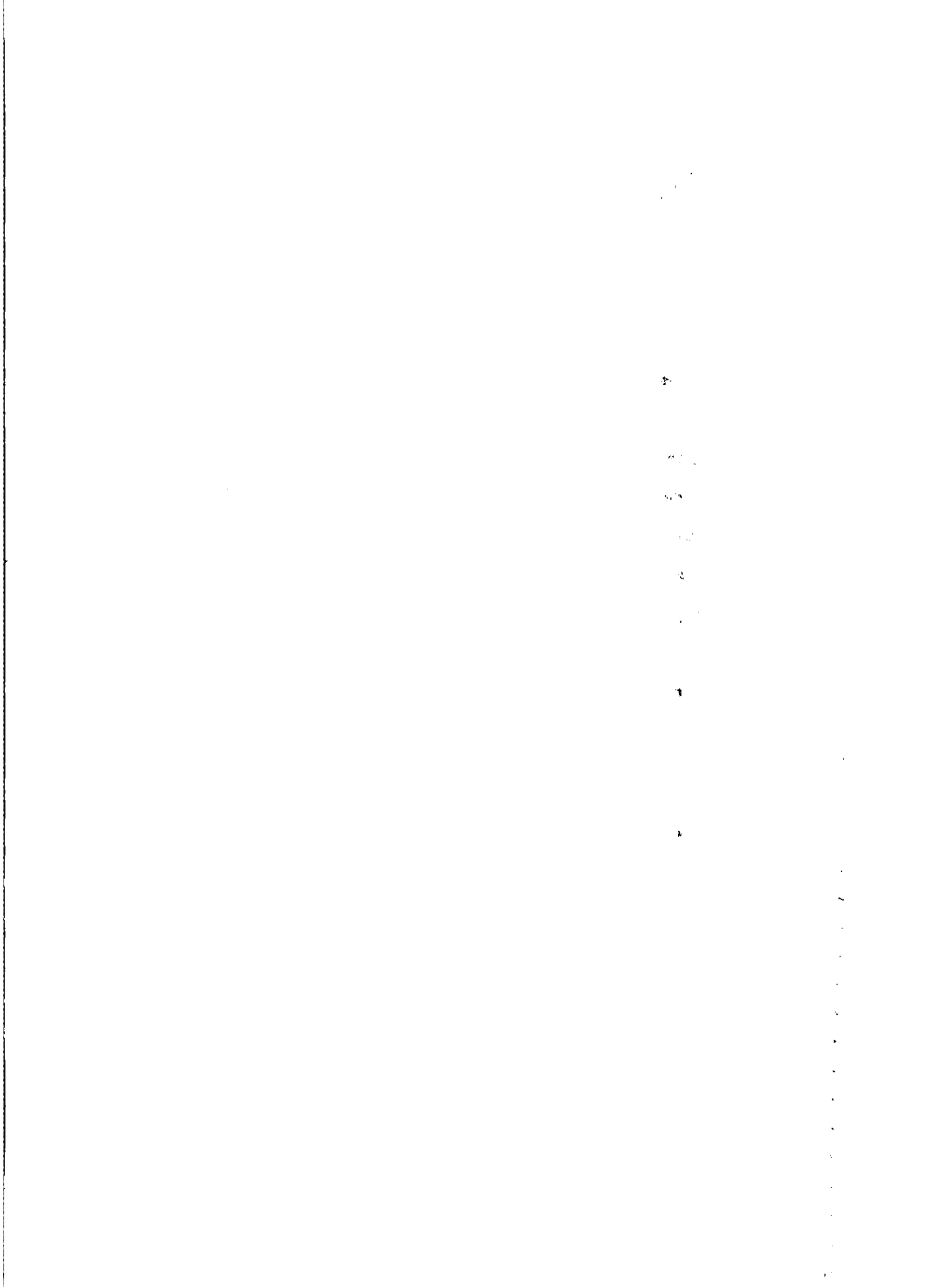
13. Notre objectif n'est pas une analyse exhaustive de tous les aspects concernant la libre circulation de personnes, mais d'essayer de démontrer les principes généraux qui régissent cette matière et qui s'appliquent soit aux activités salariées, soit aux activités indépendantes.

Dans ce cadre, nous nous proposons d'analyser les deux grands principes de la circulation des personnes, le principe de la non-discrimination en raison de la nationalité et le droit d'entrée et de séjour dans le territoire d'un autre Etat membre. En même temps, nous essaierons de présenter les contours des exceptions à ces deux grands principes généraux: les emplois dans l'administration publique et l'exception d'ordre public.

1. Le principe de la non-discrimination

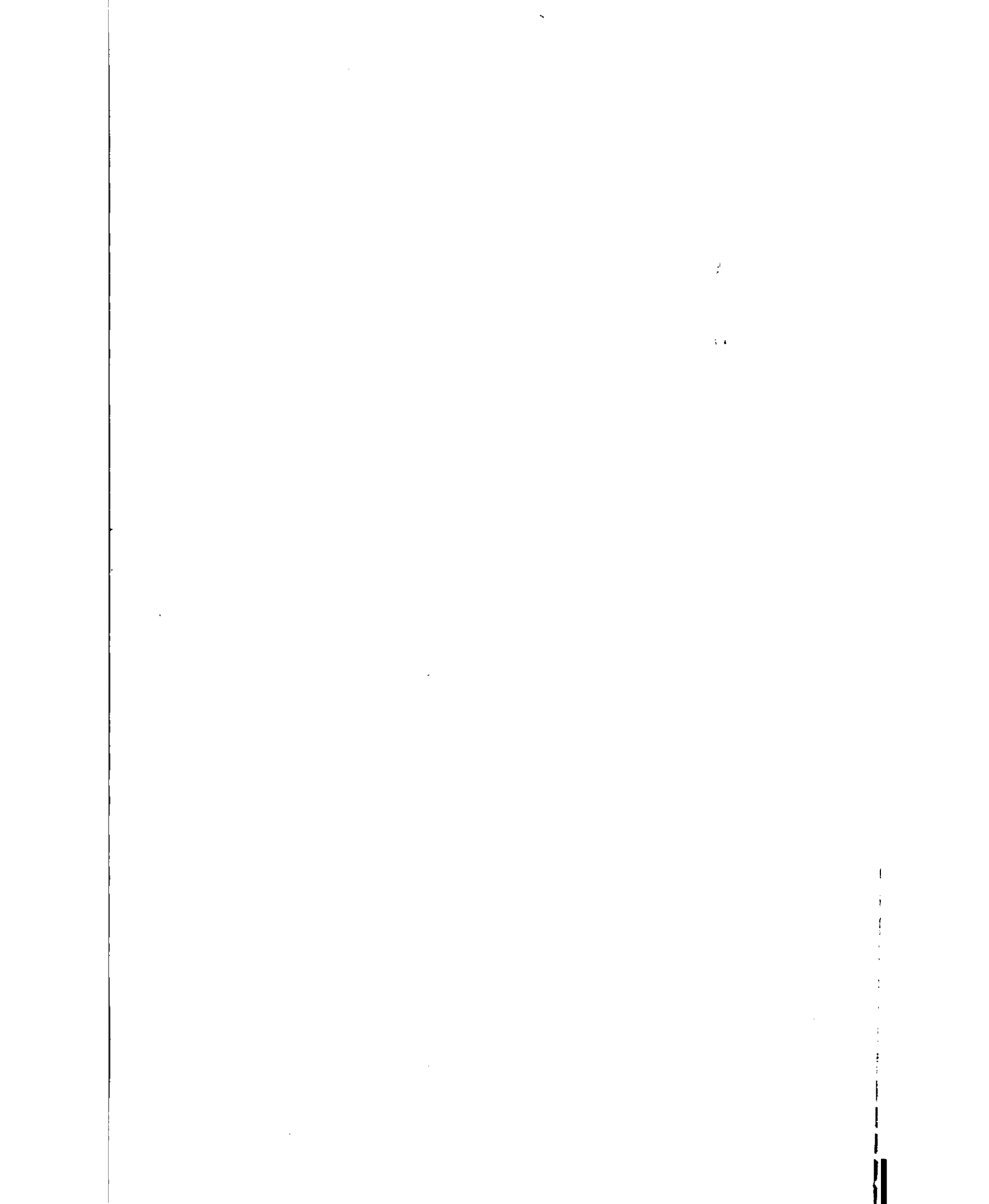
14. Ce principe est, sans doute, celui qui est le plus connu et le plus utilisé dans la discipline de la libre circulation des personnes et la Cour de Justice s'y réfère dans pratiquement tous les arrêts qui concernent ce sujet.

Ce principe de la non-discrimination en raison de la nationalité se trouve, en tant que principe général de la Communauté Economique Européenne, dans l'article 7 du Traité. Mais au niveau de la libre circulation des personnes, il trouve une expression dans chacun des types d'activités concernées. Ainsi, l'article 48 n°2 est une application de la non-discrimination à la circulation des



travailleurs; l'article 52 alinéa 2 l'applique par rapport au droit d'établissement; et, finalement, l'article 60 alinéa 3 le fait en ce qui concerne les prestations des services.

Le fait que le principe de la non-discrimination ait cette amplitude légale dans le Traité se revêt d'un grand intérêt pratique. En effet, il y a des cas où des problèmes de discrimination se posent, sans qu'on puisse savoir nettement le type d'activité professionnelle en cause. On ne doute pas de la nature économique de l'activité, ce qui fait entrer la relation dans le cadre du Traité, mais on hésite à la qualifier selon la terminologie communautaire. Alors, la Cour se réfère à l'ensemble des dispositions qui énoncent le principe de non-discrimination, ce qui évite des problèmes de qualification. Le travail de la Cour devient, dans ce cadre, beaucoup plus simplifié. Au lieu de devoir commencer par analyser si la situation en cause correspond à un des trois types prévus par le Traité pour, dans une seconde phase, appliquer la disposition correspondante qui se réfère à la non-discrimination, la Cour se borne à constater si l'activité en cause revêt ou pas une nature économique qui, comme on l'a vu, est le critère d'application des dispositions communautaires, et, le cas échéant, elle applique le principe de non-discrimination en tant que principe général recouvrant toutes les situations concernées par la libre circulation des personnes. Sa tâche en est bien simplifiée surtout, si l'on se souvient, que les problèmes de qualification peuvent soulever des conflits entre les concepts des divers droits nationaux en présence et une notion communautaire devait d'abord être trouvée.



On a un exemple de l'application de cette idée dans l'affaire Walrave, précité, où la Cour pour éviter de classer le type d'activité en cause, entre travail salarié ou prestation de services, s'est référée à l'ensemble des articles 72, 482 et 502.

L'effet direct

15. Le principe de non-discrimination énoncé par le Traité produit effet direct, selon la Cour de Justice. La déclaration de l'effet direct du principe a été faite dans l'affaire Van Duyn¹ en ce qui concerne l'article 48, l'affaire Reyners² en ce qui concerne l'article 52, l'affaire Van Binsbergen³ par rapport aux services et les affaires Forcheri⁴ et Gravier⁵ quant à l'article 7.

Le fait que la Cour ait déclaré l'effet direct de l'article 7 en des matières relevant de la libre circulation des personnes signifie, peut-être, qu'elle a rencontré de grandes difficultés pour encadrer les cas d'espèce dans un des types prévus par la libre circulation des personnes dans le Traité de Rome. Comme on le verra plus loin dans l'analyse des arrêts Forcheri et Gravier, ces difficultés l'ont amené à n'invoquer que l'article 7 pour justifier l'interdiction des discriminations en fonction de la nationalité.

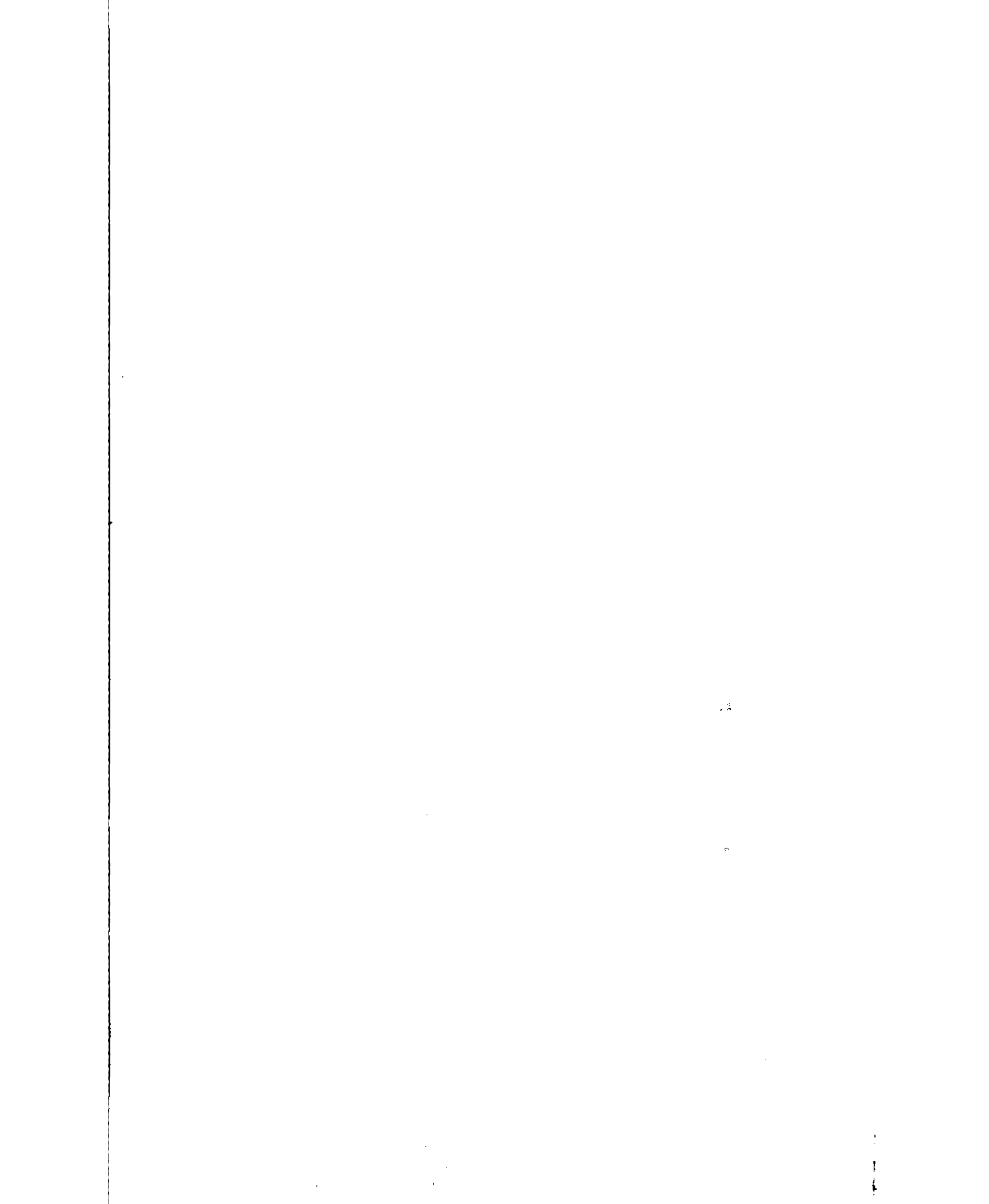
¹ Van Duyn c/ Home office, 04/12/1974, affaire 41/74, Rec. 1974 p. 1337.

² Reyners c/ Belgique, 21/06/1974, affaire 2/74, Rec. 1974 p. 631.

³ Van Binsbergen c/ Bedrijfsvereniging metaalnijverheid, 03/12/1974, affaire 33/74, Rec. 1974 p. 1299.

⁴ Forcheri c/ Etat Belge, 13/07/1983, aff. 152/82, Rec. 1983 p. 2323.

⁵ Gravier c/ Ville de Liège, 13/02/1985, affaire 293/83, Rec. 1985 p. 606.



L'importance de la déclaration de l'effet direct, par la Cour de Justice, des articles précités est énorme. Elle permet aux ressortissants des Etats membres bénéficiaires du droit communautaire d'invoquer directement ces articles dans les situations où ils se trouvent désavantagés en raison de leur nationalité, sans qu'on puisse invoquer contre eux l'absence des mesures de droit dérivé. A l'exception, bien sûr, des cas qui concernent la réglementation des professions où des directives de reconnaissance mutuelle des diplômes sont prévues et n'ont pas été, jusqu'à présent, arrêtées.

La portée du principe de la non-discrimination

16. La portée de l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité est générale. Elle s'applique aussi bien aux mesures étatiques, qu'aux mesures privées. La Cour l'a affirmé dans les affaires Walrave et Steinhauser.

Dans l'affaire Walrave, précitée, était en cause un règlement d'une fédération sportive, un organisme non public, donc. Et la Cour dans l'attendu 16, a dit que les prohibitions des articles 7, 48 et 59 s'imposent "non seulement à l'action des autorités publiques mais s'étendent également aux réglementations d'une autre nature visant à régler, de façon collective, le travail salarié et les prestations de services".

Dans l'affaire Steinhauser¹, il s'agissait d'une mesure discriminatoire en raison de la nationalité de la Commune de

¹ Steinhauser c/ Ville de Biarritz 18/06/1985, affaire 197/84, Rec. 1985.

Vertical line on the left side of the page.

Vertical line on the right side of the page.

Biarritz. La Cour a considéré que les discriminations édictées par les collectivités décentralisées des Etats membres tombaient aussi sous l'article 52.

Ainsi, les mesures étatiques, émanant soit de l'administration centrale, soit des collectivités décentralisées, tout comme les mesures privées, tombent toutes sous le champ d'application du principe de la non-discrimination.

Cependant, il faut remarquer que dans l'affaire Walrave la Cour se réfère aux mesures privées qui "de façon collective" régissent les activités professionnelles. Et "quid juris" des mesures individuelles. Nous pensons qu'à ce niveau il faut envisager le problème sous deux angles différents:

a) Si dans le cadre d'une relation de travail déjà constituée, par exemple, un travailleur étranger souffre de discriminations salariales, ou d'un autre type de discrimination, par le simple fait de sa nationalité, il nous semble que le principe de la non-discrimination doit être pleinement appliqué. Dès le moment où le travailleur se déplace et exerce une activité salariée, il est, sans aucun doute, sous le champ d'application du Traité et, par conséquent, relève de ce principe fondamental qui est celui de la non-discrimination.

b) La situation nous semble différente lorsque la relation de travail n'est pas encore constituée. Un entrepreneur privé, qui est en train d'admettre des travailleurs pour son entreprise, peut-il être obligé à recruter des travailleurs d'autres Etats membres qui

12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

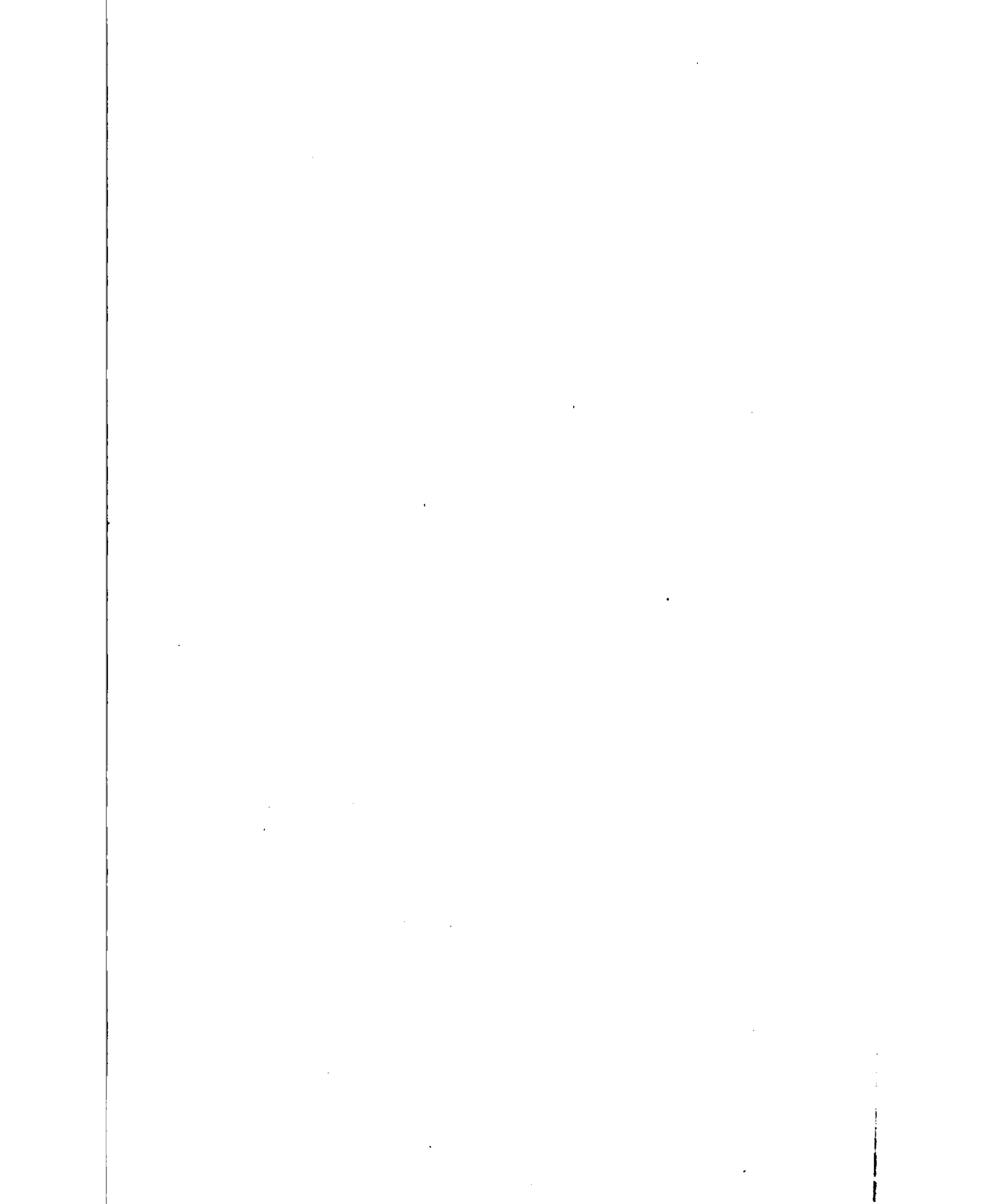
répondent à d'éventuelles offres d'emploi faites par lui? Nous pensons que le principe de la liberté contractuelle et le respect de la propriété privée sont, dans un cas pareil, plus forts que toute sorte d'argumentation basée sur le droit communautaire, soit sur la primauté de celui-ci ou sur le caractère du principe fondamental de la non-discrimination. On est en présence d'une question qui touche les droits fondamentaux et ceux-ci ne peuvent pas être affectés par le droit communautaire, comme la Cour l'a déjà reconnu à plusieurs reprises.

Dans cette mesure, nous doutons de la légitimité d'une partie de l'article 7 alinéa 4 du règlement n° 1612/68¹ du Conseil, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté quand il affirme que "Toute clause de convention individuelle... portant sur l'accès à l'emploi... est nulle de plein droit dans la mesure où elle prévoit ou autorise des conditions discriminatoires à l'égard des travailleurs ressortissants des autres Etats membres". Si en ce qui concerne l'emploi et tous les aspects qui s'y rapportent le principe de la non-discrimination s'applique de plein droit, déjà au niveau de l'accès à l'emploi nous exprimons nos profondes réserves par les motifs exprimés plus haut.

Le cas des emplois dans l'administration publique

17. Toutefois, le principe de la non-discrimination en raison de la nationalité n'est pas un principe d'application universel. Le Traité, lui-même, prévoit des exceptions à ce principe. Ainsi

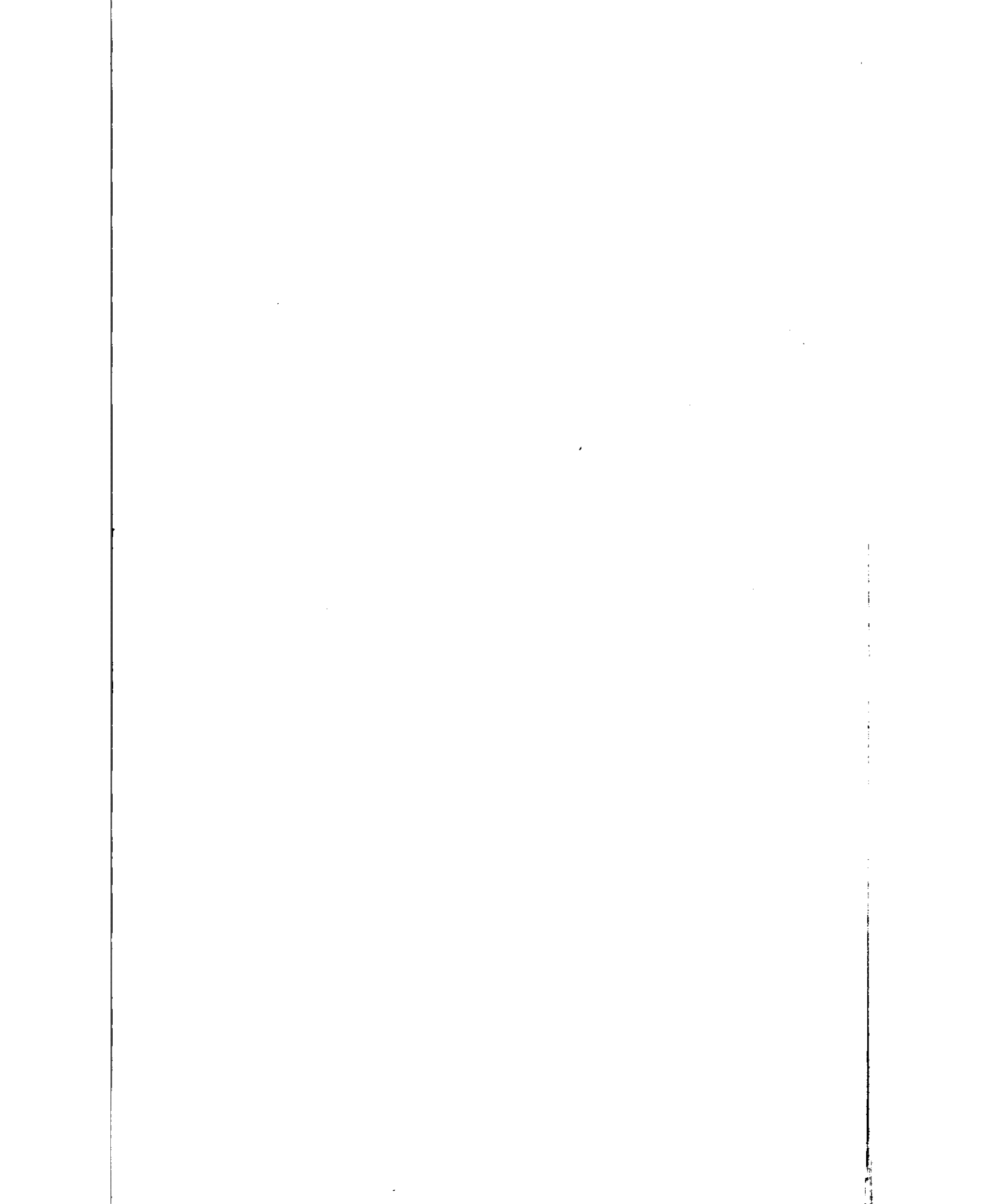
¹ JO n° L 257 du 19.10.1968, p. 2.



l'article 48 alinéa 4 dispose que "les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique". En ce qui concerne l'établissement, l'article 55, applicable aux services en raison de l'article 56, dit que "sont exceptées de l'application des dispositions du présent chapitre, en ce qui concerne l'Etat membre intéressé, les activités participant dans cet Etat, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique".

L'idée de base de ces exceptions réside dans la possibilité conférée aux Etats membres de réserver l'exercice de certaines activités professionnelles qui touchent des aspects considérés comme d'intérêt public, aux nationaux des Etats en cause parce qu'on considère que les intérêts en présence requièrent un rapport spécial de confiance et solidarité qui ne peut être assuré que par un lien de nationalité.

Le problème qui se pose est en relation, cependant, avec la définition de l'étendue de l'exception de l'article 48 alinéa 4. Cette disposition se réfère aux emplois dans l'administration publique. Déjà ce concept varie d'un Etat membre à l'autre, ce qui peut mettre en danger l'application uniforme de l'exception en ce qui concerne cette notion. Surtout, si on se rend compte que certains Etats membres ont un large secteur public qui correspond, selon leur Droit Administratif, à un concept large d'administration publique, et qui représente une partie importante du marché d'emplois. Dans ce cas, une conception fondée sur l'interprétation libérale de l'article 48 n° 4 risque d'englober des emplois dans les entreprises publiques, les hopitaux, les écoles, toute l'administration centrale et locale,



ce qui réduit largement les offres d'emplois pour les ressortissants des autres Etats membres.

Il fallait alors préciser le contenu de l'exception de l'article 48 alinéa 4. A ce propos il y avait deux thèses qui se déparaient à la Cour de Justice:

- Une thèse institutionnelle qui considérait comme décisif pour la définition de la portée de l'exception en cause, d'analyser la nature de l'organisme employeur. Si c'était un organisme intégré dans l'administration publique, l'Etat membre pouvait refuser l'admission d'étrangers communautaires.

- Une thèse fonctionnelle selon laquelle ce qui était important était la nature de la fonction exercée, indépendamment du type de lien de travail. Cette thèse restreignait de beaucoup la portée de l'exception dans la mesure où n'étaient inclus dans l'exception de l'alinéa 4 de l'article 48 que les emplois qui participaient de l'exercice de l'autorité publique.

Après une période d'hésitation dans les affaires Sotgiu¹ et Lohman², où la Cour semblait admettre le concept institutionnel d'administration publique³, c'était la thèse fonctionnelle qui a été consacrée par la Cour de Justice dans l'affaire Commission c.

¹ Sotgiu c/ Deutsche Bundespost 12/02/1974, affaire 152/73, Rec. 1974 p. 153.

² Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank, Amsterdam c. A. E. Lohman 8/3/1979, affaire 129/78, Rec. 1979 p. 853.

³ J. C. Moutinho de Almeida, Direito Comunitário, Centro de Publicações do Ministério da Justiça, Lisboa, 1985, p. 417.

110

111

112

113

114

115

116

117

118

119

120

121

122

123

124

125

126

127

128

129

130

131

132

133

134

135

Belgique (S.N.C.B.)¹. Il s'agissait des différentes offres d'emploi émanant de la Société Nationale des Chemins de Fer Belges et concernant des postes d'ouvriers non-qualifiés. Une des conditions exigées était la possession de la nationalité belge. La Commission a saisi la Belgique par la procédure de l'article 169 et la Cour, bien qu'elle ne disposait pas d'éléments pour se prononcer sur la nature des emplois en cause, a avancé une définition des emplois qui peuvent être rattachés à la notion d'administration publique au sens de l'article 48 alinéa 4 comme ceux qui "comportent l'exercice de la puissance publique et l'attribution de responsabilités pour la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat".

Le choix fait par la Cour de Justice de la thèse fonctionnelle vient, par conséquent, fortement élargir le concept de libre circulation des travailleurs dans la mesure où, par rapport à l'ensemble des emplois dans l'administration publique, un pourcentage assez réduit participe à l'exercice de l'autorité publique et a des responsabilités pour la sauvegarde des intérêts de l'Etat. De toutes les décisions de la Cour qu'on a analysé et qui vont dans le sens de maximiser la liberté de circulation des personnes dans la Communauté, cette affaire est peut-être celle qui, potentiellement, ouvre les plus grandes possibilités d'emplois à des ressortissants communautaires dans un Etat membre autre que celui de leur origine.

Le grand désavantage de la thèse fonctionnelle réside dans le fait que son application oblige à une analyse cas par cas chaque fois

¹ Commission c/ Belgique ("SNCF" I) 17/12/1980, affaire 49/79, Rec. 1980 p. 3881.

Vertical line on the left side of the page.

Vertical line on the right side of the page.

qu'un problème d'accès à un emploi dans l'administration publique se pose.

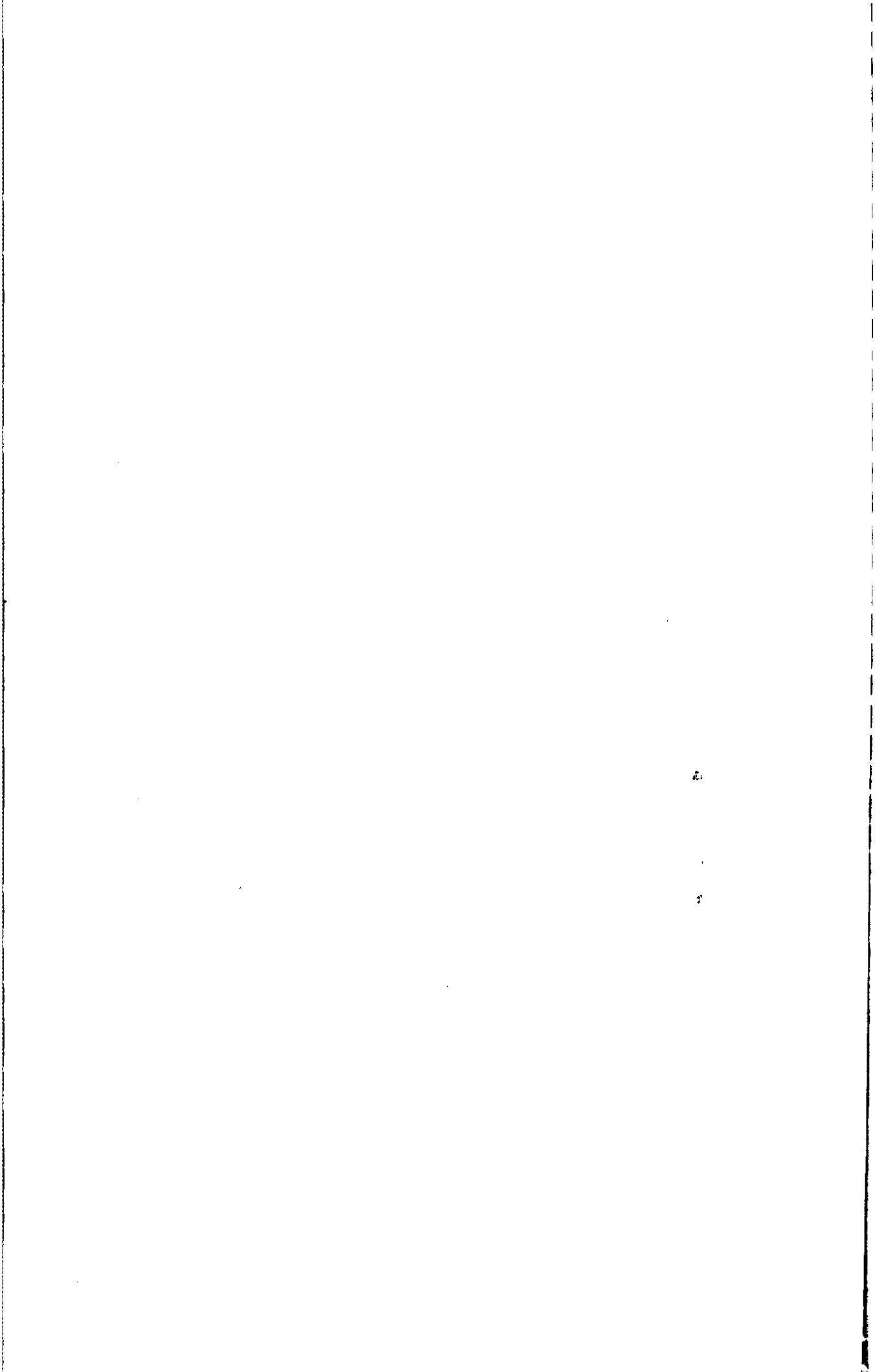
Il faut encore remarquer la profonde différence, en ce qui concerne l'accès à l'emploi, entre les emplois publics et les emplois privés. Alors que le premier cas tombe sans aucun doute dans le champ d'application du principe de la non-discrimination, au niveau de l'emploi privé, comme nous l'avons dit plus haut, ce principe ne peut commencer à opérer qu'à partir du moment où un travailleur étranger a déjà été admis au travail dans une entreprise, l'entrepreneur privé restant toujours libre de choisir comme il veut les travailleurs qu'il aimerait recruter sans que le droit communautaire et la non-discrimination en particulier puissent être invoqués.

2. Liberté d'entrée et de séjour

18. La liberté d'entrée et de séjour est le corollaire du principe de la libre circulation des personnes dans la Communauté Européenne. Elle constitue la matérialisation de cette libre circulation. Ceux qui sont à l'abri de ces règles doivent pouvoir entrer librement dans le territoire de l'Etat membre où ils désirent exercer une activité économique et y séjourner sans aucun type de restriction. La source de cette liberté ne se trouve pas exprimée dans le Traité. Cependant, certains auteurs, vu la liaison entre les deux réalités, considèrent que le droit d'entrée et de séjour est directement conféré par le Traité¹. D'autres auteurs² pensent que en

¹ R. Lecourt, "L'Europe des Juges", Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 166; aussi G. Druesne, op. cit., p. 98.

² D. Lasok, "The Profession and Services in the European Economic Community", Kluwer, 1986, p. 46.



l'absence de référence du Traité au droit d'entrée et de séjour on doit considérer comme source de ce même droit la directive 68/360¹ en ce qui concerne les travailleurs et la directive 73/148² pour les activités indépendantes. Il nous semble que vu que la connexion entre la libre circulation et la liberté d'entrée et de séjour est si évidente, on ne peut nier l'expression de cette liberté par le Traité, sinon la libre circulation des personnes deviendrait un concept de concrétisation difficile. Les directives citées instituent formellement cette liberté et en définissent les contours, mais il ne semble pas qu'elles soient sa vraie source primaire.

A vrai dire, la liberté d'entrée et séjour commence dans une phase antérieure, celle du moment où la personne en cause quitte le territoire de son pays pour aller exercer une activité professionnelle dans un autre Etat membre. Il y a aussi, donc, un droit de quitter son pays qui s'analyse dans les mêmes conditions que le droit d'entrée et de séjour. Les Etats membres ne peuvent s'opposer à ce que ces nationaux abandonnent leur pays afin de bénéficier des règles de la libre circulation des personnes. Ils ne peuvent même pas exiger un visa ou quelque autre autorisation spéciale de sortie. Le seul document qui peut être exigé sera une carte d'identité ou un passeport. Ce droit de quitter est consacré par les deux directives précitées, dans les articles 2 de chacune.

L'entrée dans un autre Etat membre ne peut être, non plus, assujettie à d'autres formalités que la présentation d'une carte d'identité ou d'un passeport, selon les articles 3 de ces directives.

¹ JO n° L 257, du 19.10.1968, p. 13.

² JO n° L 172, du 28.06.1973, p. 14.

Vertical line on the left side of the page.

Vertical line on the right side of the page.

Small vertical marks or artifacts in the center-right area.

Les articles 4 des deux directives précitées établissent que le droit de séjour est constaté par la délivrance d'une carte de séjour. Cette carte de séjour n'a pas, toutefois, un caractère constitutif du droit de séjour comme la Cour l'a déclaré dans l'affaire Royer¹.

Les autorisations de séjour sont interdites. Mais les Etats membres peuvent imposer l'obligation de communiquer sa présence sur leur territoire, selon l'article 8 de la directive 59/360 et l'article 4 de la directive 73/148. Toutefois, la Cour de Justice a établi, dans l'affaire Watson², que cette autorisation ne peut porter atteinte aux règles relatives à la libre circulation des personnes en ce sens que soit les délais imposés à l'accomplissement des formalités, tout autant que les sanctions rattachées à l'inobservation de la demande de cette autorisation, doivent respecter des critères de raisonabilité et de proportionnalité.

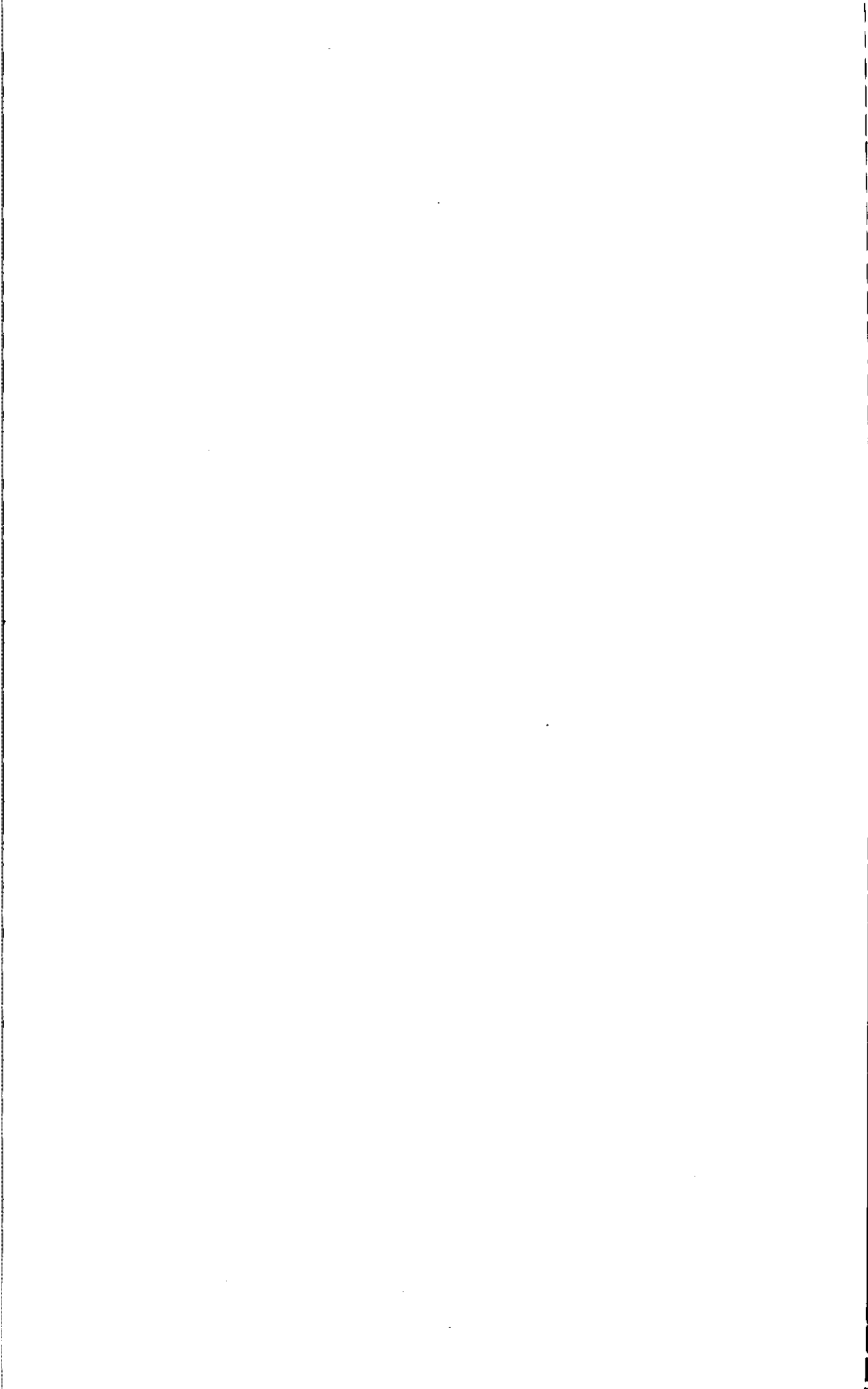
Selon les directives précitées, sont aussi bénéficiaires du droit d'entrée et de séjour le conjoint, les enfants de moins de 21 ans et les ascendants de ces ressortissants et de leur conjoint, qui sont à leur charge, quelle que soit leur nationalité.

Dans l'affaire Diatta³, la Cour a considéré que le conjoint séparé du travailleur migrant maintient son droit de séjour sur le territoire d'un autre Etat tandis que le lien conjugal n'a pas encore été dissous par l'autorité compétente.

¹ Royer, 8/4/1976, affaire 48/75, Rec. 1976 p. 497.

² Watson et Bellman, 7/7/1976, affaire 118/75, Rec. 1976 p. 1185.

³ M^{me} Diatta c/ Land Berlin, 13/2/1985, affaire 267/83, Rec. 1985 p. 574.



Champ d'application personnel

19. La liberté d'entrée et de séjour dans la Communauté est limitée à ceux qui sont bénéficiaires des règles de la libre circulation des personnes. C'est donc, un pourcentage assez réduit par rapport au nombre de citoyens de tous les pays de la Communauté. Tous les autres ressortissants communautaires qui s'installent dans un autre Etat membre de la Communauté sans y exercer une activité professionnelle sont assujettis à la législation de ce pays relative aux étrangers que, probablement, leur sera défavorable¹. Pour pallier à ce genre de situation, la Commission, sur invitation du Parlement Européen², a proposé une Directive³ au Conseil, fondée sur l'article 235, concernant le droit de séjour des étrangers. L'idée de la proposition de Directive était d'étendre le droit de séjour à tous les ressortissants communautaires, d'âge supérieur à dix-huit ans, qui justifient de ressources suffisantes pour subvenir à leurs propres besoins. Cependant, cette proposition de Directive n'a jamais été adoptée par le Conseil, ni dans la version originale, ni dans la version modifiée présentée quelques années plus tard.

Quand nous nous sommes référés à l'arrêt Levin, nous avons dit que nous voulions le reprendre à propos du droit d'entrée et de séjour. En fait, le problème qui était en cause dans cette affaire relevait beaucoup plus du droit de séjour que des activités salariées. De toute façon, comme au stade actuel du droit communautaire, le droit de séjour ne peut pas exister sans un des

¹ G. Druesne, op. cit., p. 85.

² JO n° C 299 du 12.12.87.

³ JO n° C 207 du 17.8.79, modifié en 1985, JO n° C 171 du 10.7.1985.

11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

trois types d'activités énoncés dans le Traité, la Cour a dû adopter une notion assez large du concept de "travailleur", comme on a vu.

Dans cet arrêt il semble que l'idée d'étendre le droit de séjour avait déjà été maîtrisée par la Cour de Justice. Cependant, les blocages institutionnels des organes politiques de la Communauté n'ont jamais permis l'adoption d'une telle directive. La Cour, utilisant son pouvoir d'interprétation conféré par le Traité, essaie alors d'élargir la notion de travailleur de façon à ce qu'elle puisse comprendre des choses qui en réalité la dépassent. Dans toute l'affaire Levin, c'est l'étendue de la catégorie des bénéficiaires du droit de séjour qui est en cause¹. Le fait que la Cour ait mélangé les deux réalités peut, du point de vue juridique, porter atteinte à la clarté des concepts et à la sécurité juridique. Mais la Cour, lorsqu'elle rend un arrêt comme celui-ci, dépasse sa fonction d'institution judiciaire pour se placer sur le terrain politique de l'intégration européenne. A ce propos, il nous semble d'extrême importance de citer la question que le Professeur Druet se pose:

"On ne peut d'ailleurs s'empêcher d'évoquer, à l'occasion de cet affaire, le subtil et complexe faisceau d'influences qui existe entre le juge et le législateur communautaires: n'y a-t-il pas dans le dispositif de l'arrêt Levin, qui abaisse le niveau des conditions susceptibles d'être imposées par les Etats membres et rend en quelque sorte caduque le texte relatif au droit de séjour permanent, comme

¹ G. Druet, "Liberté de circulation des personnes", Revue Trimestrielle de Droit Européen, 1982, p. 550.

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

une manière pour la Cour de sanctionner l'inertie du Conseil depuis juillet 1979?"¹

Cette interrogation, inquiétante, soulevée par le Professeur Druesne et à laquelle nous conférons notre pleine adhésion, semble pouvoir se poser pour d'autres arrêts de la Cour de Justice dont on s'occupera ci-dessous.

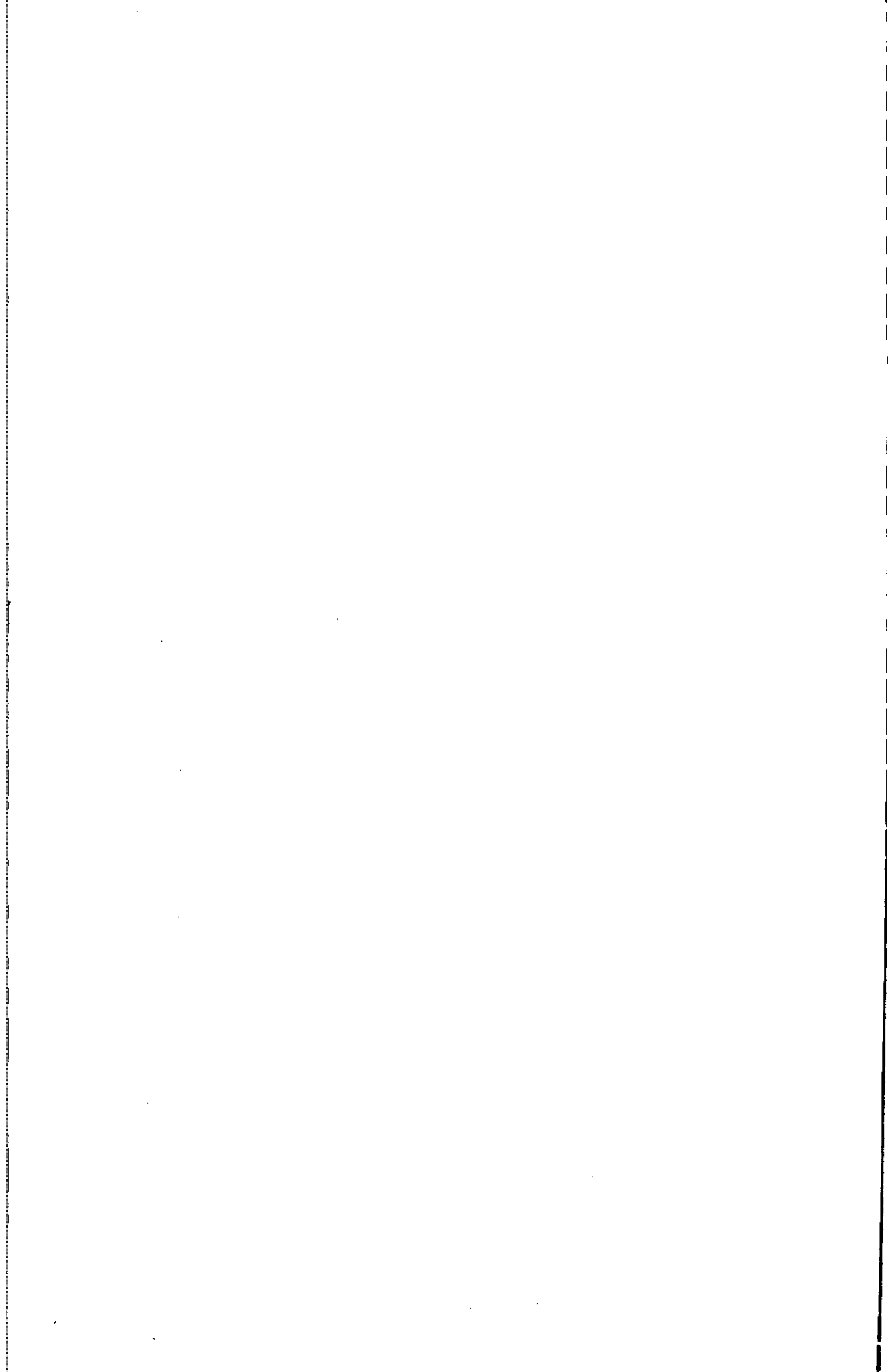
L'exception d'ordre public

20. Le droit de séjour ne doit, cependant, pas être considéré comme un droit absolu. Les Etats membres conservent le pouvoir, dans certaines circonstances, de s'opposer à l'entrée et au séjour sur son territoire des bénéficiaires du droit communautaire. En effet, l'article 48 alinéa 3, en ce qui concerne les travailleurs, et l'article 56 alinéa 1, relatif à l'établissement, mais applicable aux services par l'article 55, prévoient des limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique. De ces trois clauses d'exception la plus importante est celle de l'ordre public.

La notion d'ordre public est une notion qui relève du droit national de chaque Etat membre. Cependant, le droit communautaire exerce un contrôle sur les recours des autorités nationales à la notion d'ordre public². A vrai dire, le droit communautaire établit ce qui ne peut être considéré comme ordre public. Il contribue donc,

¹ Ibidem, p. 561.

² P. Demaret et B. Ernst De La Graete, op. cit., p. 270.



d'une forme négative, à la définition d'un concept d'ordre public communautaire.

Selon l'article 3 de la Directive 64/221¹, pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, les mesures d'ordre public doivent être fondées exclusivement sur le comportement personnel de l'individu qui en fait l'objet. Ainsi, la Cour a considéré, dans l'arrêt *Bonsignore*², que la République Fédérale d'Allemagne ne pouvait pas expulser un ressortissant italien qui était illégalement en possession d'une arme à feu et avait, à la suite d'une manipulation imprudente de celle-ci, causé accidentellement la mort de son frère. Condamné à une amende pour infraction à la législation sur les armes, l'autorité de police des étrangers a ordonné son expulsion pour motifs de prévention générale tirés de l'effet de dissuasion que devrait avoir dans les milieux d'immigrés, l'expulsion d'un étranger trouvé en possession illégale d'une arme. La Cour a justifié sa décision en raison du fait que l'article 3 de la directive, en tant que mesure dérogatoire au principe de la libre circulation de personnes, était d'interprétation stricte et, donc, que des motifs généraux dans un but de dissuasion ne pouvait être une cause d'expulsion.

De toute façon les mesures qui refusent l'entrée et le séjour des étrangers, fondées sur la nationalité, sont des mesures en soi discriminatoires dans la mesure où l'Etat membre concerné n'agit pas

¹ JO n° 56, du 4.4.1964, p. 850.

² *Bonsignore c/ Stadt Köln*, 26/2/1975, affaire 67/74, Rec. 1975 p. 297.

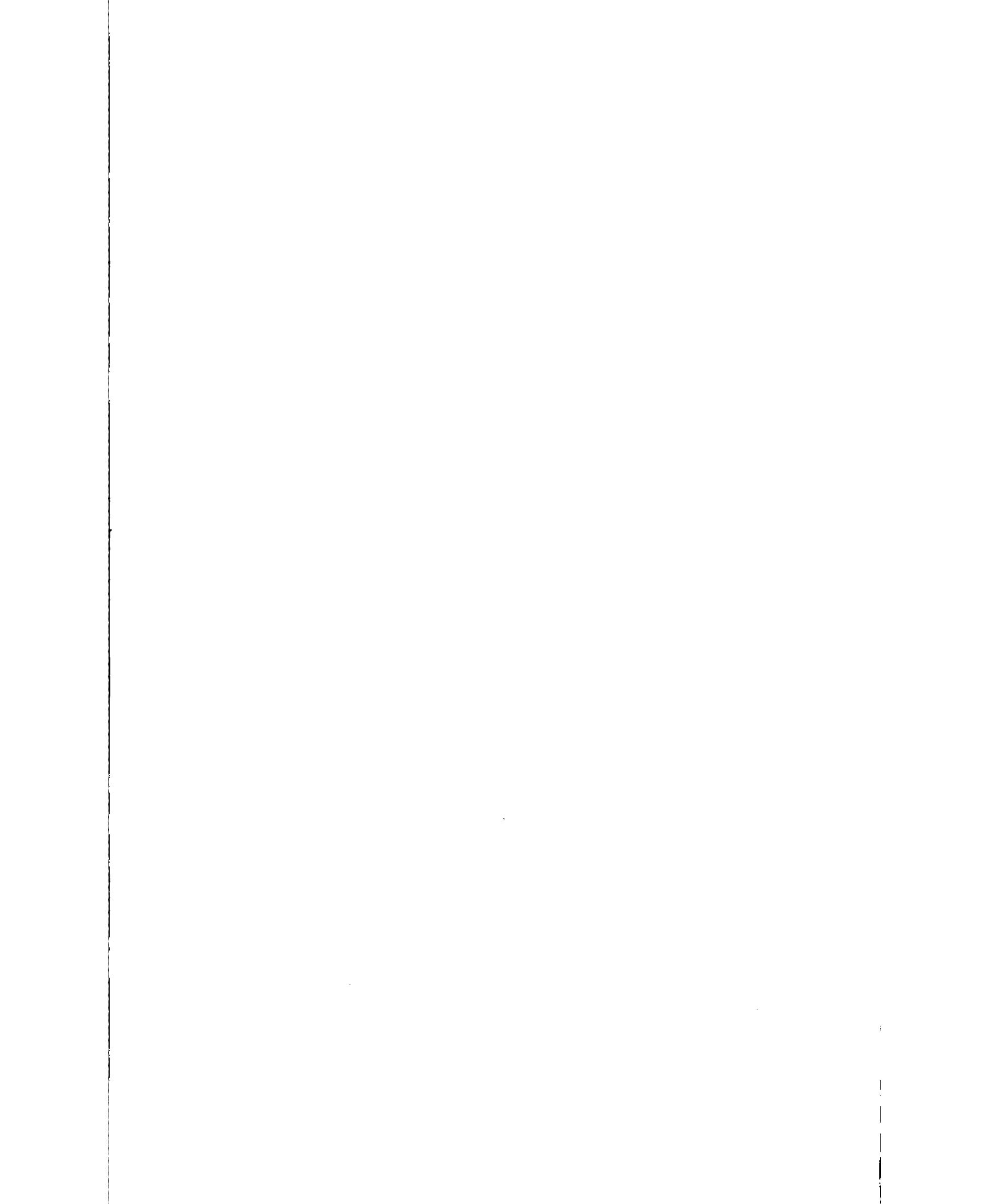
Vertical line on the left side of the page.

Vertical line of dots on the right side of the page.

de même avec le citoyen national. L'important sera donc de savoir le degré de discrimination qu'un Etat membre peut pratiquer sous couvert de mesures d'ordre public. Et ce degré doit être aféré de la gravité du type de comportement en cause par rapport à la gravité d'un même comportement, pratiqué par un national, à l'intérieur de son Etat membre. En ce qui concerne ces concepts, il semble que la jurisprudence de la Cour de Justice a subi une évolution considérable, de l'arrêt Van Duyn à l'arrêt Adoui, en limitant le champ de la discrimination que les Etats membres peuvent pratiquer en raison de la clause d'ordre public¹.

Dans l'affaire Van Duyn, précitée, une ressortissante néerlandaise s'est vu refuser l'autorisation d'entrée au Royaume Uni pour occuper un emploi de secrétaire auprès de "L'Eglise de Scientologie". Ce refus était motivé par le fait que le Royaume Uni considérait les pratiques de ladite organisation comme un danger social. Cependant, cette organisation n'était pas interdite au Royaume Uni, ni les ressortissants de ce pays n'étaient même empêchés d'exercer des activités analogues auprès de cette organisation. La Cour a considéré que le Royaume Uni pouvait se prévaloir de la clause d'ordre public pour prendre en considération le comportement personnel de Mlle Van Duyn, bien que ladite organisation ne soit pas interdite et qu'aucune restriction ne soit imposée aux ressortissants de cet Etat qui souhaitent exercer une activité pareille. L'Etat membre pouvait, donc, selon la Cour, refuser l'accès, sur son territoire, à des ressortissants d'autres Etats membres qui

¹ P. Demaret et Ernst De La Graete, op. cit., p. 287.



prétendaient y exercer une activité considérée par l'Etat en cause comme désapprouvée, mais non interdite à ses nationaux.

Différente a été la jurisprudence déclarée dans les affaires jointes Adoui et Cornouaille¹. Mlles Adoui et Cornouaille, ressortissantes françaises, se sont vu refusé leurs autorisations de séjour, pour motifs d'ordre public, en raison du fait qu'elles se dédiaient à la prostitution dans un bar de Liège. La prostitution en elle-même n'est pas prohibée en Belgique. La Cour a considéré "qu'un comportement ne saurait être considéré comme ayant un degré suffisant de gravité pour justifier des restrictions à l'admission et au séjour dans le cas où l'Etat d'accueil ne prend pas, à l'égard du même comportement, quand il est fait par ses propres ressortissants, des mesures repressives ou d'autres mesures réelles et effectives destinées à combattre ce comportement". Ainsi, les Etats membres ne peuvent désormais plus refuser l'accès et le séjour aux ressortissants qui prétendent y exercer une activité qui ne soit objet d'un combat effectif et réel.

Il s'agit d'une grande évolution faite par la Cour entre les deux arrêts analysés. Pour refuser l'entrée et le séjour des étrangers il faut avoir, après Adoui, une justification objective. La clause d'ordre public est toujours discriminatoire, mais la marge de celle-ci a été assez réduite par le dernier arrêt. La Cour reprend le principe de non-discrimination et l'applique dans la comparaison de comportements des nationaux et des étrangers², dans ce sens, que ne

¹ Adoui et Cornouaille c/ Belgique, 18/5/1982, affaires jointes 115 et 116/81, Rec. 1982 p. 1665.

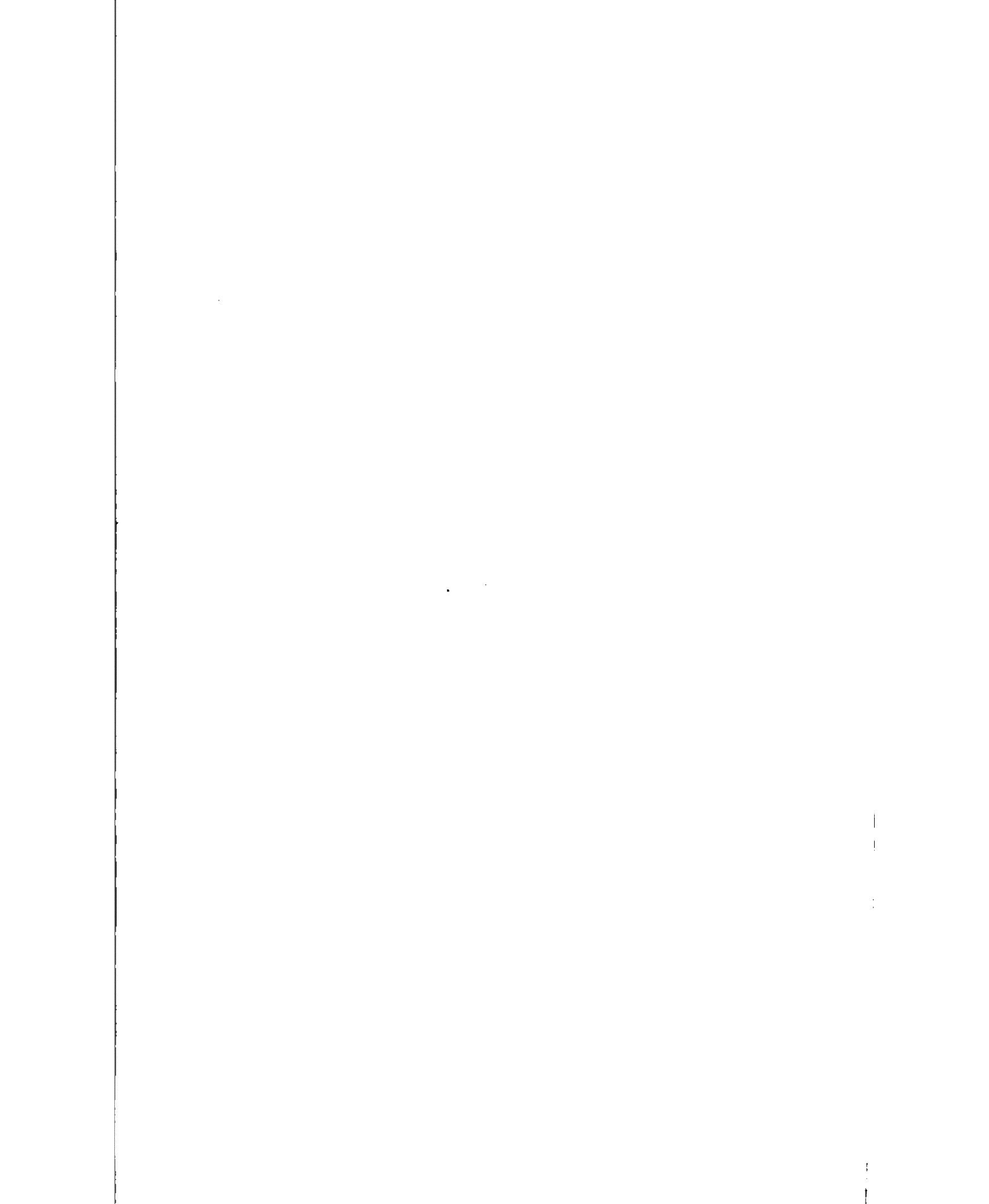
² P. Demaret et B. Ernst De La Graette, op. cit., p.293.



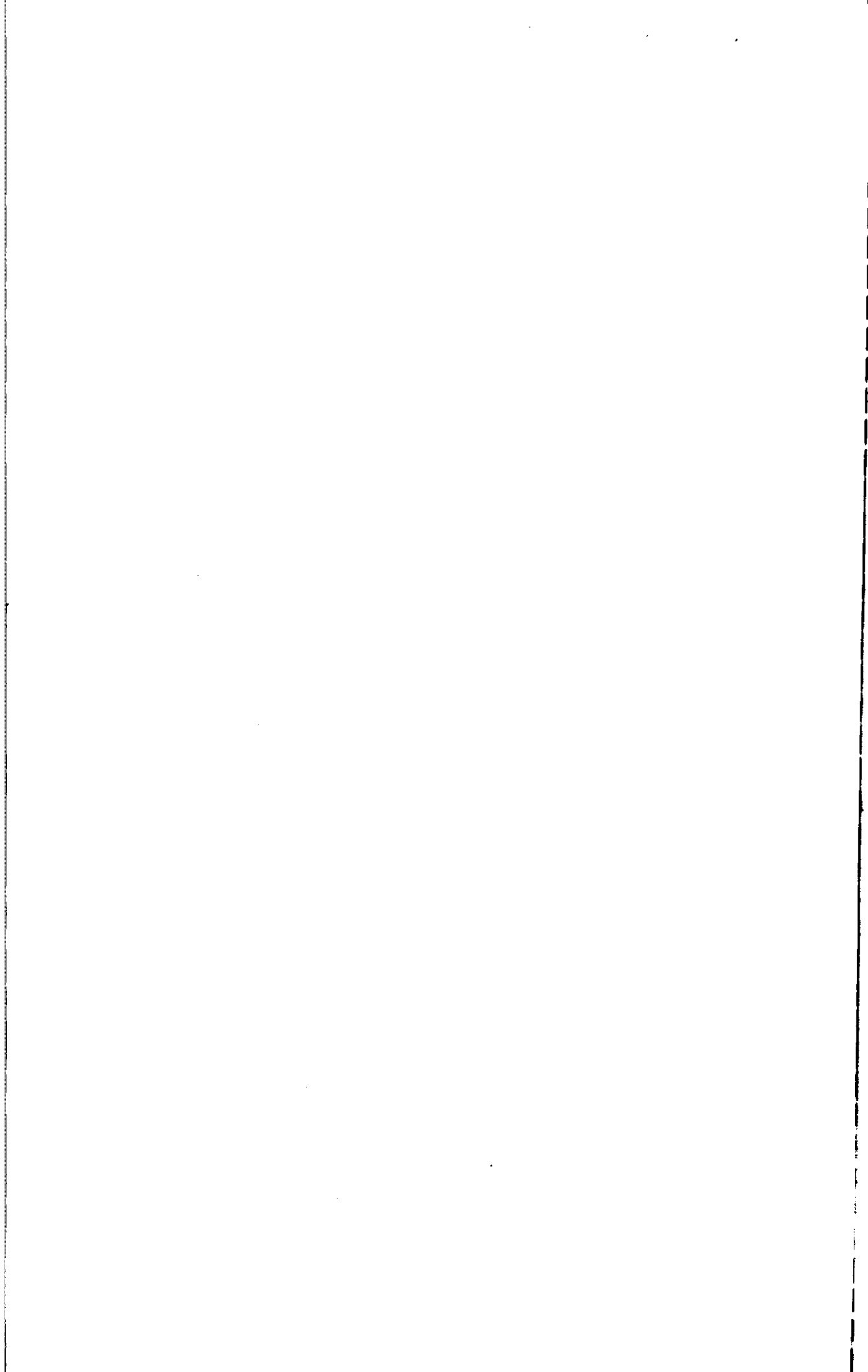
peuvent faire objet des mesures d'ordre public que des comportements qui sont aussi objet d'interdiction à l'intérieur du pays. La jurisprudence Van Duyn a été, donc, abandonnée.

21. On a vu que l'exception d'ordre public et le cas des emplois dans l'administration publique constituent les deux exceptions majeures à la libre circulation des personnes dans la Communauté Européenne. Cependant, il y a une différence dans le champ d'application personnel de ces deux exceptions. Tandis que l'exception de l'article 48 alinéa 4 peut s'appliquer, potentiellement, à tous les travailleurs migrants¹, l'exception fondée sur la clause d'ordre public ne peut être invoquée que contre un nombre de personnes assez réduit en vue de la gravité du comportement personnel que la jurisprudence de la Cour exige pour son application.

¹ D. O'Keefe, "Practical Difficulties in the Application of Article 48 of the EEC Treaty", *Common Market Law Review*, 1982, p. 53.



Deuxième Partie



Chapitre I- La Jurisprudence Luisi et Carbone

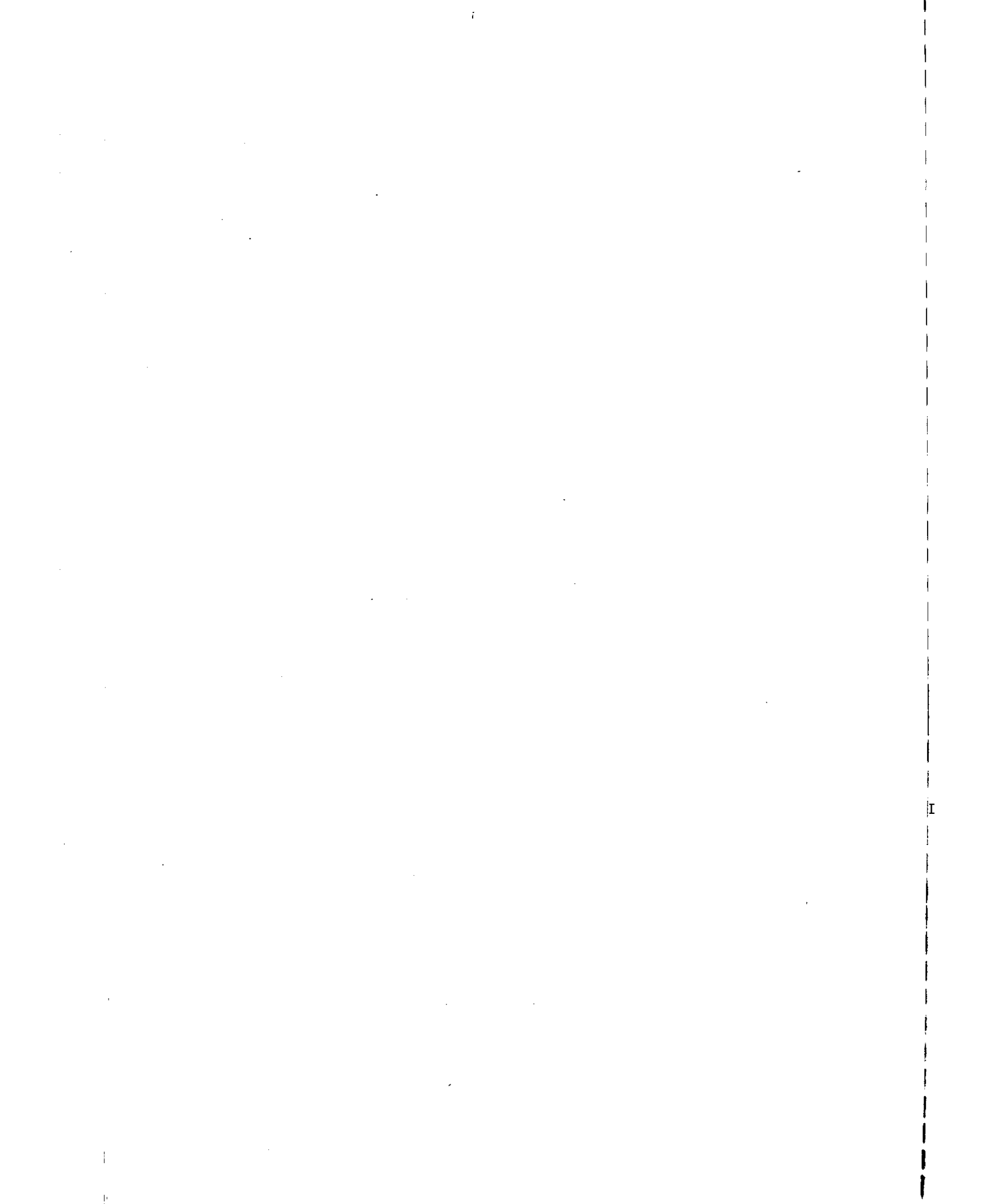
1. Ci-dessus nous nous sommes référés à l'arrêt Luisi et Carbone¹, à propos de la liberté de prestation de services², et on a dit qu'on allait y revenir. On va s'occuper maintenant des conséquences juridiques, sur le plan de la libre circulation des personnes, de la jurisprudence de la Cour de Justice dans cette affaire.

L'affaire Luisi et Carbone concernait un problème de circulation des capitaux dans la Communauté. Deux citoyens italiens avaient acquis diverses devises étrangères, en vue de leur utilisation à l'étranger, pour une contre-valeur en liras italiennes d'un montant dépassant le maximum permis par la législation italienne. L'acquisition de ces devises étrangères était destinée à des fins de séjour touristique et de soins médicaux. Du fait d'avoir dépassé le maximum permis, ils ont été objet des décrets du ministre du Trésor leur infligeant des amendes. Il s'agissait, donc, d'une question de transfert de devises et, de ce fait, semblait se rapprocher du sujet de la circulation des capitaux dans la Communauté Européenne. Toutefois, la Cour de Justice n'a pas envisagé l'affaire en cause sous l'angle strict de la circulation des capitaux. Elle a préféré placer le problème sur le terrain de la libre prestation de services³ dans la mesure où elle considère que les demandeurs au principal, dans la procédure devant la juridiction nationale, étaient, en tant

¹ Luisi et Carbone c/ Ministre du Trésor, 31/01/1984, affaires jointes 286/82 et 26/83, Rec. 1984 p. 377.

² Supra, p. 19.

³ G. Druesne, "Liberté de Circulation des Personnes", Revue Trimestrielle de Droit Européen, 1984, p. 296.



que touristes et bénéficiaires des soins médicaux, des destinataires de services et, donc, couverts par les règles du Traité concernant la libre prestation de services.

Cette jurisprudence innovatrice de l'arrêt Luisi et Carbone a une incidence très grande au niveau de la définition du champ d'application personnel du Traité de Rome et, en particulier, en matière de droit d'entrée et de séjour dans la Communauté Européenne. En fait, ce n'était pas la première fois que ce genre de questions étaient posées devant la Cour de Justice, mais celle-ci ne les avait jamais tranchées. Cependant, elles ont été objet de différentes considérations des parties en présence et de la doctrine, ce qui a permis de mieux comprendre la portée et les conséquences, du point de vue juridique, d'une future décision en cette matière. Ainsi, il nous semble que pour une interprétation correcte de la jurisprudence Luisi et Carbone on doit commencer par une analyse du débat qui s'est produit avant que la Cour ait rendu cet arrêt.

On veut faire noter aussi que toute l'analyse de la jurisprudence Luisi et Carbone sera faite dans la perspective des contributions de cet arrêt dans les questions de la libre circulation des personnes. Elle délaissera les aspects liés aux questions de la circulation des capitaux ou des transferts des devises en vue d'effectuer des paiements de prestations de services.



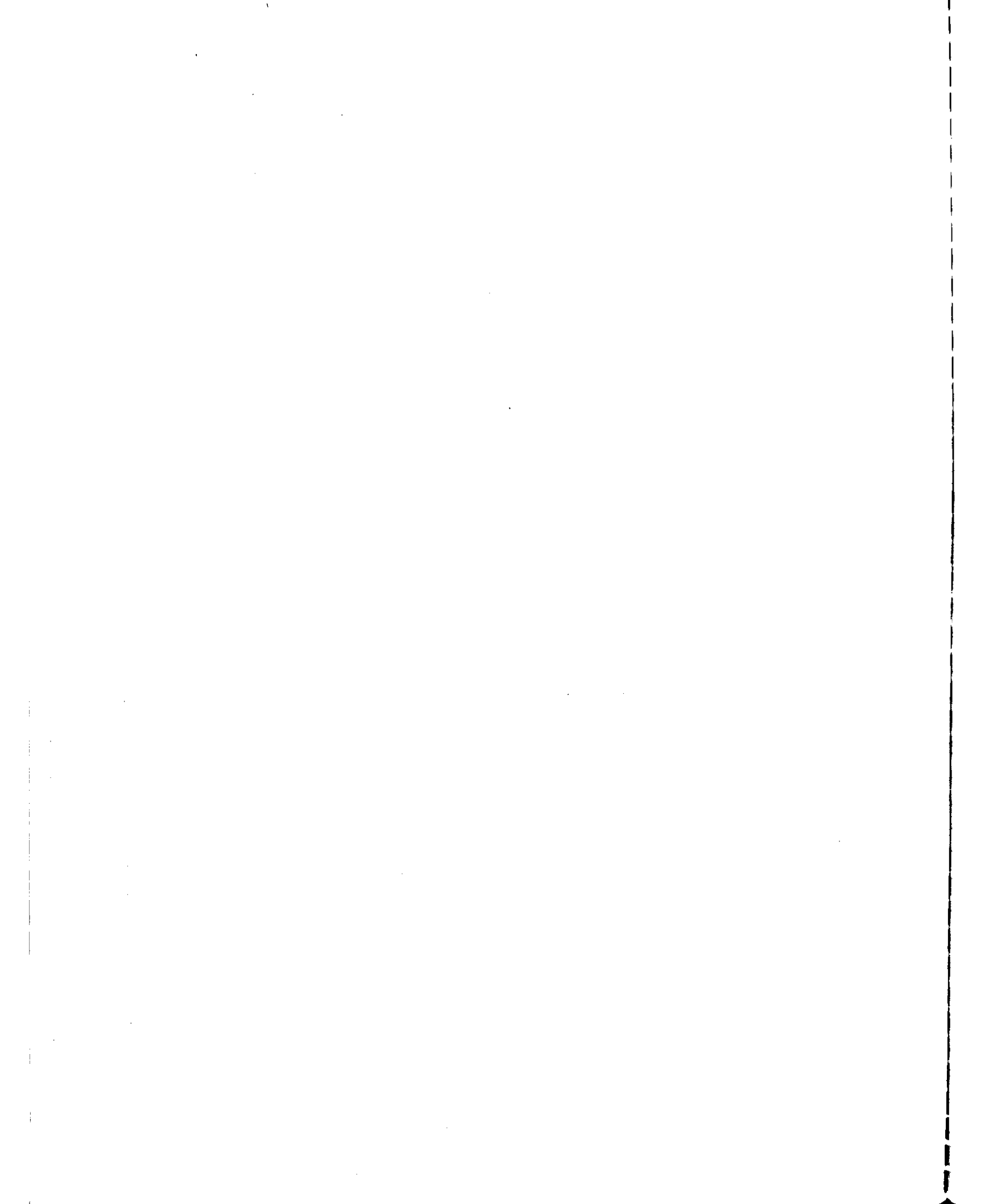
1. L'arrêt Watson

2. C'était dans l'affaire Watson¹ que la question de la considération des destinataires des services s'est posée pour la première fois devant la Cour de Justice. Dans cette affaire, il s'agissait d'une ressortissante britannique qui s'était rendue en Italie pour un séjour de quelques mois et qui avait été hébergée par un ressortissant italien. Ils n'ont pas respecté la législation italienne en matière de communication de présence d'étrangers et, de ce fait, ont fait l'objet d'une poursuite pénale. Comme le motif de séjour en Italie de M^{lle} Watson n'était pas clair, restait l'hypothèse possible d'un séjour touristique. La question était donc de savoir si, en tant que touriste, elle pouvait toujours invoquer le droit communautaire pour éviter les peines d'emprisonnement et d'expulsion qu'elle risquait de se voir appliquées conformément à la législation italienne en la matière.

Dans ses observations la Commission² estimant que M^{lle} Watson s'est rendue en Italie comme touriste, soutenait qu'on devrait la considérer en tant que destinataire des services, relevant des articles 59 et suivants du Traité. La Commission considérait que dans la mesure où le principe de la libre circulation des personnes produisait un effet direct en faveur de ses bénéficiaires, il était interdit tout traitement discriminatoire fondé sur la nationalité du destinataire des services ainsi que le droit d'entrée et de séjour sur le territoire de tout Etat membre.

¹ Watson et Bellman, 7/07/1976, affaire 118/75, Rec. 1976 p. 1185.

² Ibidem, p. 1192.

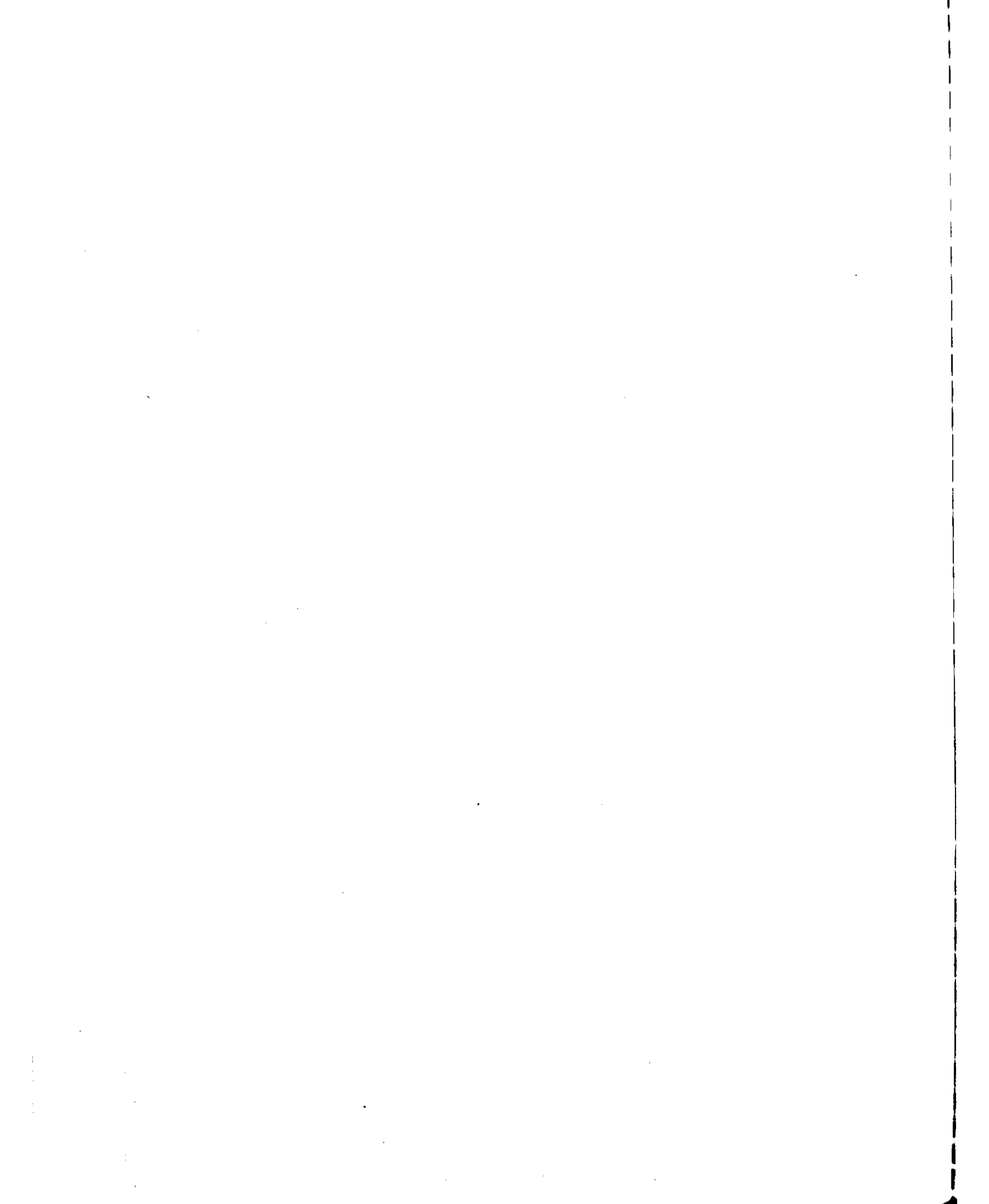


Les gouvernements italien et britannique¹, dans leurs observations, par contre, s'opposent à la thèse de la Commission. Ils considèrent que l'article 59 peut, en certaines circonstances, s'appliquer également au destinataire d'une prestation de services. Mais il ne serait pas dans le but de le protéger en tant que tel, mais en vue de rendre possible la protection du prestataire qui autrement serait incomplète. Ainsi, ils ne trouvent pas que les touristes peuvent être des destinataires des services auxquels s'appliquent les règles du Traité, ce qui serait d'ailleurs confirmé par le fait qu'il existerait des touristes qui, tels les campeurs ou les personnes faisant de l'auto-stop, n'exploiteraient pas les services du pays d'accueil.

L'avis de l'avocat-général

Mais c'est l'avocat-général, M. Alberto Trabucchi, qui dans ses conclusions fait l'analyse la plus complète du problème. Il commence par constater que le Traité CEE ne considère que les prestataires de services, dans le champ de la liberté de circulation des personnes, en restant muet au sujet des destinataires de ces prestations. Cependant, il admet qu'une conception large de la portée des règles du Traité a été accueillie par deux actes de droit dérivé, les directives du Conseil 64/220 du 25 février 1964 et 73/148 du 21 mai 1973, relatives l'une et l'autre à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants des Etats membres à l'intérieur de la Communauté en matière d'établissement et de prestation des services qui ont imposé aux Etats membres l'obligation

¹ Ibidem, p. 1194.



de supprimer les restrictions au déplacement et au séjour "des ressortissants des Etats membres qui désirent se rendre dans un autre Etat membre en qualité de destinataires d'une prestation de services".

En revanche, l'avocat général n'accepte pas qu'on puisse entendre les dispositions des directives en cause dans un sens trop large, c'est-à-dire en les étendant à tous ceux qui sont susceptibles d'être destinataires d'une prestation de services dans la mesure où cela "venait pratiquement à étendre le droit à la libre circulation à tous les ressortissants des Etats membres, étant donné que chaque personne est effectivement ou potentiellement destinataire de services"¹. Il considère qu'une telle interprétation n'est pas conforme ni au texte ni à l'économie du Traité qui prévoit la liberté de circulation par référence à des catégories déterminées des personnes, c'est-à-dire, les opérateurs économiques.

Il propose, alors, une interprétation des dispositions des directives en cause où la libre circulation des destinataires n'opère que dans les cas où celle-ci est "indissolublement liée à la possibilité de mouvement de celui qui doit accomplir ces services"². Les touristes seraient, donc, exclus par cette interprétation du champ d'application du Traité dans la mesure où dans le secteur des services touristiques n'est pas possible de faire fonctionner ce critère de réciprocité, au niveau du déplacement, qui peut, dans certains cas, comme les médecins ou les avocats, élargir le bénéfice

¹ Ibidem, p. 1203.

² Ibidem, p. 1203.

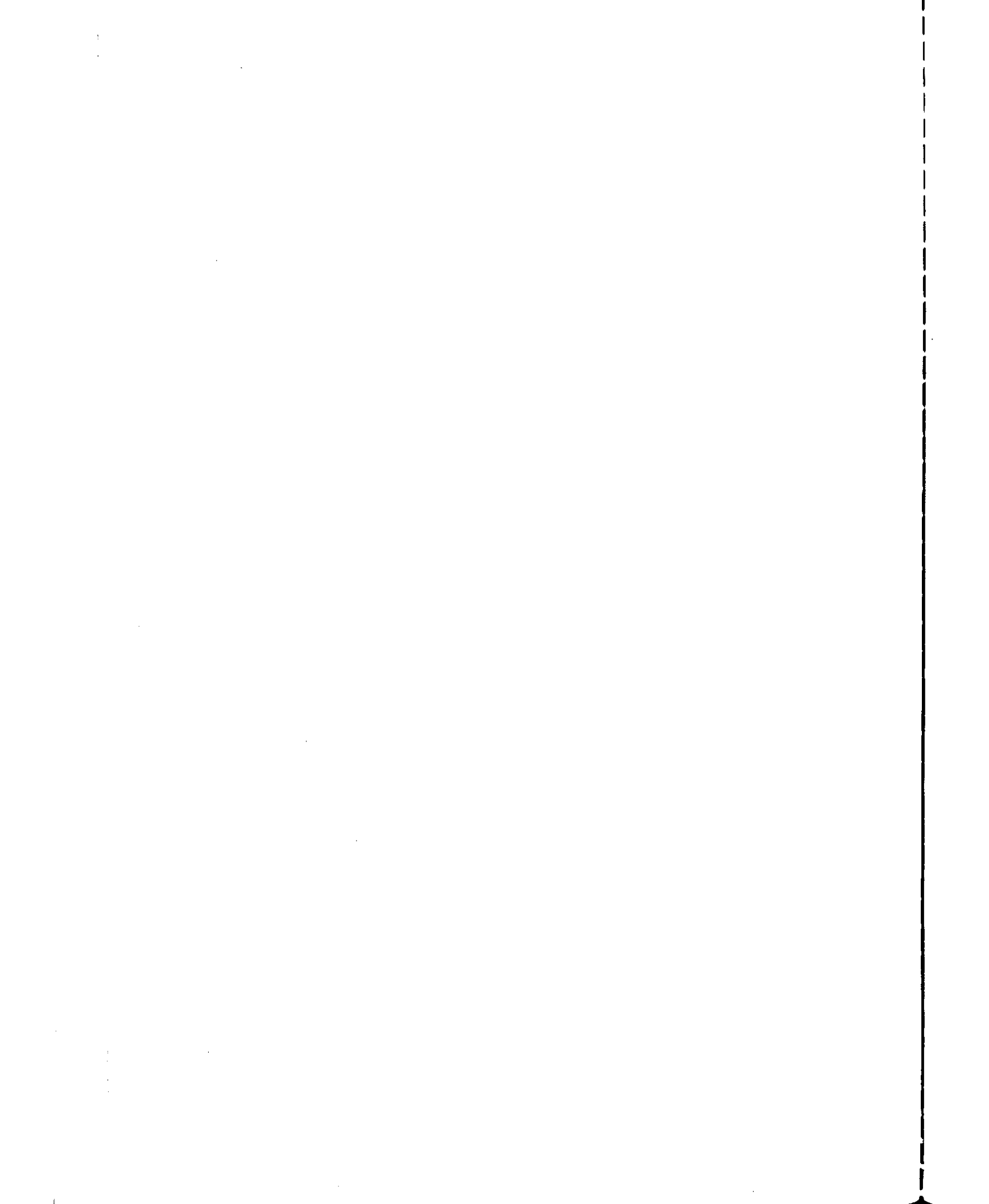


de la libre circulation aux destinataires des prestations des services.

Toutefois, M. Trabucchi n'exclut pas la possibilité du législateur communautaire d'étendre le bénéfice de la libre circulation à des catégories de personnes non prévues par le Traité¹. Dans ce cas-là, le Conseil devrait agir selon les conditions prévues à l'article 235 et en se fondant sur cette même disposition. Tel n'était pas le cas des directives 64/220 et 73/148, pour l'avocat général.

Donc, il y avait, au fond, deux thèses en présence: celle des gouvernements italien et britannique et de l'Avocat Général qui considérait qu'en certains cas les destinataires des services pouvaient être couverts par les dispositions de la libre circulation des personnes, bien que les deux positions divergeaient en ce qui concerne le fondement de cette protection; et la thèse de la Commission qui était une thèse plutôt "radicale" dans la mesure où elle considérait que tous les destinataires des services étaient dans le champ d'application du Traité, que ce droit découlait directement de l'article 59 et non du droit dérivé, ce qui permettait d'invoquer de l'effet direct, et que tous les touristes devraient être considérés comme des destinataires des services, sans qu'il y avait lieu pour opérer des distinctions entre ceux qui exploitaient effectivement des services dans le pays d'accueil et ceux qui ne le faisaient pas.

¹ Ibidem, p. 1204.



La Cour de Justice n'a pas, cependant, tranché la question dans l'arrêt. Elle a remis à la juridiction nationale la tâche de qualifier la situation de la demanderesse au principal, vis-à-vis du droit communautaire, en se limitant à rappeler les principes communautaires en la matière. Toutefois, les termes dans lesquels la Cour se réfère à ces principes, notamment dans l'attendu n° 15¹, font penser que même si la Cour n'a pas voulu trancher la question du statut des touristes, elle n'a pas exclu l'éventualité que les touristes puissent bénéficier des règles de la libre circulation des personnes en tant que destinataires de services².

2. La suite de la discussion

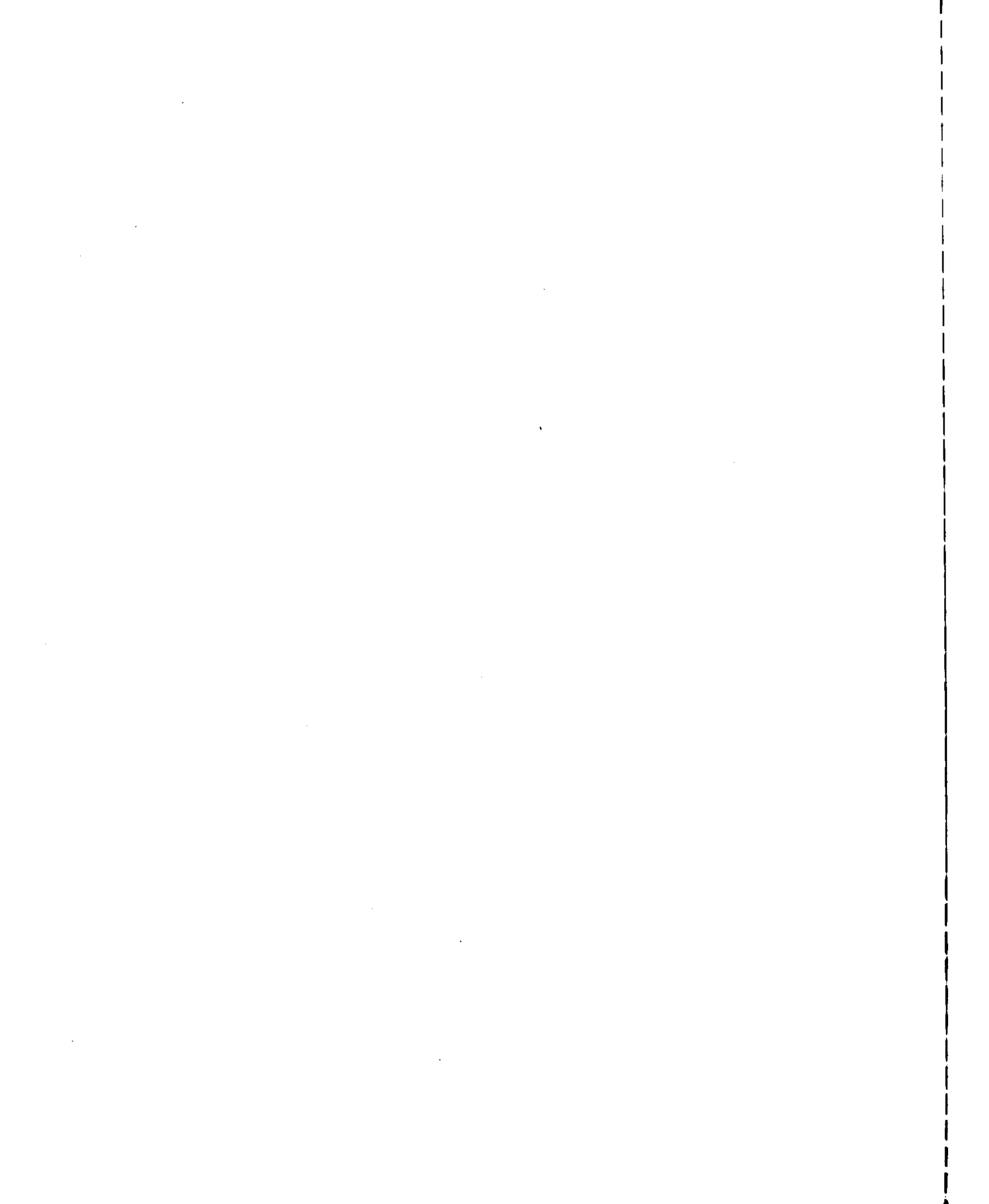
3. D'un avis différent de celui de M. Trabucchi, semble être l'Avocat Général M. Warner. En effet, dans ses conclusions dans l'affaire Pleck³, en juin de 1980, après s'être référé à la position de son collègue dans l'affaire Watson, et notamment aux doutes qu'il exprimait sur une éventuelle inclusion des touristes dans la catégorie des destinataires de services auxquels s'appliquaient les dispositions du Traité, il dit "nous ne nous étendrons pas à ce sujet, si ce n'est pour dire qu'il ne devrait pas être supposé que nous partageons les hésitations de M. l'Avocat Général Trabucchi"⁴. Donc, on peut conclure que pour M. Warner les touristes étaient compris par les dispositions concernant la libre prestation des

¹ Ibidem, p. 1197.

² J. S. Siché, "Prestations des services et devises", Cahiers de Droit Européen, 1984, p. 708.

³ Regina c. Pleck, 03/07/1980, aff. 157/79, Rec. 1980 p. 2172.

⁴ Ibidem, p. 2192.



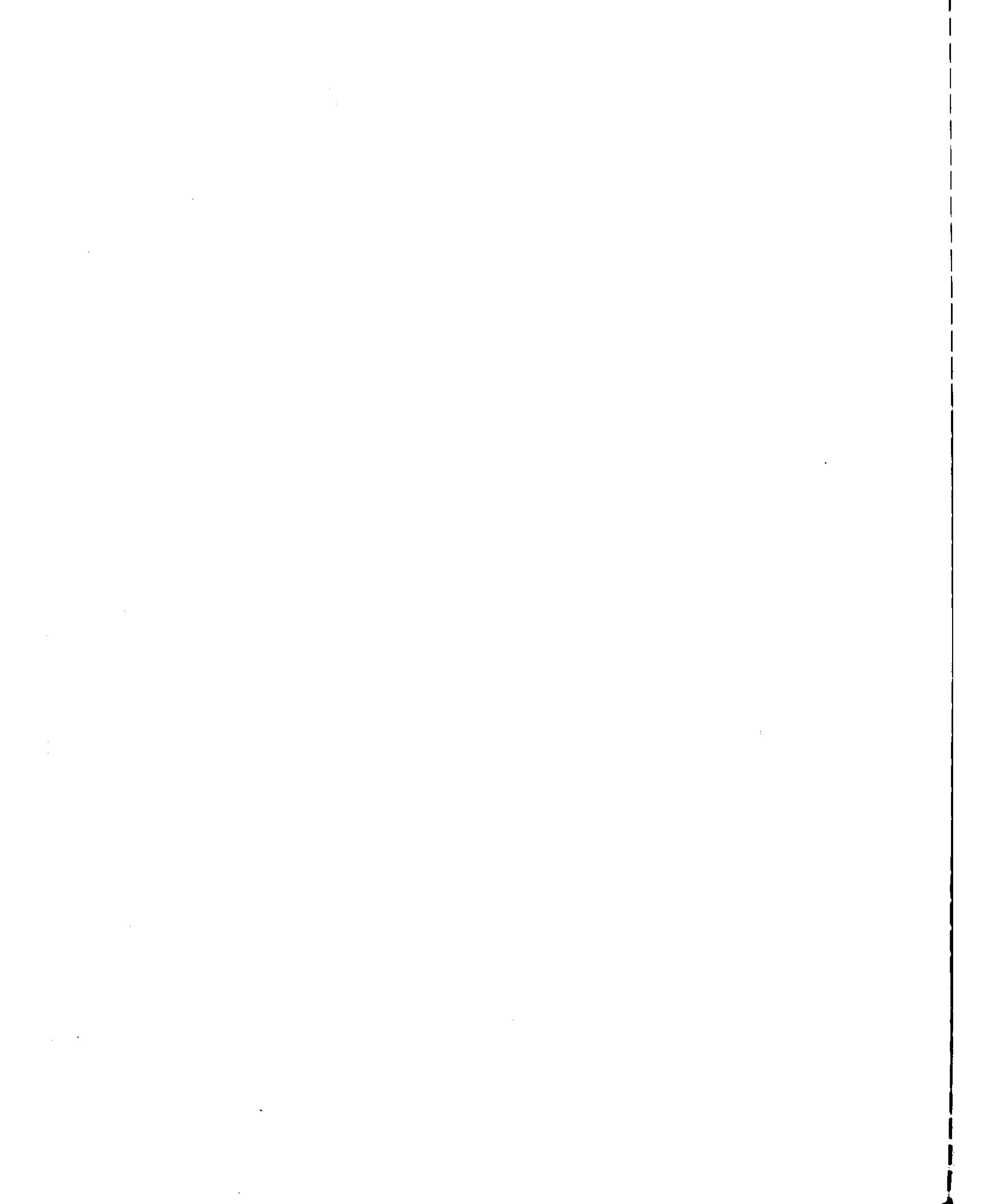
services. Dommage qu'il n'ait pas avancé les motifs qui justifiaient sa position.

Au niveau des auteurs qui se sont occupés de ce sujet avant la décision de la Cour dans l'affaire Luisi et Carbone nous avons le professeur Demaret¹. Il considérait que la question devrait être posée dans les termes d'une alternative: soit les destinataires des services étaient admis en tant que catégorie, les touristes y compris, soit ils n'étaient pas admis, parce que le Traité ne le prévoyait pas explicitement. En formulant toujours sa thèse en termes d'une alternative, M. Demaret soulève une autre question qui était déjà présente dans les observations des gouvernements britannique et italien dans l'affaire Watson et qui est celle des éventuelles distinctions à faire entre les différents types de touristes. Il considère qu'on ne peut pas admettre les touristes dans la sphère de protection du Traité en se basant sur un critère fondé sur l'importance de la consommation des services. Selon lui, on serait conduit "à des distinctions impraticables et quelque peu ridicules: le touriste "trois étoiles" serait admis, mais non la personne qui campe dans la nature"².

Sur ce dernier aspect nous sommes pleinement d'accord. Ou bien on fait entrer les touristes dans le domaine de ceux qui peuvent jouir de la protection du droit communautaire, ou bien on ne les fait pas. Créer des distinctions entre eux, serait créer l'insécurité

¹ P. Demaret et B. Ernst de la Graete, op. cit., p. 266, note en bas de page n° 28.

² ibidem, p. 267.



juridique dans la mesure où il était toujours aléatoire si on était dans ou hors du champ d'application du Traité.

Toutefois, le premier aspect que M. Demaret pose en termes d'alternative, qui propose l'identification totale du groupe des destinataires des services avec la catégorie plus restreinte des touristes, nous semble plus critiquable. La raison en est que nous reconnaissons que ceux qui proposaient une séparation entre destinataires, ou certains destinataires, et les touristes avaient raison. En effet, on peut douter, comme le fait M. Siché, par coïncidence le conseiller juridique de la Commission des Communautés Européennes dans l'affaire Watson¹, de l'existence d'une prestation de services dans le cas du touriste dans la mesure où il n'y a pas nécessairement un rapport prédéterminé entre deux personnes prédéterminées². Ce type de rapport existe, par exemple, dans le cas du médecin, de l'avocat, des professions libérales en général, ou des "consulting", où pour des questions de temps, de simplicité ou de prix, on peut envisager qu'il est plus facile de faire déplacer le destinataire du service que le prestataire. Au contraire, le tourisme est une activité qui par nature ne se prête pas à ce genre de réciprocité au niveau du déplacement: on ne peut pas disposer d'une chambre de l'Hôtel Georges U à Londres ou d'une promenade de Gondola sur les canaux de Venise en Allemagne. Donc, nous exprimons nos réserves quant à la nécessité, en termes juridiques, de considérer les destinataires des services comme une catégorie d'ensemble en y faisant entrer les touristes.

¹ Watson et Bellman, op. cit., p. 1194.

² J. C. Siché, op. cit., p. 708.

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

3.L'arrêt Luisi et Carbone

4. Nous arrivons, alors, à l'affaire Luisi et Carbone. Les parties en présence n'ont pas ajouté des arguments nouveaux à la discussion. Le gouvernement italien¹, qui a vu sa législation contestée, a repris en bref les conclusions de M. Trabucchi dans l'affaire Watson.

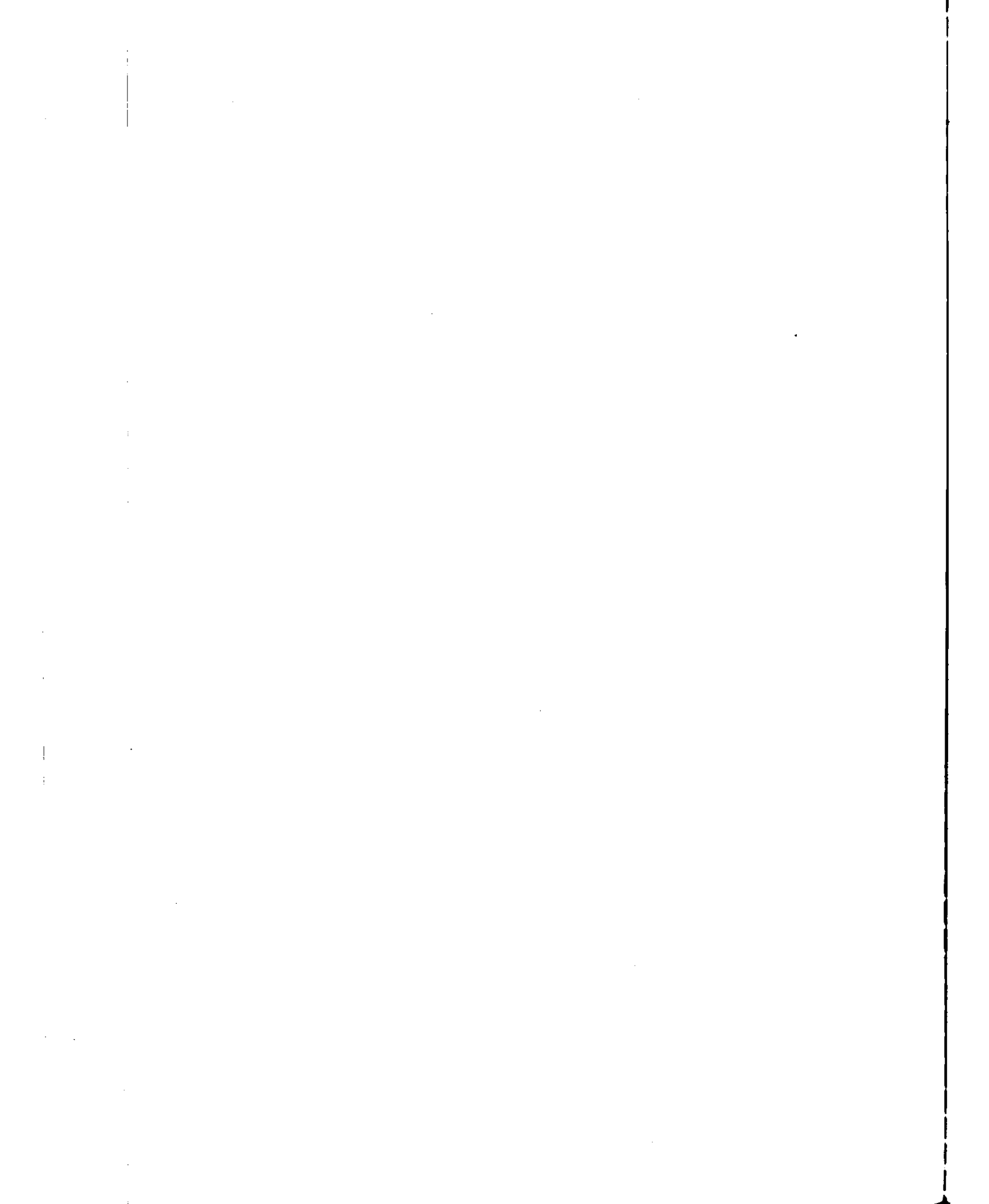
L'Avocat Général, M. Federico Mancini, en suivant la tendance annoncée par son collègue M. Warner dans l'affaire Pleck, s'éloigne de la position de M. Trabucchi. Il considère que divers arguments conduisent à penser que les dispositions relatives à la libre circulation des services s'appliquent au-delà des limites auxquelles M. Trabucchi voudrait les réduire².

Son premier argument se base sur le fait que si un Etat était libre de limiter ses nationaux à l'exportation des devises, de ce fait il exclurait les services touristiques offerts dans d'autres Etats membres³. Cet argument ne nous semble pas très pertinent. En fait, il dépasse le cadre de la circulation des personnes, sur laquelle la discussion doit se centrer, pour reprendre des questions qui touchent déjà la circulation des capitaux. Pour qu'un Etat ne soit pas libre de limiter ses nationaux à l'exportation des devises à des fins touristiques, il fallait, avant tout, prouver que les touristes étaient inclus dans la circulation des services. M. Mancini ne le fait pas, en préférant regarder un effet indirect de cette

¹ Luisi et Carbone, op. cit., p. 388.

² ibidem, p. 415.

³ ibidem, p. 415.



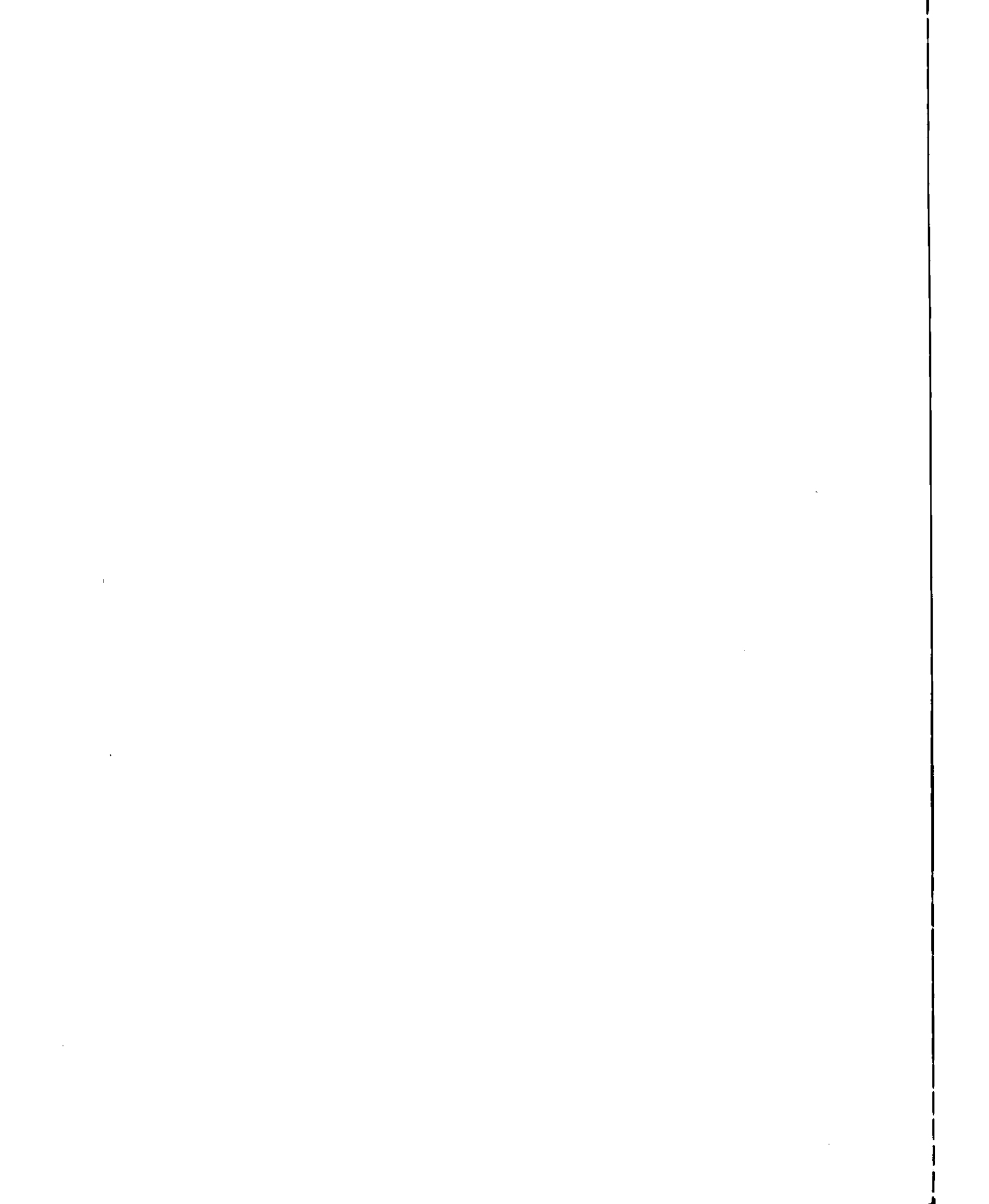
limitation des devises, l'affectation des services touristiques dans les autres Etats membres.

Le seul argument nouveau qu'il présente à la discussion, en le reprenant des observations de la Commission, est l'article 54 du Traité d'adhésion de la Grèce qui permet que les restrictions aux transferts de devises des touristes subsistent jusqu'au 31 décembre 1985¹. Or, selon l'Avocat Général, une telle dérogation n'avait de sens que si l'on admet que ces transferts sont effectivement libérés dans les rapports entre les Etats membres. Il souligne l'importance de cet argument par le fait de sa nature: une source de droit primaire. C'est un moyen de dépasser la faiblesse du raisonnement de ceux qui se fondaient sur les actes de droit dérivé précités pour faire entrer les touristes dans le champ d'application du Traité. Il faut dire aussi que le Traité d'adhésion de la Grèce est postérieur à la date dans laquelle M. Trabucchi a exprimé ses points de vue et que, naturellement, les Etats membres ont pu reconsidérer la question ultérieurement.

5. La Cour de Justice, dans l'arrêt rendu, ne s'occupe pas trop de la question. Il semble qu'elle devait faire un choix et elle l'a fait, en effet. Ainsi elle considère, que bien que le déplacement du destinataire ne soit pas prévu à l'article 50, comme celui du prestataire, "il constitue le complément nécessaire, qui répond à l'objectif de libérer toute activité rémunérée et non couverte par la libre circulation des marchandises, des personnes et des capitaux"². La Cour fait, donc, une interprétation extensive du texte du Traité

¹ ibidem, p. 417.

² ibidem, p. 401, attendu n° 10.



en prétendant fonder le déplacement du destinataire dans l'article 60, alinéa 3. Ensuite, la Cour se réfère aux deux directives mentionnées ci-dessus, pour renforcer l'inclusion du destinataire comme bénéficiaire de la liberté de circulation.

Après, dans l'attendu 16, et sans aucune motivation, la Cour déclare que "les touristes, les bénéficiaires de soins médicaux et ceux qui effectuent des voyages d'études ou des voyages d'affaires sont à considérer comme des destinataires de services"¹. La Cour prend donc position en faveur de l'inclusion des touristes dans la catégorie des destinataires et, partant, de ceux qui rentrent dans le champ d'application personnel du Traité.

Elle considère encore que les paiements à des fins de tourisme, de voyages d'affaires ou d'études et de soins médicaux ne sauraient être qualifiés de mouvements de capitaux, mais des paiements courants qui constituent une contre-prestation dans le cadre d'une transaction sous-jacente et que ceux-ci sont libérés depuis la fin de la période de transition.

Les conséquences juridiques

6. Sur le plan juridique, en particulier en ce qui concerne la libre circulation des personnes dans la Communauté, quelles sont la portée et les conséquences de cet arrêt?

¹ *ibidem*, p. 403.

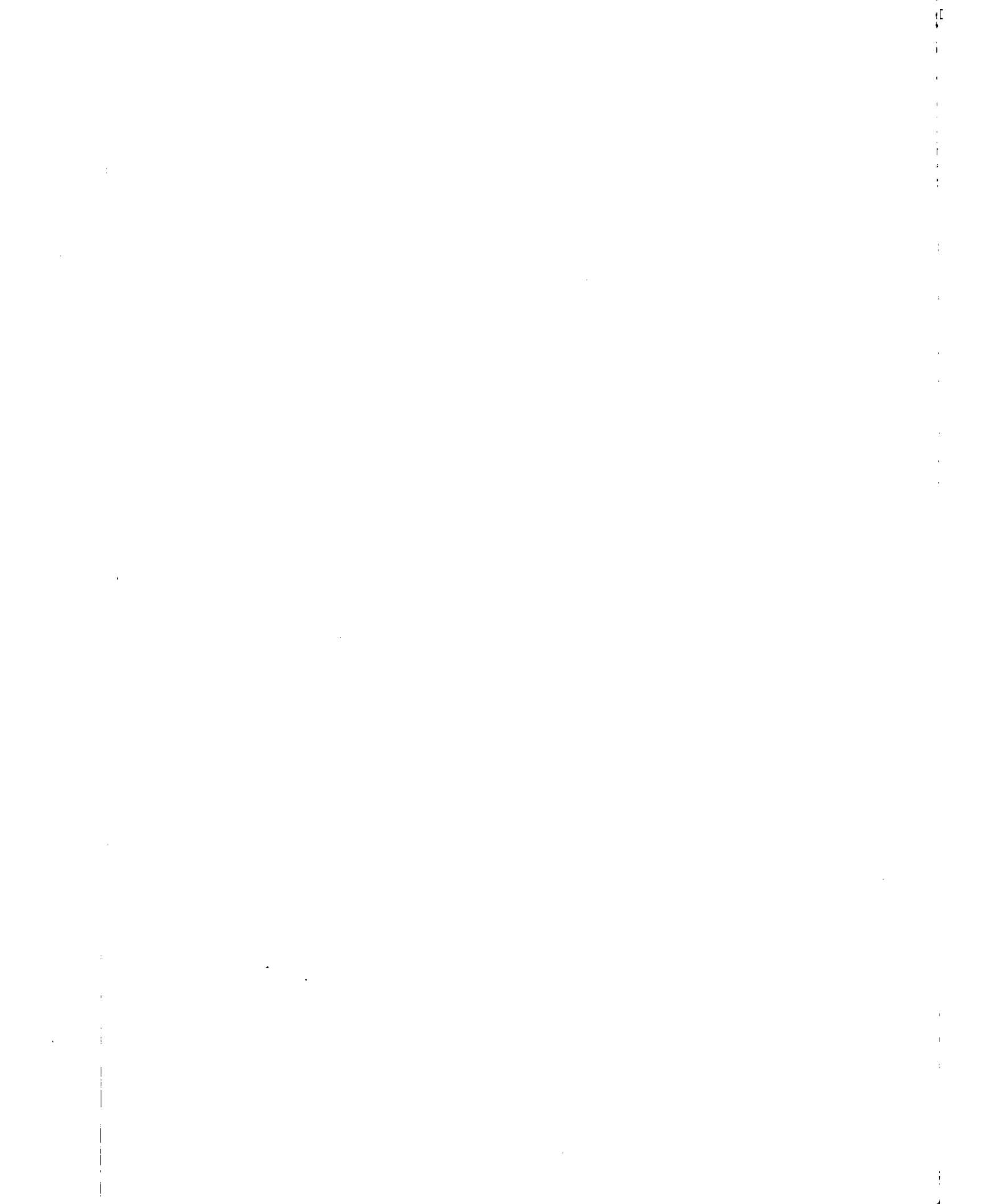


D'abord, on constate le fait que les touristes sont devenus des bénéficiaires de la libre circulation des personnes. Et, on doit conclure des termes généraux de l'attendu 16, par le type de référence qu'y est faite aux touristes, que la Cour les a fait entrer tous dans le champ d'application du Traité¹. Elle ne s'est pas laissée influencer par ceux qui disaient que certains types de touristes n'étaient pas des consommateurs des services.

Mais cela nous amène à une autre question. Qu'est-ce qu'un touriste? Sans qu'on puisse donner une notion exacte de ce concept, il nous semble qu'on peut le définir comme toute personne qui franchit la frontière de son pays (ne nous intéresse pas la question du tourisme à l'intérieur de son propre pays car le rattachement communautaire y est absent), en se déplaçant dans un autre Etat à des fins de loisir. Le type de loisir pour lequel un touriste se rend dans un autre Etat peut avoir les formes les plus diverses: la montagne, la mer, le ski, les visites culturelles, la découverte de nouveaux endroits, la pratique du sport, le camping, etc. Mais, par nature, le touriste n'exerce aucune activité à caractère économique pendant le temps de loisir.

Alors, le tourisme, du point de vue de celui qui le pratique, disons du sujet actif, est une activité dépourvue de caractère économique car on ne peut pas se faire payer pour, à titre d'exemple, une journée au bord de la mer ou une promenade en montagne. Le tourisme semble, donc, le contraire de toute activité par laquelle on

¹ J. U. Louis, "Free Movement of Tourists and Freedom of Payments in the Community: the Luisi et Carbone Judgement", *Common Market Law Review*, n° 21, 1984, p. 631.



cherche un intérêt économique. Or, on a vu que les activités économiques sont le critère qui définit le champ d'application matériel des règles du Traité. En dehors des activités économiques, le Traité ne s'applique pas. Donc, ceux qui ne s'occupent pas d'une activité économique ne devraient pas être couverts par le droit communautaire. En faisant entrer les touristes dans le champ d'application du Traité la Cour nous conduit à ce résultat, à notre avis, paradoxal.

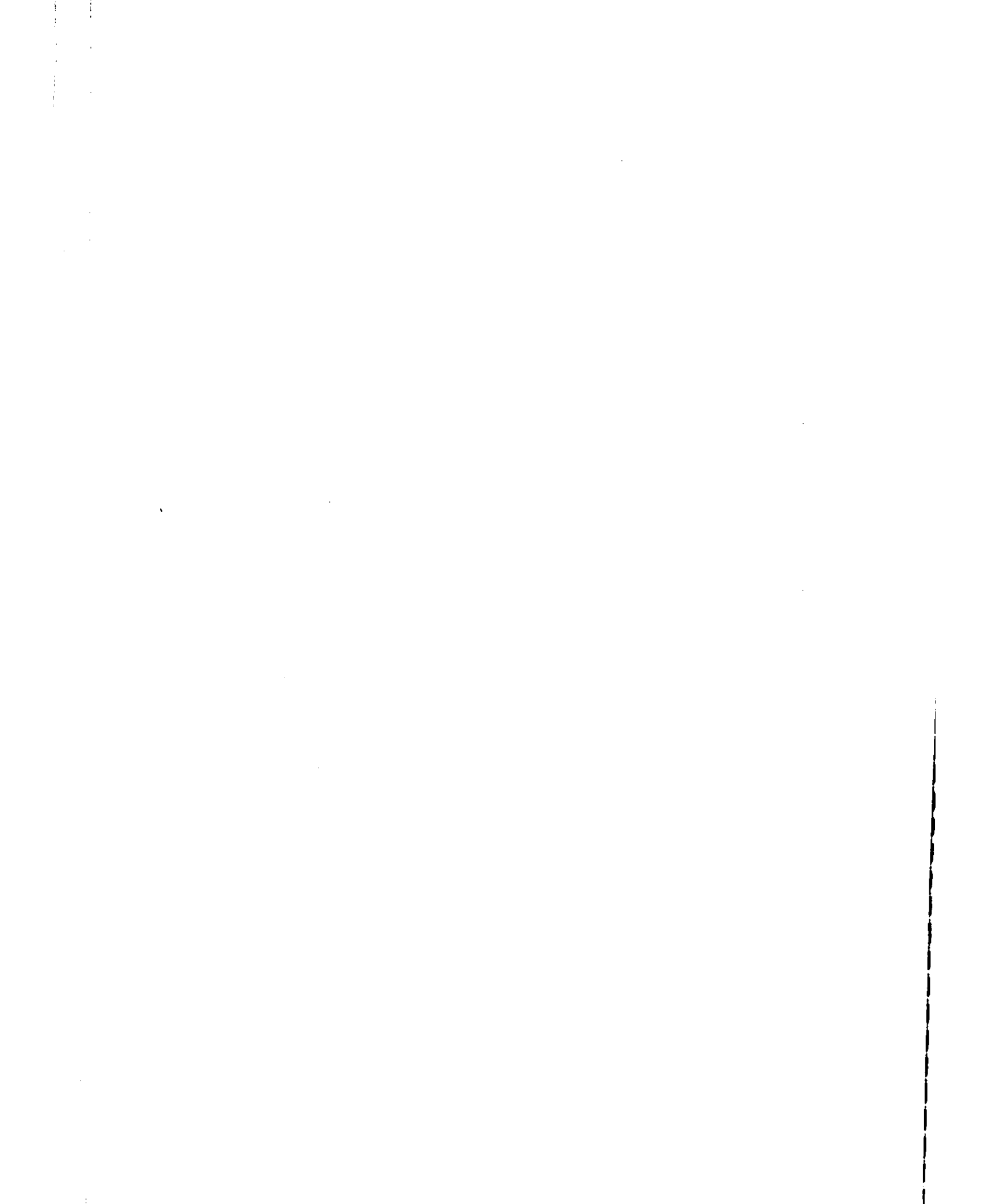
La question du droit de séjour

7. On a déjà vu aussi que la liberté d'entrée et de séjour est le corollaire de la libre circulation des personnes dans la Communauté Européenne¹. Cette liberté d'entrée et de séjour appartenait à tous ceux qui exerçaient une activité économique et aussi à ceux des membres de leur famille qui en bénéficiaient en vertu du droit dérivé². Avec l'inclusion des touristes dans le domaine de la libre circulation des personnes, le droit d'entrée et de séjour se généralise à toute une série de personnes qui n'en bénéficiaient pas avant. Cette-ci est une des conséquences déjà rappelée par M. Trabucchi dans l'affaire Watson.

Il nous semble, en fait, que ce qui était en cause dans cette question de la considération des touristes comme bénéficiaires du droit communautaire était la portée du droit d'entrée et de séjour. Certes, si l'on n'est pas travailleur, si l'on ne s'établit pas dans un autre Etat ou si l'on n'y va pas pour prêter des services, dans le

¹ supra, p. 35.

² supra, p. 37



sens large qu'on a vu ci-dessus et qui pouvait comprendre certains destinataires, il ne reste que l'hypothèse naturelle d'y aller en touriste. Les touristes étaient les seuls qui à l'étranger n'étaient bénéficiaires du droit d'entrée et de séjour. Par rapport aux autres formes de déplacement qu'on vient de citer, le tourisme est comme une forme résiduelle dans la mesure où il comprend toutes sortes de déplacements d'un Etat membre à l'autre, qui ne sont pas réalisés dans le but de l'exercice d'une activité économique. Ceux qui exercent ce type d'activité bénéficiaient déjà du droit d'entrée et de séjour. Les touristes, groupe résiduel, n'en bénéficiaient pas. Après l'arrêt Luisi et Carbone, ils deviennent aussi des bénéficiaires. Donc, le droit d'entrée et de séjour s'étend ainsi, potentiellement, à tous les ressortissants communautaires qui franchissent la frontière de leur pays pour aller dans un autre Etat membre, quel que soit le but ou la motivation de leur déplacement.

En revanche, M. Seché est d'avis différent. Il considère que seul le droit d'entrée devient de portée générale à la suite de cet arrêt¹. Le droit de séjour, au contraire, est limité à une période de trois mois si on veut le fonder sur la seule qualité de touriste. Nous ne le croyons pas. Puisque les touristes sont, selon la Cour, des bénéficiaires de la libre circulation des personnes et que ce droit dérive de l'application du Traité, on ne voit aucune raison pour limiter à trois mois l'article 4, alinéa 2, de la directive du Conseil 73/148, précité, qui établit que "Pour les prestataires et les destinataires de services, le droit de séjour correspond à la durée de la prestation". La seule chose que prévoit cette directive

¹ J. C. Séché, op. cit., p. 709.



pour les prestations de durée supérieure à trois mois, est la délivrance d'un titre de séjour. Il nous semble donc, que dans le cas de tourisme de longue durée, notamment le tourisme fait par les rentiers, ceux qui le pratiquent sont aussi à l'abri du droit de séjour et ils n'ont qu'à demander ce titre de séjour, ce que les autorités de l'Etat d'accueil ne peuvent pas refuser car il n'est pas un document constitutif de ce droit¹.

Nous ne voulons pas terminer l'analyse de cet arrêt sans rappeler de nouveau la question que le Professeur Druesne se posait à propos de l'arrêt Levin² et qui, dans son essence, s'applique également à l'arrêt Luisi et Carbone. Dans cet arrêt, plus que dans l'arrêt Levin, la Cour, par sa jurisprudence, en pratique rend caduque une proposition législative que le Conseil n'a jamais approuvée et qui concernait le droit de séjour permanent. La question du droit de séjour était ici encore plus nette que dans l'affaire Levin. Ci-dessous on reviendra à ce problème du "subtil et complexe faisceau d'influences qui existe entre le juge et le législateur communautaires"³.

¹ supra, p. 37.

² supra, p. 39.

³ G. Druesne, "Liberté de circulation des personnes", Revue Trimestrielle de Droit Européen, 1982, p. 560.



Chapitre II. La jurisprudence Gravier

1. La question des étudiants

1. Un autre arrêt d'une importance particulière pour la définition du champ d'application du Traité en matière de libre circulation de personnes est celui que la Cour a rendu à l'occasion de l'affaire Gravier¹.

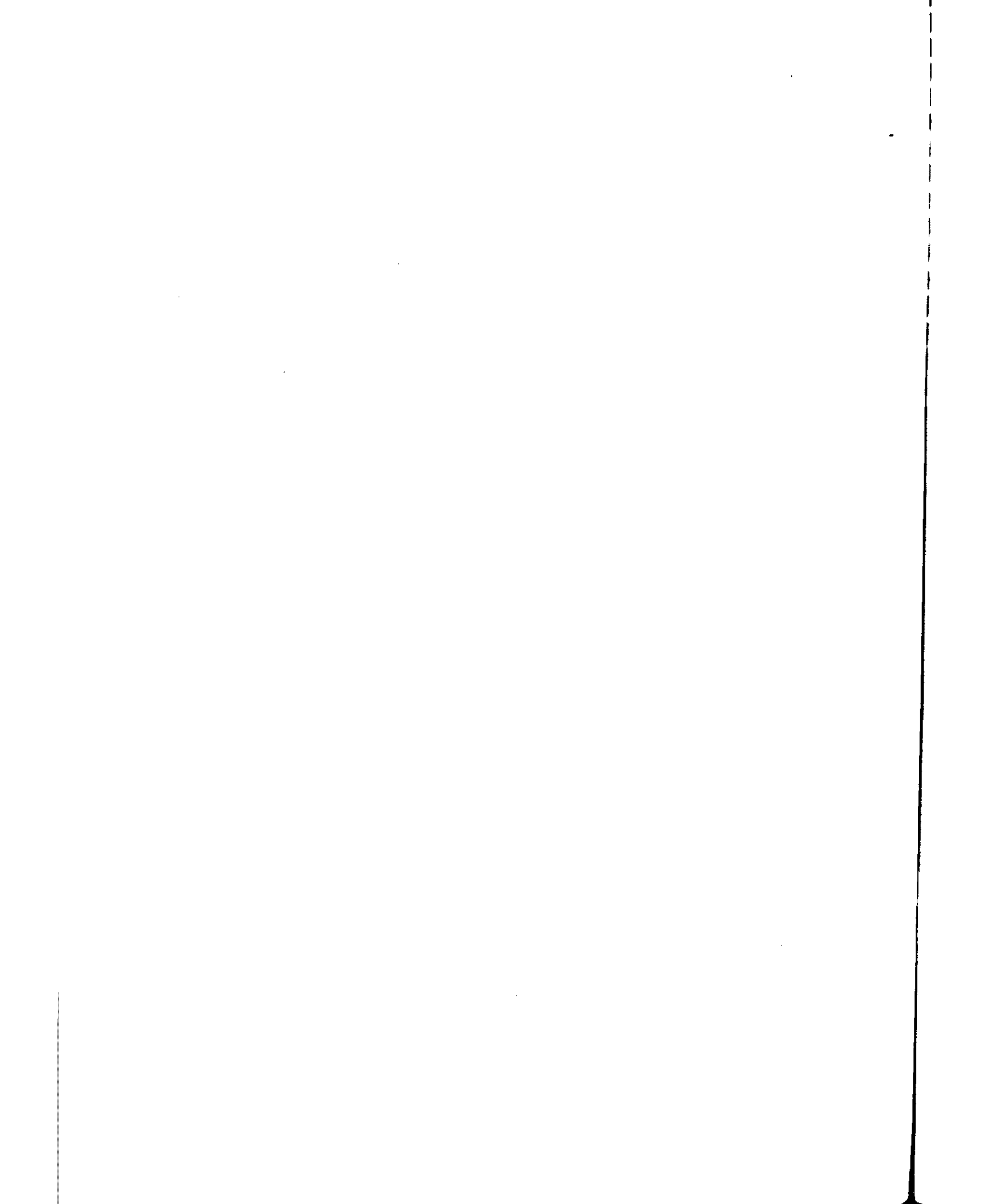
Dans cet arrêt la Cour a dû se prononcer sur un sujet qui concernait la position des étudiants devant le droit communautaire. C'était la première fois qu'un étudiant, en tant que tel, et sans aucun rapport avec les règles instituées par le Traité, a été objet de d'une décision de la Cour de Justice. Il est évident que, soit les étudiants en tant que catégorie de personnes qui exercent une activité dépourvue de caractère économique, soit l'éducation considérée comme une tâche fondamentale de la politique sociale de l'Etat moderne, sont des sujets qui se trouvent hors des compétences de la Communauté Européenne.

Cependant, la Cour émet une jurisprudence qui permet à l'étudiant, ressortissant d'un Etat membre, de tirer des droits du Traité², sans que l'on exige la preuve d'un rattachement à une situation qui relève du droit communautaire. Donc, ce sont les étudiants, en tant que catégorie de personnes, qui semblent entrer

¹ Gravier c/ ville de Liège 13/02/1985, aff. 293/83, Rec. 1985 p. 606.

² S. Van Raepenbusch, "Sécurité Sociale et égalité de traitement", Cahiers de Droit Européen, 1986, p. 515 et

J. Flynn, "Gravier: suite du feuilleton", EUI Workshop Papers, Doc. IUE 360/87 (col. 87), p.2.



dans le champ d'application du Traité, dans les conditions qu'on examinera ci-dessous.

L'apport d'une telle jurisprudence est énorme. L'arrêt Gravier est, sans doute, un des plus importants arrêts rendus par la Cour pendant les années quatre-vingts. Dans ce chapitre nous nous concentrerons sur l'analyse de l'affaire et sur les conséquences juridiques de son contenu. Quelques unes de ces conséquences ont été invoquées dans d'autres affaires dont, à la suite de la jurisprudence Gravier, la Cour a été saisie. Ainsi, ces cas seront rapportés à l'analyse qui suit dans la mesure où ils ne font que continuer la discussion sur quelques aspects que la jurisprudence Gravier a soulevé. A juste titre, ces affaires sont appelées dans le jargon communautaire comme les "post-Gravier". Sur trois de ces affaires dans une série de cinq, la Cour a très récemment rendu ses arrêts¹, il en manque deux autres². Au-delà de ces affaires, la Cour a déjà été saisie d'autres et sera, sans doute, interpellée à propos de ce genre de questions assez souvent. De notre part, nous ne pouvons pas étendre notre analyse à tous les aspects qu'y sont levés. Nous nous limiterons à l'arrêt Gravier et à la première série des post-Gravier,

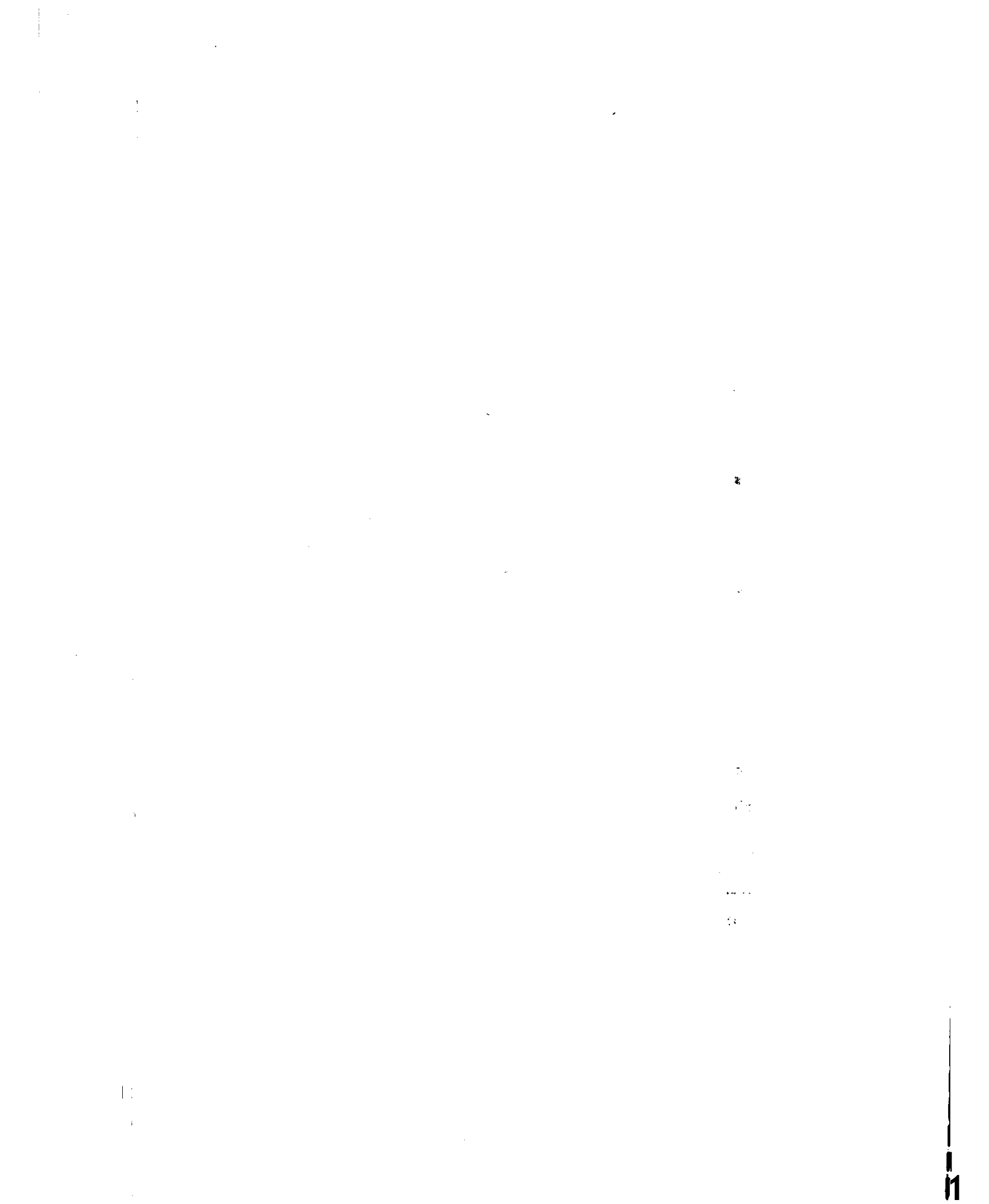
¹ Commission c/ Belgique, 02/02/1988, aff. 293/85, pas encore rapporté.

Blaizot et autres c/ l'Université de Liège, l'Université Catholique de Louvain, l'Université Libre de Bruxelles, Les Facultés Universitaires Notre Dame de la Paix à Namur et L'Etat Belge, 02/02/1988, aff.24/85, pas encore rapporté.

Barra et autres c/ Etat Belge et Ville de Liège 02/02/1988, aff. 309/85, pas encore rapporté.

⁴ Lair c/ Université de Hanovre, aff. 39/86.

Brown c/ Secretary of State for Scotland, aff. 197/86.



surtout à propos des questions qui viennent préciser le sens de la jurisprudence de l'arrêt principal.

Tout comme nous avons fait à propos de l'arrêt Luisi et Carbone, nous commencerons notre analyse par un arrêt qui a précédé l'arrêt Gravier, l'arrêt Forcheri, et qui à notre avis a défini le cadre juridique dans lequel la Cour de Justice va concentrer sa jurisprudence. Il nous semble que cette retrospective est utile pour mieux comprendre la portée de la jurisprudence Gravier dans la mesure où il y avait d'importantes différences dans les situations de fait des deux affaires.

2. L'arrêt Forcheri

2. Dans l'affaire Forcheri¹ la Cour a été saisie d'une demande d'interprétation, à titre préjudiciel, formée par le juge de paix du quatrième canton de Bruxelles. Mme Forcheri, italienne, habitait à Bruxelles en compagnie de son mari, fonctionnaire de la Commission des Communautés Européennes. Elle suivait un cycle d'enseignement, de trois ans, à l'Institut Supérieur de Sciences Humaines Appliquées de Bruxelles, qui prépare notamment à la profession d'assistante sociale.

Au moment de son inscription dans cet établissement, elle a dû verser un droit d'inscription complémentaire, dit "minerval étudiants étrangers" (ci-après, minerval). Ce minerval est exigé en Belgique depuis la rentrée scolaire de 1976. Il s'applique aux étudiants

¹ Forcheri c/ Etat Belge, 13/07/1983, aff. 152/82, Rec. 1983 p. 2323.



étrangers, à moins d'en être dispensés. Sont exemptés du paiement du dit minerval les étudiants suivants:

-ceux dont la mère ou le père est belge ou réside en Belgique, exercent leurs activités professionnelles et acquittent leurs impôts en Belgique;

-ceux qui résident en Belgique y exerçant leurs activités professionnelles principales et sont redevables de l'impôt belge;

-les luxembourgeois;

-ceux qui obtiennent discrétionnairement une dispense.

On constate que le critère principal qui sert de base au paiement du minerval est celui de la nationalité. Les belges ne le payent jamais, même s'ils ont passé le reste de leur vie hors de la Belgique et même si leurs parents vivent à l'étranger et ne payent pas d'impôts belges. Donc, il y a une discrimination en ce qui concerne le paiement du minerval qui se fait en fonction de la nationalité. Pour qu'elle soit interdite par le Traité il fallait savoir, avant tout si on était dans une matière qui relevait de son domaine d'application. C'était sur cet aspect qui devrait se prononcer la Cour de Justice.

L'arrêt contient deux niveaux de raisonnements élaborés par la Cour. Un premier niveau: la considération de l'épouse d'un fonctionnaire communautaire en tant que protégée par le droit communautaire; et un second niveau: l'analyse des cours



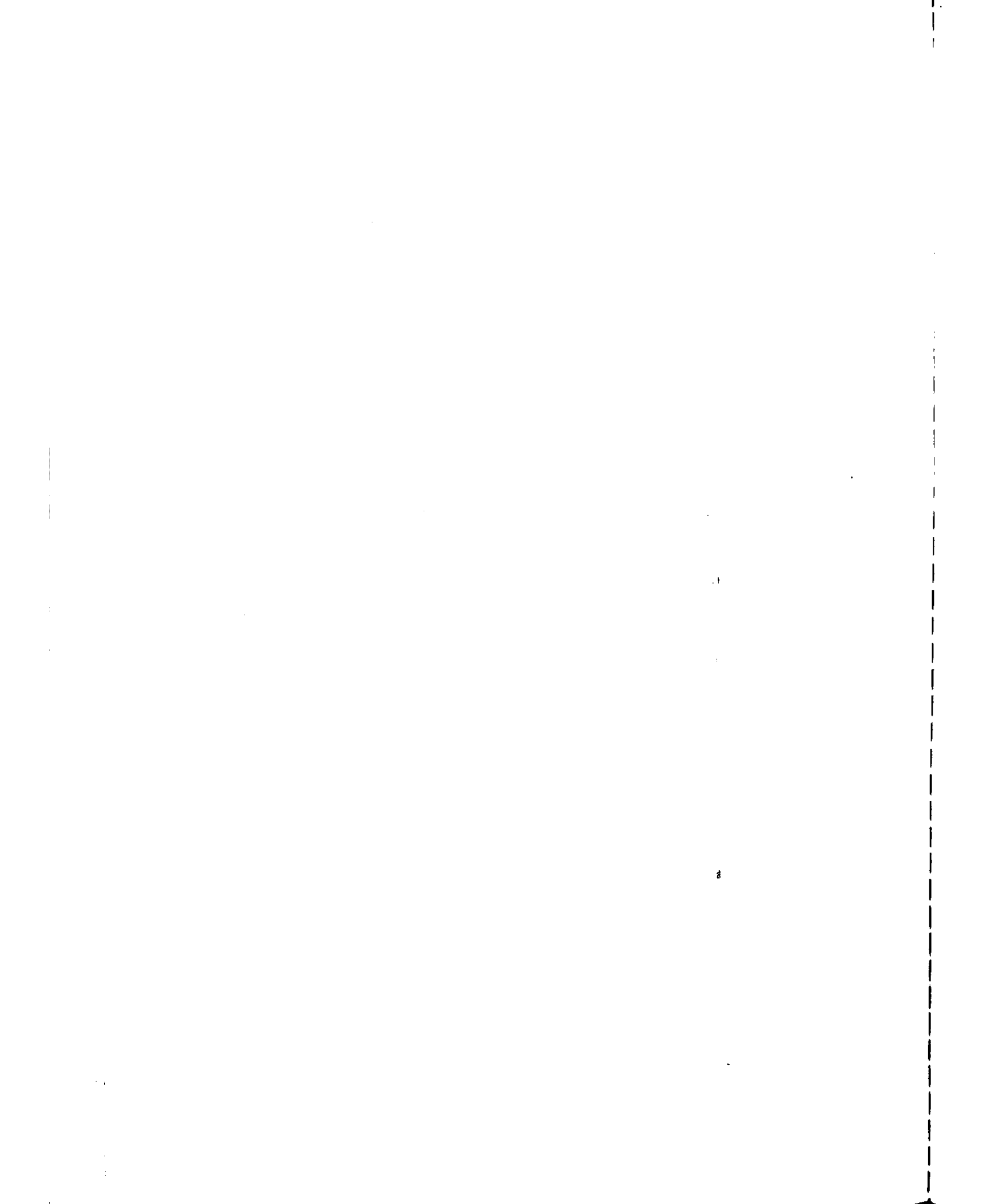
d'enseignement qui concernent la formation professionnelle et ses liens avec le Traité.

Quant au premier niveau de raisonnement, la Cour, dans le corps de l'arrêt, commence par référer que la situation juridique d'un fonctionnaire de la Communauté relève du domaine de l'application du Traité à un double titre: soit en raison de son lien d'emploi avec la Communauté; soit parce qu'il doit jouir de l'ensemble des avantages communautaires en matière de la libre circulation des personnes. Ensuite, la Cour considère que l'épouse du fonctionnaire relève aussi du droit communautaire par le biais du règlement n° 1612/68 du Conseil, précité.

Aussitôt, la Cour se pose la question de savoir si l'accès aux cours d'enseignement, notamment à ceux qui concernent la formation professionnelle, est couvert par le Traité. Après se référer à l'article 128 et à la décision 63/266¹ du 2 avril 1963 portant établissement des principes généraux pour la mise en oeuvre d'une politique commune de formation professionnelle, la Cour revient à la formule énoncée dans l'arrêt Casagrande² où elle a considéré que "s'il est vrai que la politique d'enseignement et de formation ne fait pas partie, en tant que telle, des domaines que le Traité a soumis à la compétence des institutions communautaires, l'accès à de

¹ JO n° 63 du 20.4.1963, p. 1338/63.

² Casagrande c/ Landeshauptstadt München, 03/07/1974, aff. 9/74, Rec. 1974, p. 773.



telles formes d'instruction tombent, cependant, dans le domaine d'application du Traité"¹.

La Cour conclut, donc, que l'exigence du minerval au ressortissant d'un autre Etat membre, "licitement installé"², pour accéder à une telle forme d'enseignement, constitue une discrimination en raison de la nationalité, interdite par l'article 7 du Traité.

Les aspects les plus importants que nous retenons de cette jurisprudence sont la référence à l'article 128, et à la décision 63/266, en tant que moyen d'assimilation de certaines formes d'enseignement à la politique de formation professionnelle et par ce biais d'établir la liaison entre lesdites formes d'enseignement et le domaine d'application du Traité. En effet, c'est la première fois que la Cour envisage les discriminations en raison de la nationalité exercés dans le domaine de l'enseignement par la voie de l'article 128. Avant l'arrêt Forcheri, notamment dans les arrêts Casagrande, Alaimo³ et Michel⁴, la Cour n'a jamais dépassé un raisonnement fondé sur le règlement 1612/68 et sur des arguments qui relevaient surtout du domaine social. Avec l'introduction de l'article 128 la Cour prépare, comme on verra ci-dessous, l'autonomisation du problème de l'enseignement et de la formation professionnelle du point de vue communautaire.

¹ ibidem, p.779

² Forcheri c/ Etat Belge, op. cit., p. 2336, attendu 18.

³ Alaimo c/ Prefet du Rhône, 29/01/1975, aff. 68/74, Rec. 1975, p. 109.

⁴ Michel S. c/ Fond National de Reclassement Social des Handicapés, 11/04/1973, aff. 76/72, Rec. 1973, p. 457.

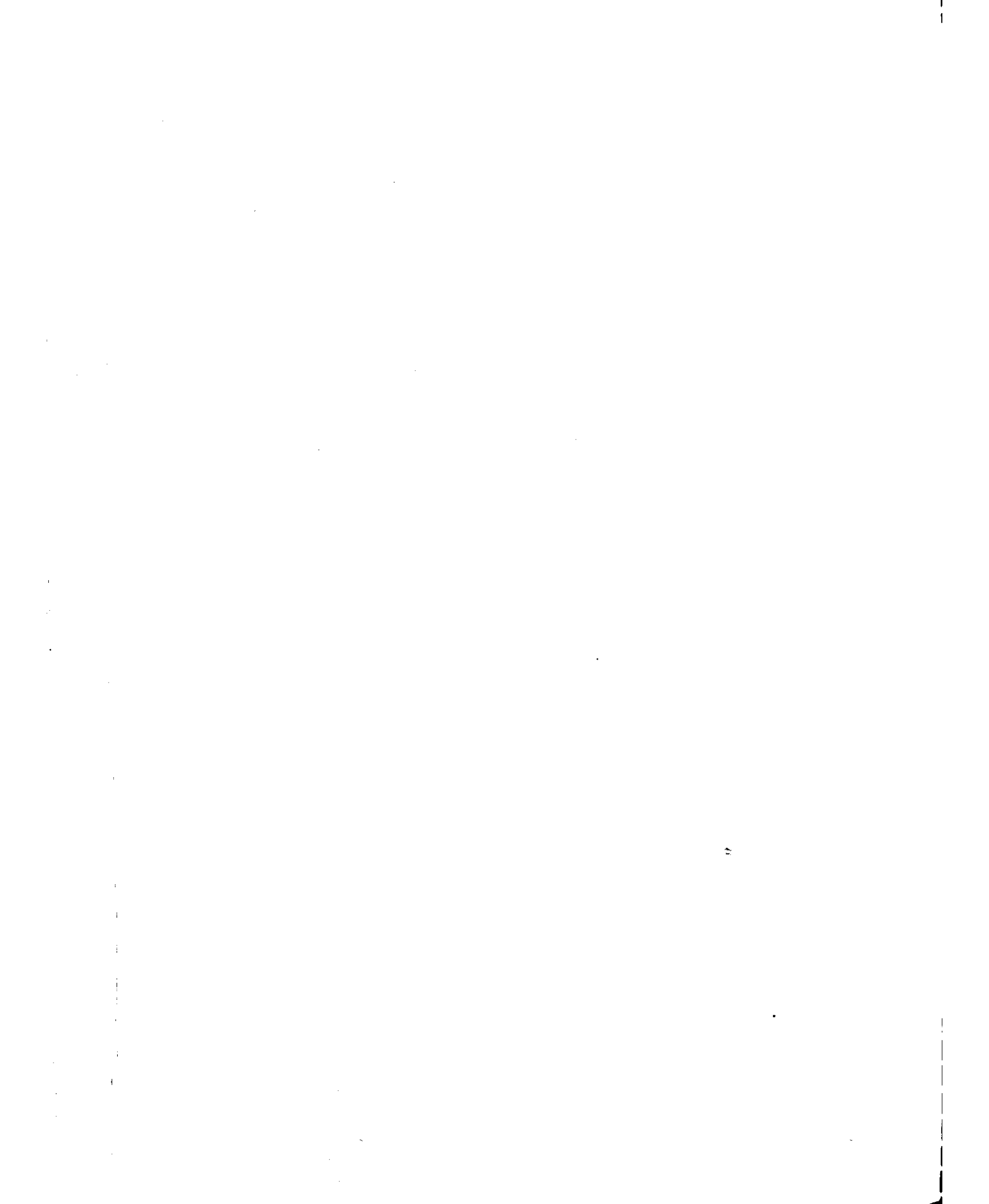


Un autre aspect très important se rapporte à l'utilisation du seul article 7 sur une question de la libre circulation des personnes. Bien que la Cour ait essayé d'établir l'assimilation des fonctionnaires communautaires aux bénéficiaires de la libre circulation, elle n'ose pas se référer à l'article 48 comme base de l'interdiction de la discrimination en cause. Bien au contraire, la Cour adopte une formule dans le dispositif de l'arrêt, où elle considère l'exigence du minerval du ressortissant "licitement installé" comme une discrimination interdite par le seul article 7. Donc, il semble que le dispositif reconnaît à Mme Forcheri un droit propre¹, indépendant de sa qualité d'épouse d'un fonctionnaire communautaire. Et dans cette mesure, seul l'article 7 était invocable. De cette façon, l'article 7 acquiert une portée qui dépasse le cadre des activités économiques, en matière de circulation de personnes, pour s'appliquer à tous ceux qui sont "licitement installés" sur le territoire d'un autre Etat membre et qui sont victimes des discriminations en raison de la nationalité dans le domaine d'application du Traité.

3.L'arrêt Gravier

3. Mlle Françoise Gravier, de nationalité française, et résidant normalement en France, où vivent également ses parents, qui sont eux-mêmes français. En 1982, elle est partie en Belgique afin de fréquenter un cours de quatre ans à l'Académie Royale de Beaux-Arts de Liège, portant sur l'art des bandes dessinées qui fait partie des

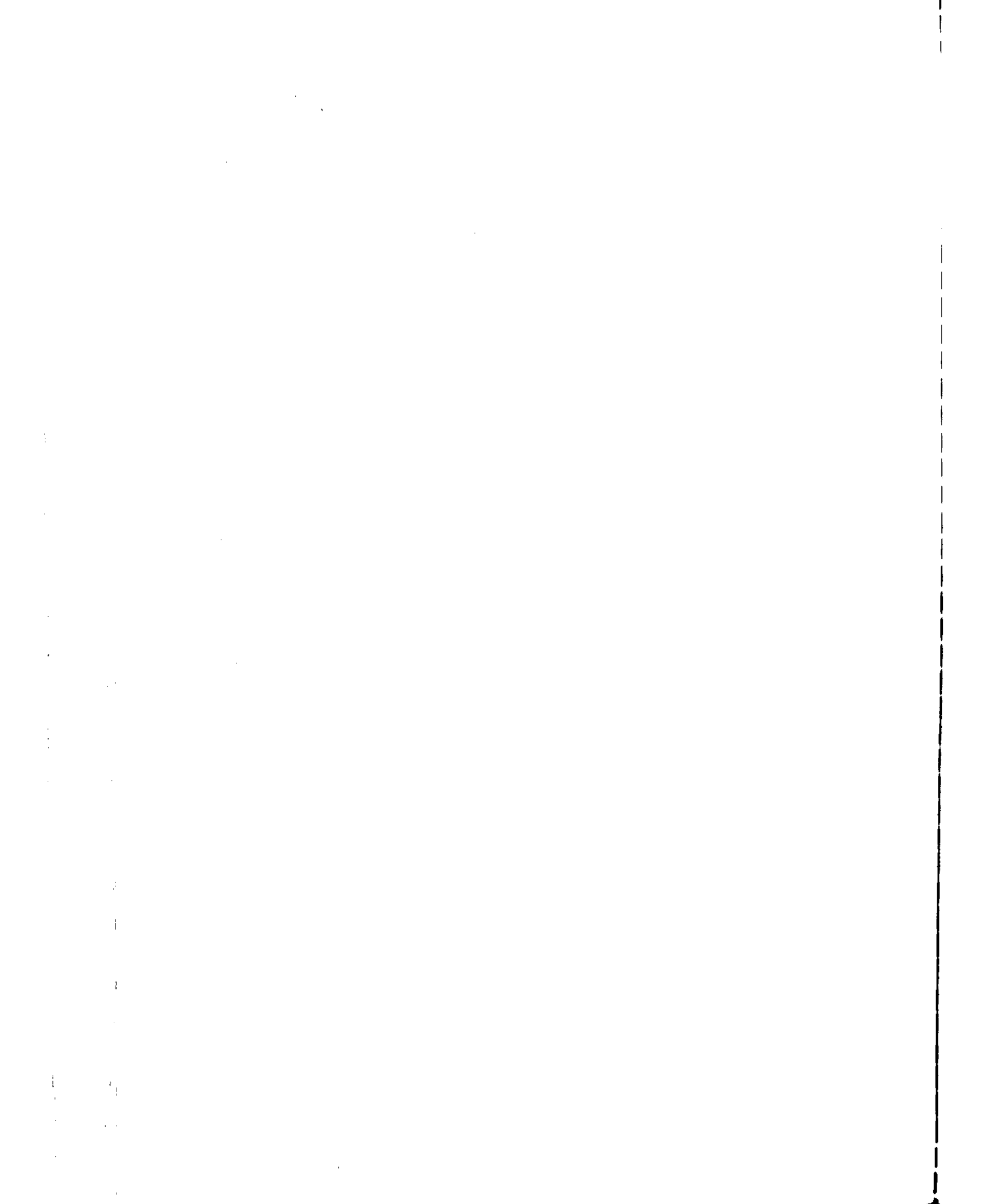
¹ G. Starkie, "Libre Circulation et Enseignement", Cahiers de Droit Européen, 1984, p. 693.



études artistiques assurées par un établissement d'enseignement supérieur non-universitaire.

Au moment de son inscription pour l'année scolaire de 1982/83, elle a dû verser un droit d'inscription, obligatoire pour tous les étudiants, de 10.000 francs belges. En plus, on lui a demandé d'acquiescer le minerval pour les étudiants étrangers, d'un montant de 24.622 francs belges. M^{lle} Gravier a demandé d'être exemptée du minerval et, en attendant une décision, a été autorisée à entreprendre des études dans cette année scolaire. En Octobre de 1983, elle a eu connaissance du refus de sa demande d'exemption. Comme elle refusait toujours de payer le minerval pour l'année de 1983-84, son inscription n'a pas été admise pour cette année-là, ce qui a entraîné l'expiration de son permis de séjour. De ce fait, ses parents se sont vus empêchés de lui envoyer de l'argent en Belgique, au titre de la loi française sur le transfert de devises. Ce problème a été surmonté grâce à l'engagement d'une procédure devant la juridiction nationale belge qui lui a permis d'obtenir un certificat d'inscription provisoire et l'autorisation pour ses parents de lui envoyer de l'argent.

Par cette action en justice, M^{lle} Gravier demandait à la Ville de Liège la dispense du paiement du minerval. La défenderesse a été d'avis qu'il appartenait à l'Etat belge et à la Communauté française, appelés à intervenir, de s'expliquer sur le bien fondé de l'exigence du minerval en ce cas.



Le tribunal de Liège a considéré qu'il était devant un problème d'interprétation du droit communautaire et a, donc, saisi la Cour de Justice sur les questions préjudicielles suivantes:

"1- Est-il conforme au droit communautaire de considérer que les ressortissants des Etats membres de la Communauté Européenne, qui se rendent sur le territoire d'un autre Etat membre dans le seul but d'y suivre régulièrement des cours dans un établissement qui met en oeuvre un enseignement concernant notamment la formation professionnelle, se trouvent, à l'égard de cet établissement, dans le champ d'application de l'article 7 du Traité de Rome du 25 mars 1957?"

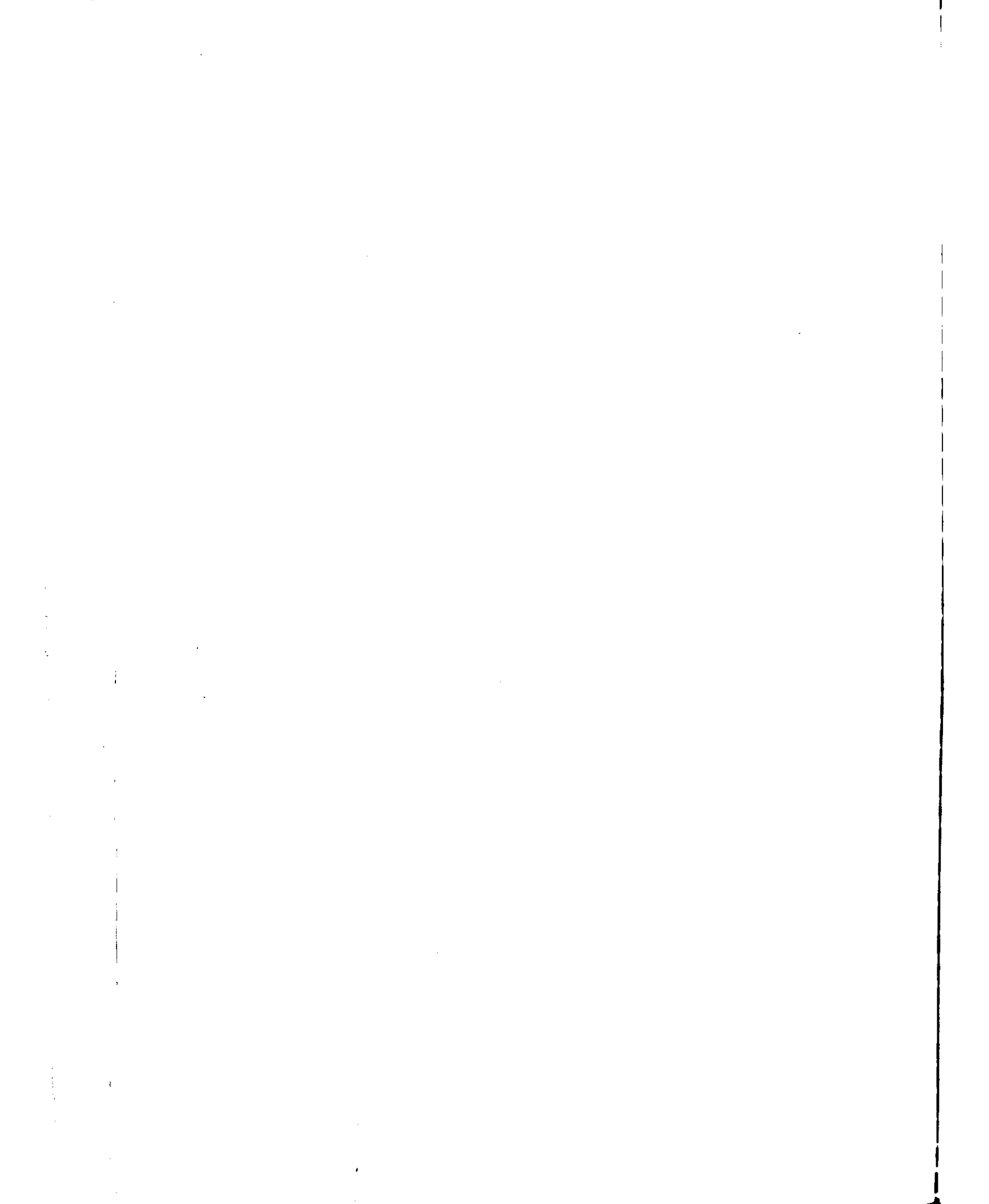
2- Dans l'affirmative, quels sont les critères permettant de décider si l'enseignement de l'art des bandes dessinées tombe dans le domaine d'application du Traité de Rome?"¹

Les voies de décision

4. Compte tenu des arguments des parties principales, des observations des gouvernements étrangers et de la Commission et des conclusions de l'avocat-général, on peut dire que trois possibilités de de solutions s'offraient à la Cour de Justice dans l'arrêt qu'elle devrait rendre dans cet affaire. On va alors énoncer les aspects principaux de chaque une de ces trois positions.

Une première position était soutenue par la Belgique, partie défenderesse, ainsi que par les gouvernements danois et britannique.

¹ Gravier c/ Ville de Liège, op. cit., p. 594.

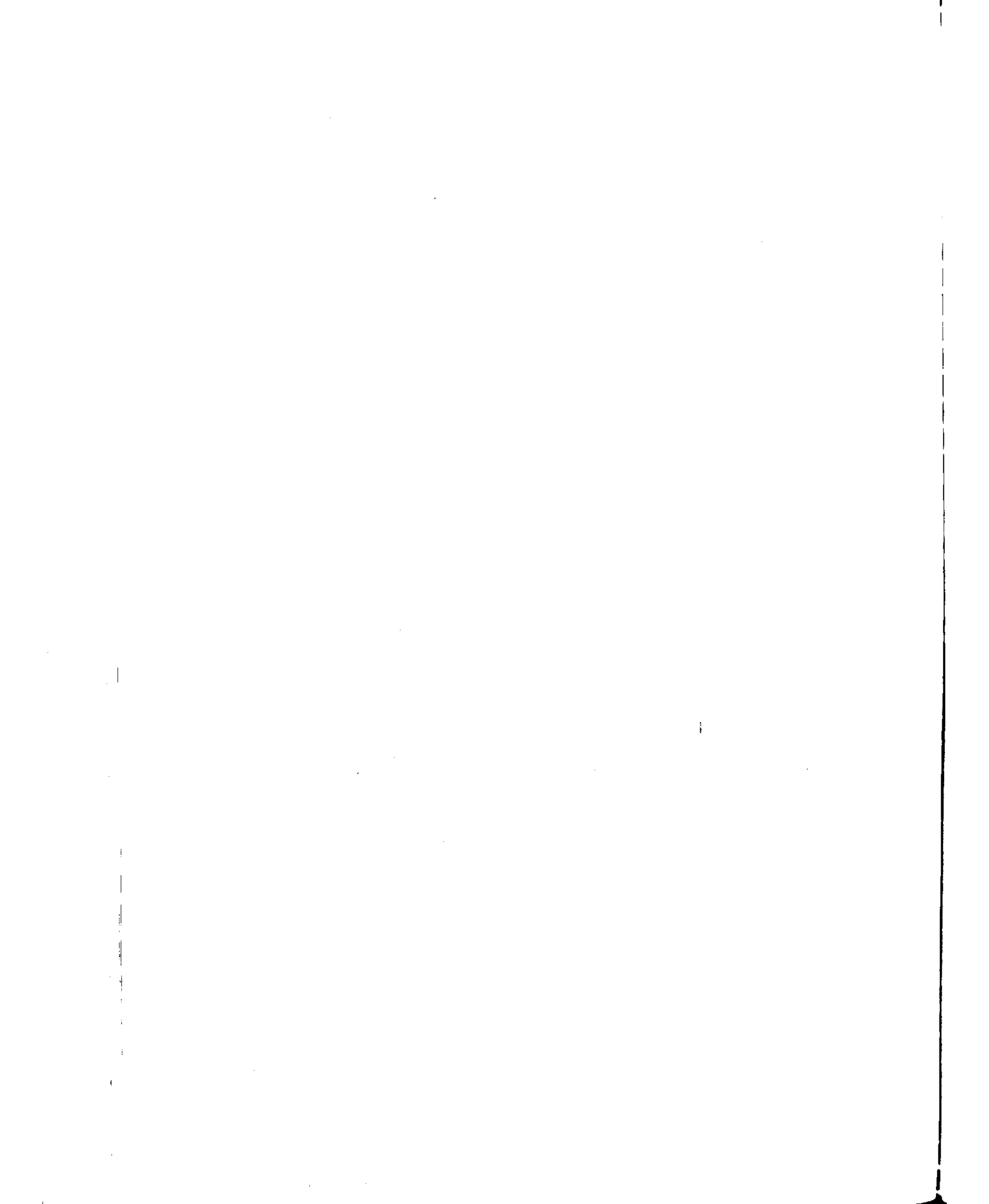


Cette position se basait sur le fait que le minerval n'était qu'une contribution des étudiants étrangers, qui ne payent pas d'impôts en Belgique, au système d'enseignement belge pour éviter qu'un grand afflux d'étudiants étrangers en Belgique n'entraînent de graves problèmes budgétaires. Selon eux, le domaine de l'éducation étant un secteur en grande partie couvert par les finances publiques, il serait normal que ceux qui ne participent pas directement au mécanisme de ces finances publiques, notamment à travers le paiement d'impôts en Belgique, devraient supporter un droit d'inscription complémentaire qui les faisait participer, dans une mesure proportionnelle, aux coûts de cet enseignement.

En plus, ils considéraient que le "Traité ne confère à un ressortissant d'un Etat membre ni le droit de se rendre dans un autre Etat membre pour y poursuivre des études ni d'être admis à fréquenter un cours dans les mêmes conditions, s'agissant du paiement de droits ou du bénéfice d'allocation, que les ressortissants de cet Etat membre"¹. Et que l'article 7, le seul auquel se référait la juridiction belge, était une disposition trop générale pour conférer de tels droits.

En outre, ils soutenaient qu'il n'était pas question d'invoquer les articles 59 et 60 du Traité, relatifs aux prestations des services. L'enseignement, tel que les autres services gratuits assurés par l'Etat, sont fournis au titre de la politique sociale et ne peuvent, donc, tomber dans le champ d'application des articles mentionnés. Dans le cas contraire, on pouvait ouvrir les voies à une

¹ ibidem, p. 596.



discussion dont les implications dépasseraient beaucoup le domaine des droits d'inscription, pour se centrer sur des questions telles que le droit de bénéficier des bourses d'études accessibles aux ressortissants de l'Etat membre d'accueil¹.

Cependant, ils n'excluaient pas l'application des articles 59 et 60 aux établissements privés qui dispensent un enseignement à titre lucratif.

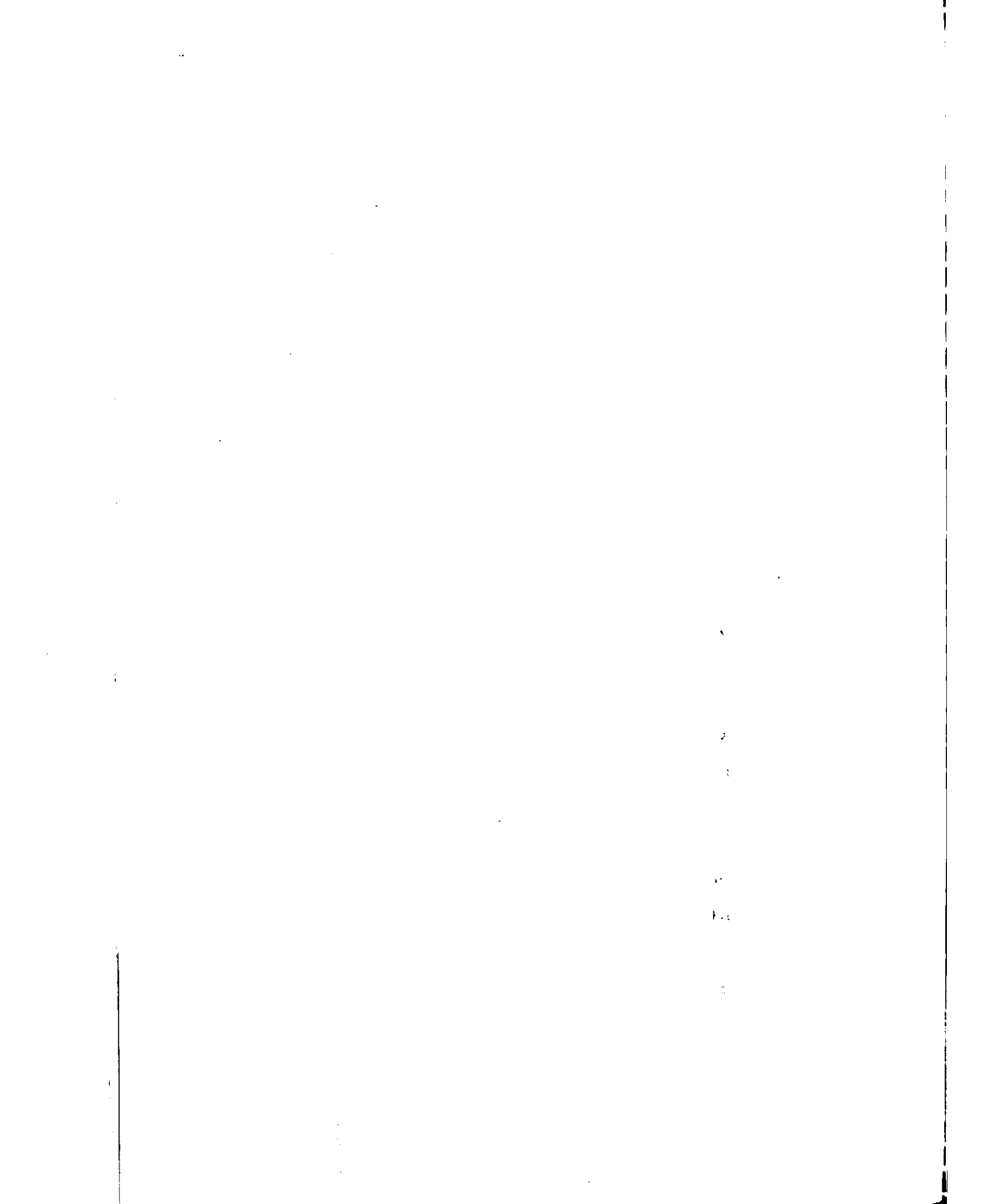
La seconde position comprend les arguments de M^{lle} Gravier, la thèse de la Commission, à titre principal, et la thèse soutenue par l'avocat général, à titre secondaire. Cette position aborde le problème en cause sous l'angle de la libre prestation des services².

En effet, en se basant sur la jurisprudence Luisi et Carbone, qu'on a déjà longuement analysé, et où la Cour a admis que les voyages à des buts d'études, et par conséquent ceux qui se déplacent à fin de suivre des études dans un autre Etat membre, étaient des destinataires des services couverts par les articles 59 et s. du Traité.

Dans cette mesure, l'étudiant a pendant la période d'étude en cause un droit de résidence en tant que bénéficiaire de services selon la directive 73/148 CEE, précité. En plus, le fait de lui imposer un droit d'inscription supplémentaire en raison de sa nationalité est contraire à l'article 60 alinéa 3, tel qu'il a été interprété dans l'arrêt Luisi, parce qu'il est soumis à des

¹ ibidem, p. 597.

² ibidem, p. 597 et 602.



conditions autres que celles que le pays d'accueil impose à ses propres ressortissants.

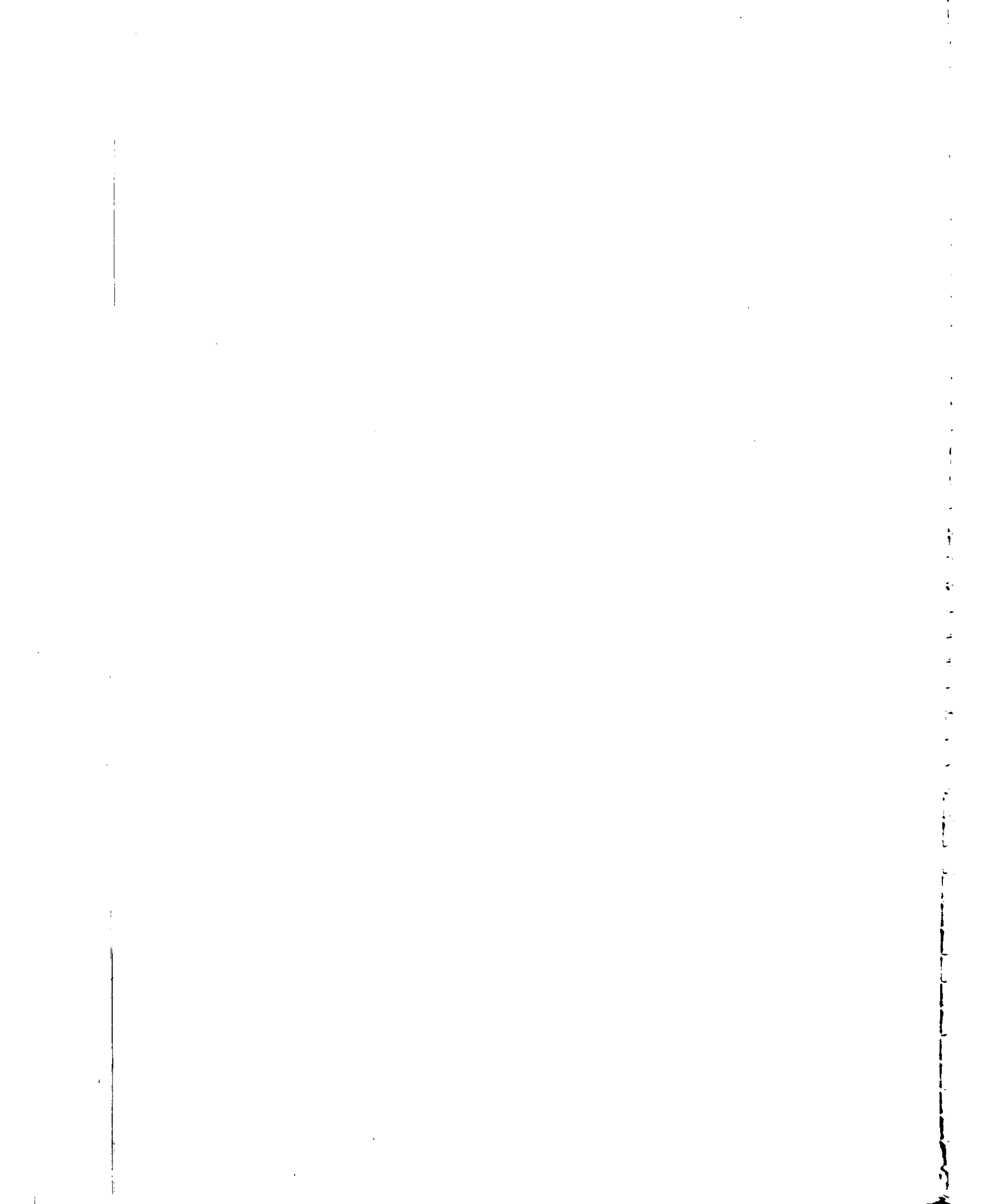
Cependant, l'avocat-général que n'est qu'à titre subsidiaire qu'adhère à cette thèse, soulève une question qui était déjà posée par les tenants de la position antérieure. Il s'agissait de savoir si l'enseignement assuré par l'Etat doit être considéré comme un service. Bien qu'il considère qu'il s'agisse de l'enseignement privé ou public, la nature de la prestation est toujours la même; et du fait que la personne qui dispense le service soit payée, permet que la condition "prestation fournie normalement contre prestation", de l'article 60 alinéa 1, soit remplie; et que l'auteur du paiement du prestataire n'est pas important, l'avocat-général est d'avis contraire, c'est-à-dire, que l'enseignement public n'est pas un service¹.

Cette conclusion, évidemment, met en cause l'unicité d'une solution à un problème où ce qui est en cause, dans le fond, est la condition juridique de l'étudiant dans la Communauté. C'est pourquoi, peut-être, l'avocat-général défend à titre principal une solution fondée sur un raisonnement différent.

L'avis de l'avocat-général

La troisième, et dernière, voie de solution qui s'offrait à la Cour était donc celle proposée à titre principal par l'avocat-

¹ ibidem, p. 603.

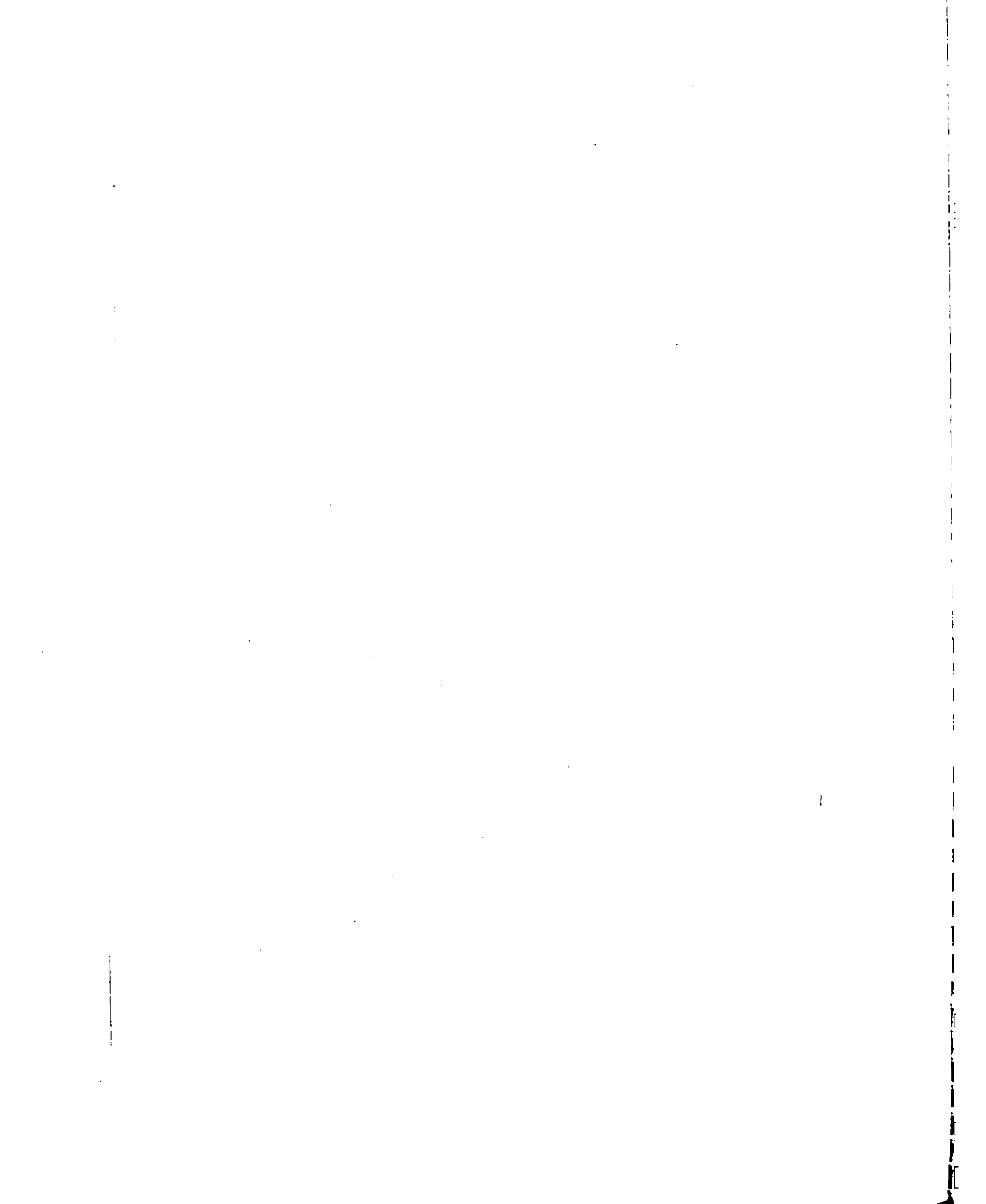


général. Cette position est celle aussi que mieux reprend la logique des questions posées par la juridiction de renvoi.

En effet, M. Gordon Slynn, l'avocat-général dans cet affaire, préfère soutenir à titre principal un avis qui se base dans le seul article mentionné par le tribunal belge, l'article 7¹. En commençant par rappeler que cet article interdit toute discrimination exercée en raison de la nationalité "dans le domaine de l'application du traité" et en constatant tout de suite que le minerval opère une discrimination fondée sur la nationalité, M. Slynn se pose la question de savoir si cette discrimination relève du domaine du Traité.

Bien qu'il se réfère tout d'abord à la jurisprudence Casagrande où la Cour a déclaré que l'enseignement n'était pas de la compétence de la Communauté, l'avocat général préfère envisager son raisonnement en prenant comme point de référence le problème de la formation professionnelle à la fois de continuer sur la voie qui semblait avoir une connexion plus directe avec le sujet concerné, à savoir, la question de l'éducation. En changeant les données du problème, de l'éducation vers la formation professionnelle, en détournant ce qui dans l'essence était vraiment la nature du débat, le sujet de l'enseignement dans la Communauté, M. Slynn est à l'origine d'une jurisprudence qui, comme on verra ci-dessous, porte la Communauté aux limites des pouvoirs dont elle a été investie par le Traité de Rome.

¹ ibidem, p. 598.



L'analyse de l'avocat-général de la relevance juridique de la formation professionnelle dans le contexte du Traité est très proche de celle que la Cour avait fait dans l'arrêt Forcheri. Il commence même par se référer à cet arrêt, pour ensuite mentionner les fondements juridiques utilisés par la Cour en Forcheri pour considérer que la formation professionnelle relevait généralement du domaine d'application du Traité, c'est-à dire, l'article 128 et la décision 63/266 du Conseil établissant les principes généraux pour la mise en oeuvre d'une politique commune de formation professionnelle.

Mais M. Slynne ne conclut pas tout de suite que l'on se trouve dans le domaine du Traité, car il comprend que la situation de fait de cette affaire est différente de celle de l'affaire Forcheri. Tandis que dans ceci la Cour considérait que l'exigence du minerval était interdite puisque la personne en cause était "licitement installée" sur le territoire belge, l'avocat-général se rend compte qu'il va falloir trouver une solution diverse dans la mesure où Mlle Gravier n'avait aucun lien qui lui permettait de rattacher sa situation en Belgique au droit communautaire. En effet, elle n'était ni un travailleur, ni l'enfant, ni l'épouse d'un travailleur¹. Elle s'est déplacée en Belgique, comme le souligne le tribunal de Liège dans sa première question posée à la Cour, "dans le seul but d'y suivre régulièrement des études".

Et pour arriver à une conclusion favorable à l'interdiction du minerval dans le cas d'espèce, M. Slynne ne trouve une autre solution que dire qu'il n'interprète pas "l'arrêt Forcheri comme disant qu'un

¹ ibidem, p. 599.



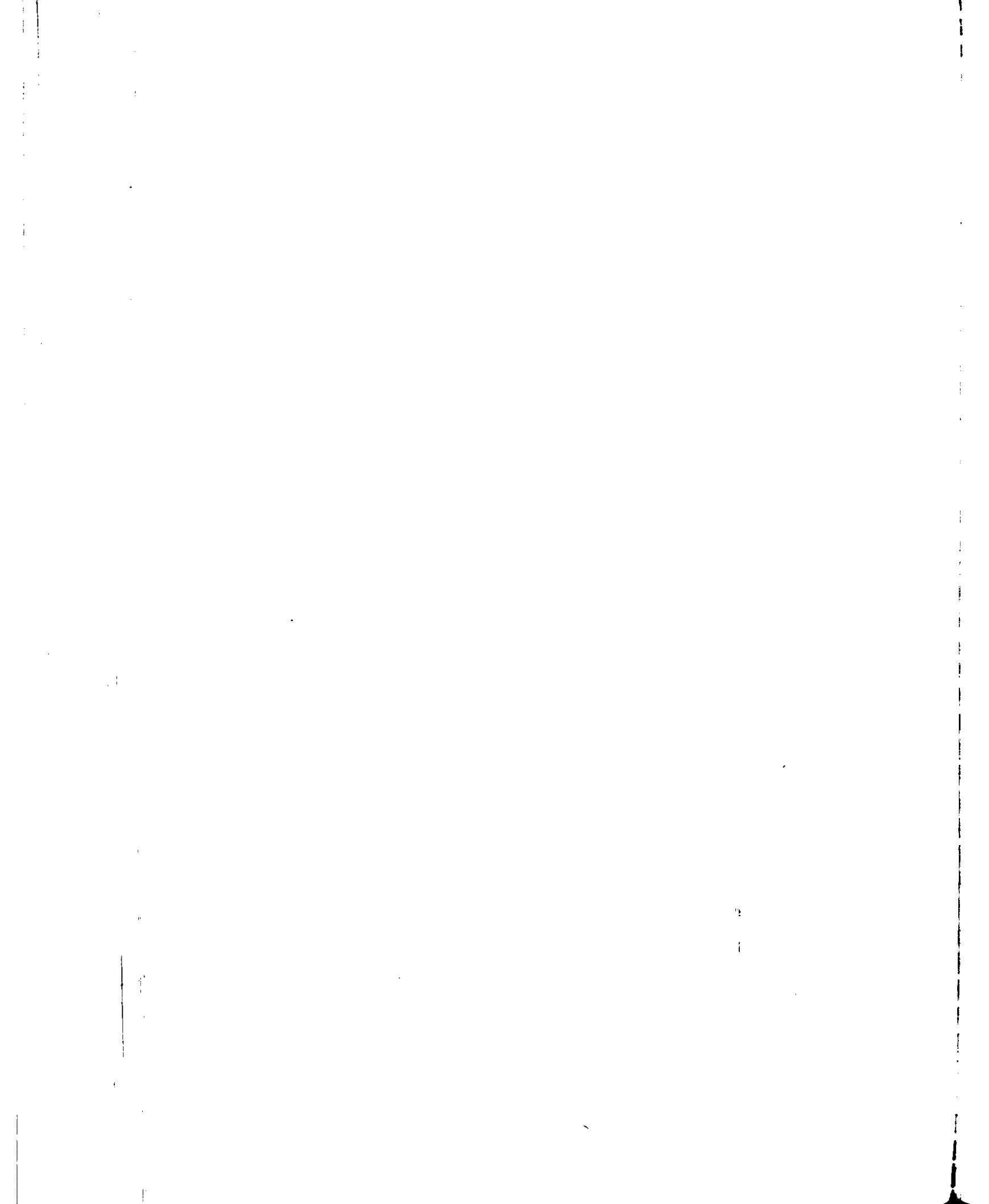
droit de résidence préexistant constitue une condition préalable nécessaire du droit d'entreprendre des études de formation professionnelle particulières"¹. Il considère que la vraie question qui doit être tranchée est celle de savoir s'il est légitime d'exiger d'un ressortissant d'un autre Etat membre des frais d'études plus élevés de ceux qui sont dus par les ressortissants nationaux². Il nous semble que c'est là que M. Slynn prépare le terrain pour opérer un saut qualitatif de la jurisprudence que la Cour devra rendre dans la présente affaire. Ce n'est plus la considération du droit à la formation professionnelle comme un droit de ceux qui sont déjà dans le champ d'application personnel du Traité qui est en cause, mais plutôt la formation professionnelle envisagée comme quelque chose qui, par soi-même, peut permettre aux ressortissants d'un Etat membre d'entrer dans le domaine de la protection du droit communautaire.

Le raisonnement avancé par l'avocat général pour justifier cet autonomisation de la formation professionnelle ne nous semble pas très convainquant. D'une part, il se réfère à un ensemble de dispositions juridiques telles que l'article 128 du Traité, les principes établis par la décision 63/266 et à quelques autres actes non contraignants du Conseil et de la Commission³, auxquels on se référera plus tard, et où le problème de la formation professionnelle est abordé, bien que dans une perspective différente de celle de l'avocat général. D'autre part, M. Slynn considère que la libre circulation des personnes en vue de l'exercice d'une activité économique doit être interprétée dans un sens large, de façon que

¹ ibidem, p. 599.

² ibidem, p. 599.

³ ibidem, p. 600.



ceux qui se trouvent dans une étape qui précède l'entrée dans la vie active, et qui se prépare à cette entrée, puissent aussi bénéficier du droit de la libre circulation dans la mesure où cette extension "représente le corollaire nécessaire du droit de se déplacer pour travailler dans un pays particulier"¹. En plus, l'avocat général considère que l'extension du droit de la libre circulation à ceux qui sont en train d'acquérir une formation professionnelle doit être indépendant de toute preuve de l'intention du bénéficiaire de ce droit de travailler ou de s'établir dans un autre Etat membre dans l'avenir.

Alors, M. Gordon Slynn conclut que même dans les cas où un étudiant se déplace dans un autre Etat membre à fin d'y suivre des études en matière de formation professionnelle, il n'a pas à prouver qu'il était "licitement installé" dans l'Etat d'accueil pour qu'il puisse bénéficier de l'interdiction de l'article 7 en ce qui concerne les droits d'inscription supplémentaires imposés aux non-nationaux.

Cette thèse soutenue par M. Slynn est, en outre, complétée par la nécessité de définir ce qu'il considère comme formation professionnelle. En effet, c'est aussi la réponse à la seconde question posée par le tribunal de Liège. Nous n'allons pas nous référer à cette partie de l'opinion de l'avocat-général, car nous considérons que l'essentiel de sa thèse se trouve dans la partie que nous venons d'exposer et commenter, et parce qu'il nous semble que la question de la définition du concept de formation professionnelle est un sujet très important, puisqu'il définit la portée de la

¹ Ibidem, p. 500.



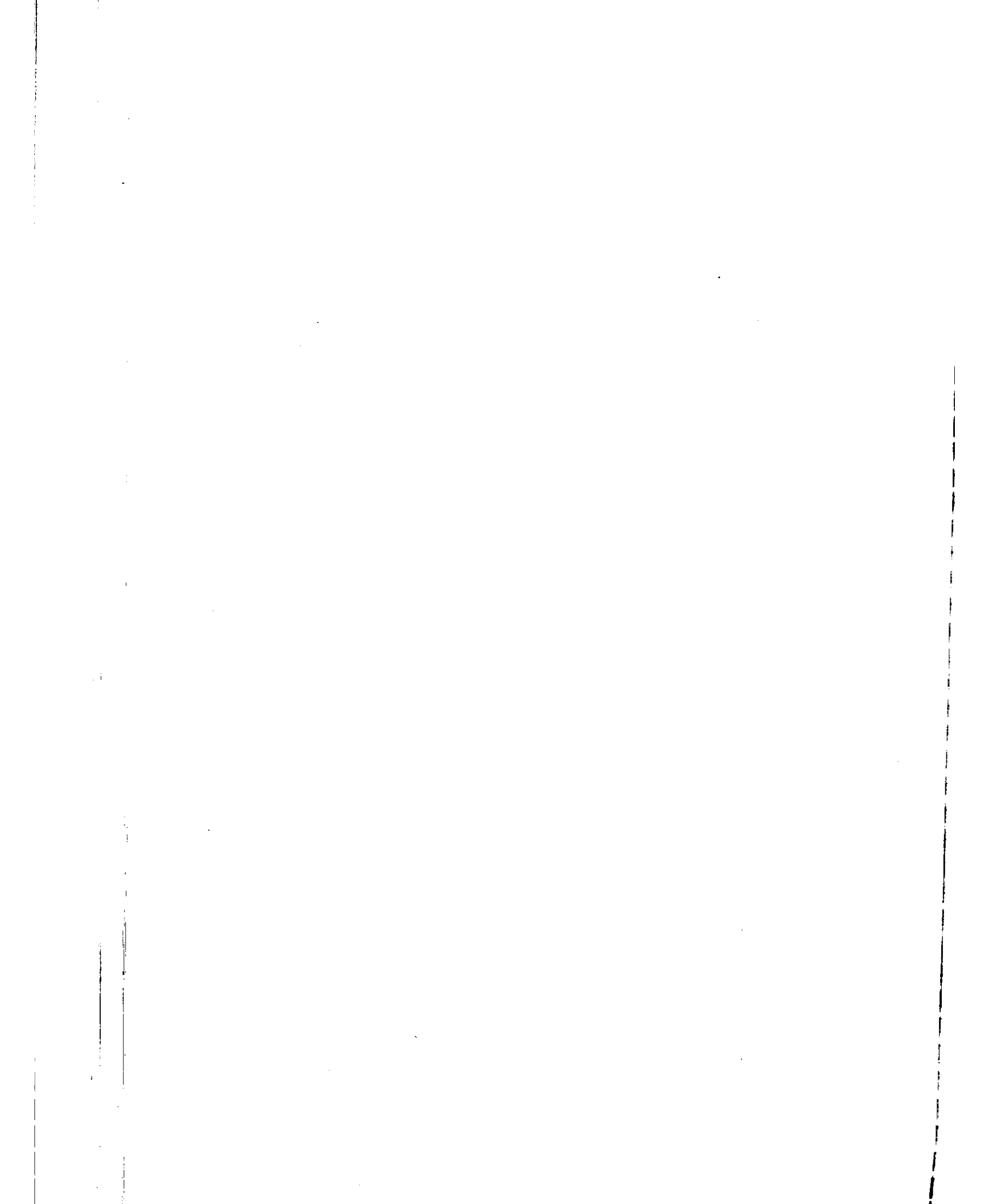
jurisprudence Gravier, et nous voulons, donc, réserver toute une partie à son analyse.

La position de la Cour de Justice

5. Dans l'arrêt rendu la Cour de Justice a choisi de suivre le raisonnement proposé par l'avocat général, à titre principal, c'est-à-dire, la dernière des trois positions qu'on a énoncé.

Le raisonnement fait par la Cour n'est pas aussi complet que celui de M. Slynn. Elle reprend, en essence, les actes législatifs sur lesquels l'avocat-général s'est fondé et aussi le lien fonctionnel entre formation professionnelle et libre circulation des personnes pour conclure que celle-là relève du domaine d'application du Traité.

Ce qui diffère de l'avocat général est le fait que la Cour, quand elle conclut que l'imposition du minerval constituait une discrimination interdite par l'article 7, omet toute référence au fait que la personne en cause n'était pas "licitement installée" sur le territoire de l'Etat d'accueil. Il nous semble étrange, au moins, qu'un aspect comme celui-ci, qui conférerait de la spécificité au cas d'espèce, qui était expressément mentionné par la juridiction de renvoi et duquel l'avocat général s'est longuement occupé dans ses conclusions, ne soit mentionné à aucun moment dans l'arrêt. La raison d'une telle omission nous est inconnue. Nous pensons, toutefois, que la Cour, bien qu'elle était d'accord avec le résultat proposé par l'avocat général, ne trouvait pas très convaincants ses arguments



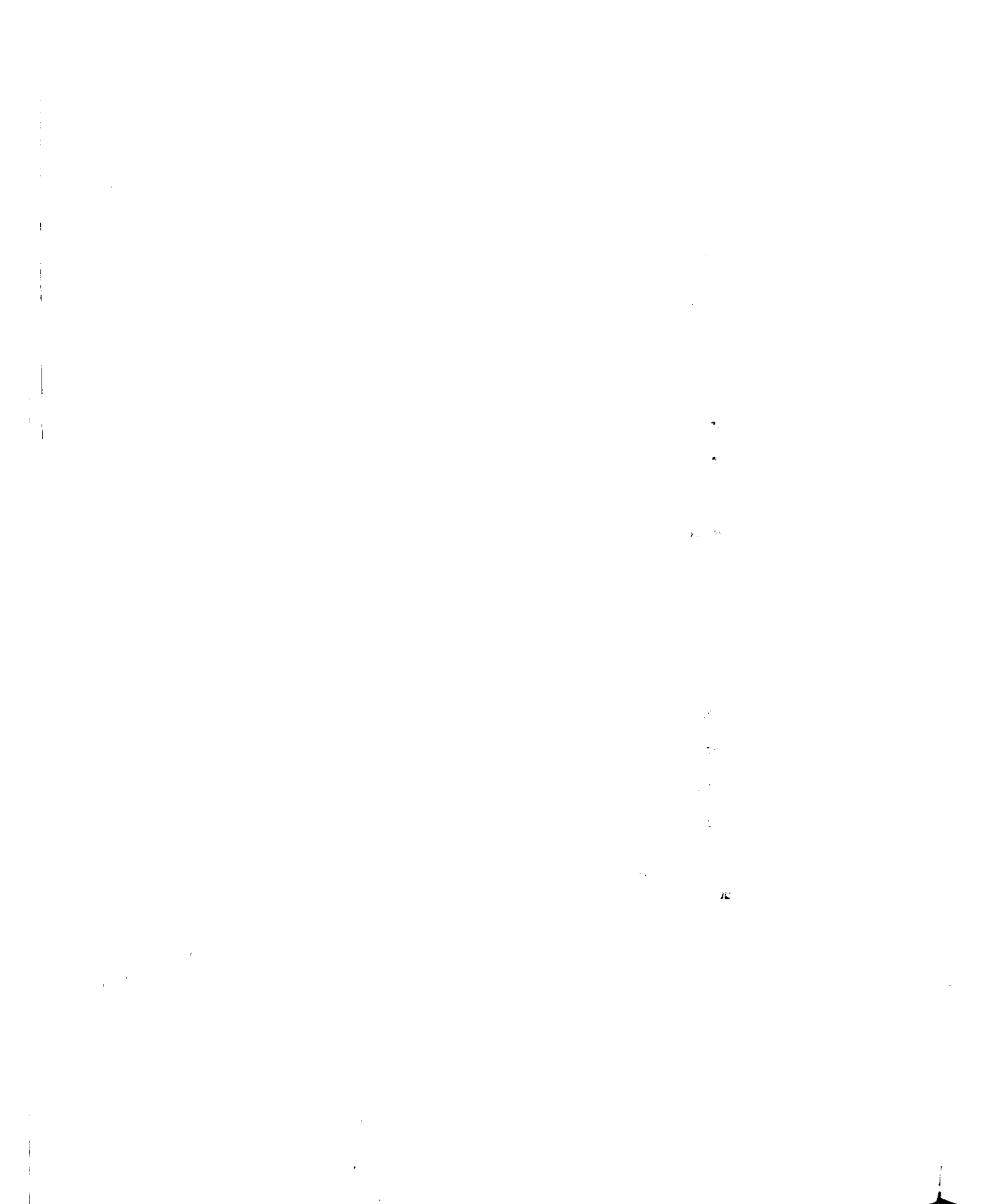
sur ce point du problème. Une autre solution ne nous semblerait pas très crédible.

Ensuite, la Cour passe à la notion de formation professionnelle, et sur ce sujet nous en parlerons ci-dessous.

4. La notion de formation professionnelle

6. Comme nous avons déjà mentionné à plusieurs reprises, le concept de formation professionnelle, tel qu'il résulte de la jurisprudence Gravier et de la suite des affaires post-Gravier, mérite qu'on lui consacre une partie de notre analyse. Du moment que la Cour considère que la formation professionnelle est un sujet qui relève du domaine d'application du Traité et qui, en soi même, peut être la source du bénéfice des règles sur la libre circulation des personnes à ceux qui envisagent la suivre, il est très important de voir ce qu'on entend par formation professionnelle. De sa définition, en effet, dépend la portée et l'étendue de toute la jurisprudence Gravier. Pour cette raison nous allons nous concentrer, maintenant, sur l'analyse de cette notion afin de pouvoir dégager toutes les conséquences juridiques de cette jurisprudence.

Il faut dire aussi que pour la jurisprudence, la notion de formation professionnelle est encore une notion floue. Autrement dit, la Cour a défini ses contours dans l'arrêt Gravier, toujours sur la base de la formule proposée par M. Gordon Slynn, mais l'a fait d'une façon qui soulève encore beaucoup des problèmes pratiques lorsqu'il s'agit de l'appliquer dans un cas d'espèce. Ces difficultés sont le résultat de l'adoption par la Cour d'un concept de formation

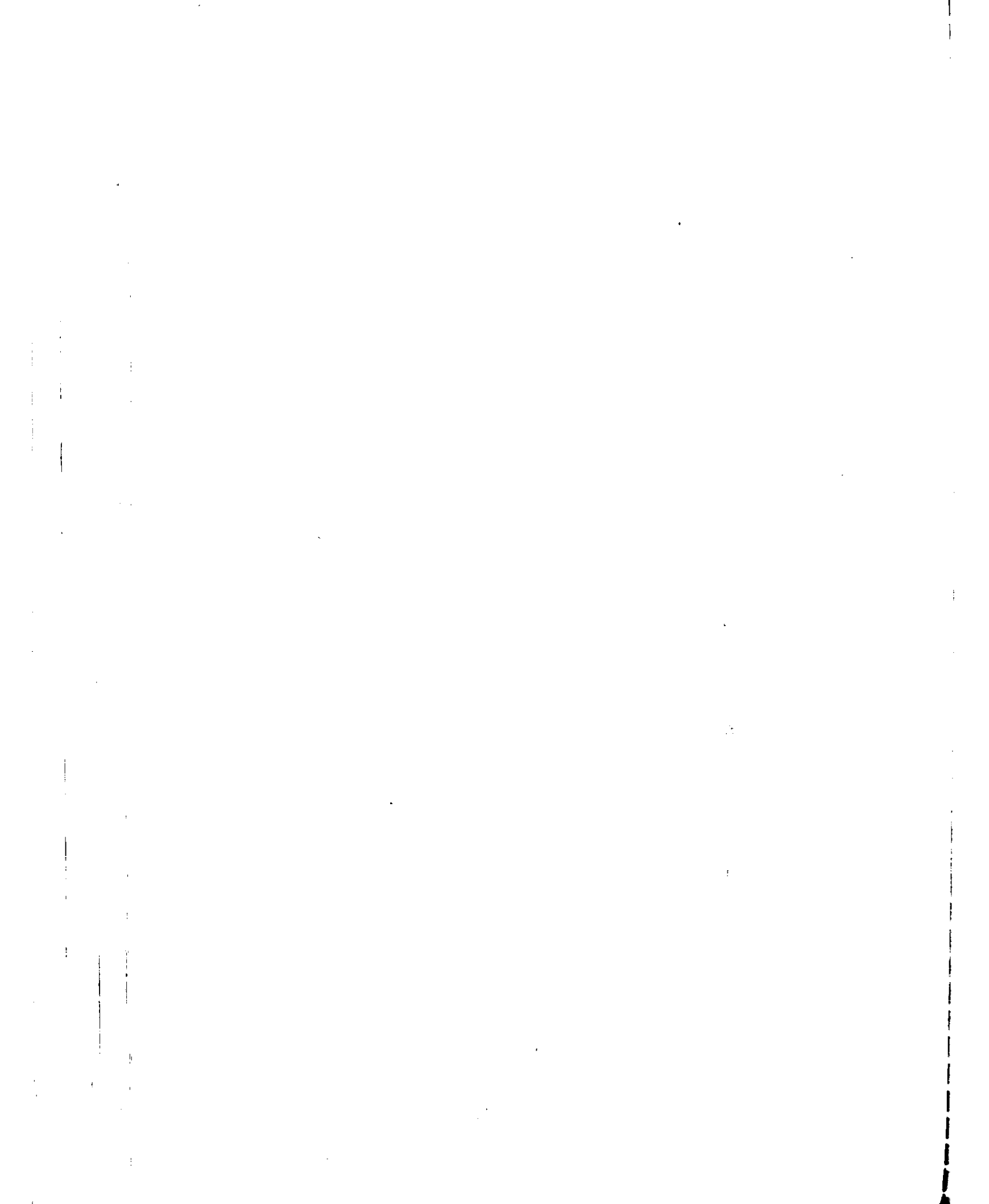


professionnelle qui bouge avec les limites d'une formation qui jusqu'à très peu de temps en avant n'était pas encore considérée comme professionnelle, mais plutôt comme générale ou académique. Dans la mesure où les deux concepts vont se rapprocher, soit par une exigence des temps modernes, soit par son expression au niveau de la jurisprudence de la Cour, des problèmes de délimitation vont se poser ce qui va amener la Cour à mieux préciser l'ambiguïté de la formule essayée dans l'arrêt dont nous nous occupons maintenant.

Dans l'arrêt Forcheri, la Cour n'a pas essayé de donner une définition de formation professionnelle. Peut-être parce que le caractère plutôt professionnalisant du type d'études en cause, qui conduisait à la profession d'assistant social, était plus évident en l'espèce, peut-être aussi parce que la question de la formation professionnelle ne se posait pas d'une façon autonome.

C'est en fait dans l'affaire Gravier que la question va se poser pour la première fois. En effet, déjà la deuxième question de la juridiction de renvoi laissait prévoir que la Cour devait se prononcer sur cette question. La définition de formation professionnelle rendue par la Cour n'est qu'une version modifiée de celle proposée par l'avocat-général dans ses conclusions. Parce qu'il nous semble que dans les modifications introduites à la formule de M. Slynn il y a des aspects qui révèlent une certaine intention de la part de la Cour de Justice, nous allons transcrire toutes les deux définitions proposées. Celle de M. Slynn était la suivante:

"Il nous semble que l'enseignement qui prépare à une qualification pour une profession, un commerce ou un emploi



particulier et y conduit directement ou qui assure la formation nécessaire et confère l'aptitude à exercer une telle profession, un tel commerce ou un tel emploi, lorsqu'aucune qualification formelle n'est exigée, et qui dépasse la formation donnée par l'enseignement général constitue une formation professionnelle. La formation professionnelle ne concerne pas seulement les activités manuelles ou pratiques, mais inclut tous les métiers et emplois. Elle n'est pas non plus limitée à la formation professionnelle supplémentaire ou avancée pour ceux qui occupent déjà l'emploi en question."¹

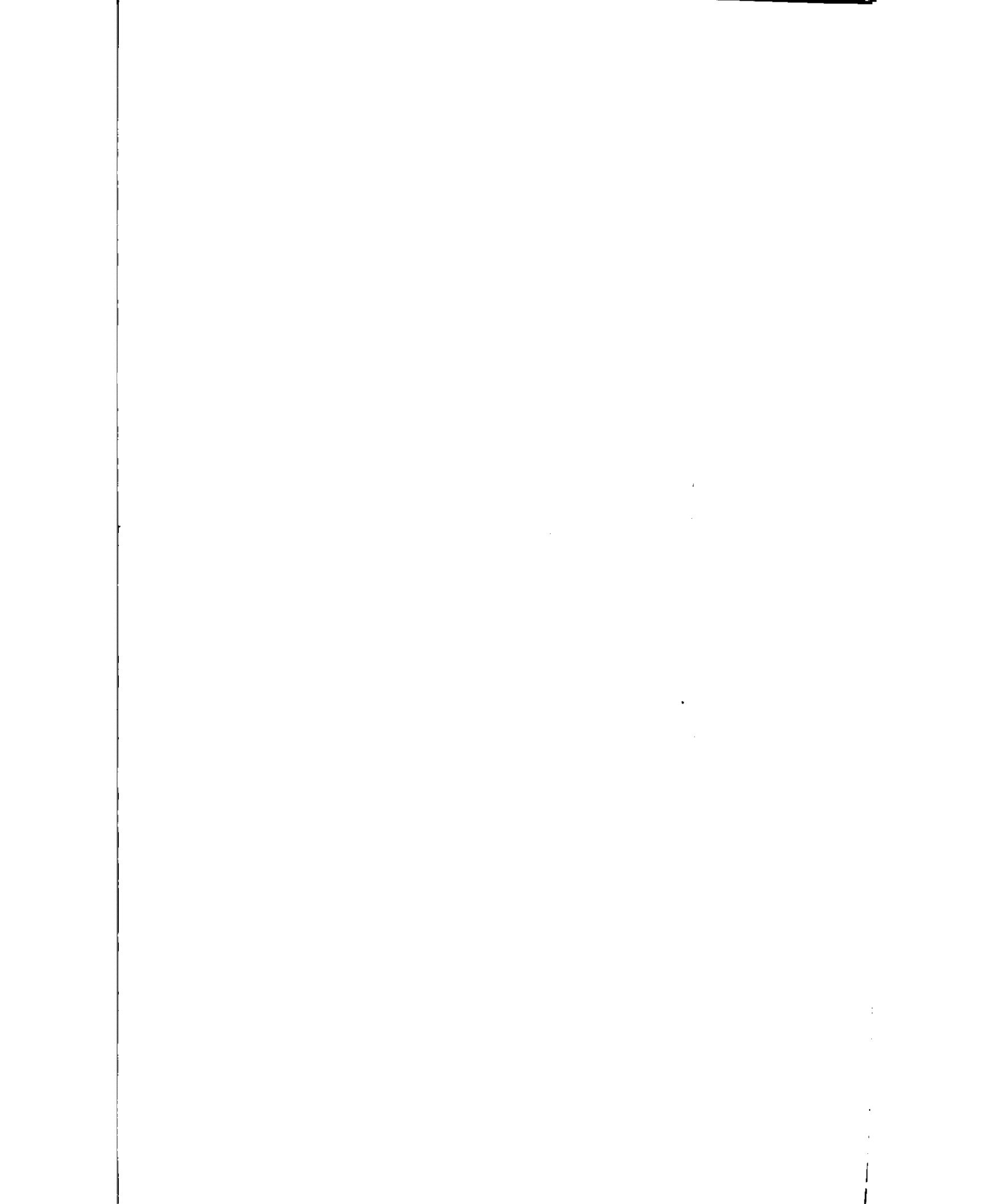
La formule adoptée par la Cour de Justice dans l'attendu n° 30 de l'arrêt Gravier contient que:

"toute forme d'enseignement qui prépare à une qualification pour une profession, métier ou emploi spécifique, ou qui confère l'aptitude particulière à exercer une telle profession, métier ou emploi, relève de l'enseignement professionnel, quels que soient l'âge et le niveau de formation des élèves ou des étudiants, et même si le programme d'enseignement inclut une partie d'éducation générale."²

La première remarque que l'on peut faire sur la définition de la Cour, et qui est aussi faite pour celle de l'avocat général, est le fait d'avoir établi un lien entre l'enseignement et la formation professionnelle. Comme on verra ci-dessous, la formation professionnelle a été envisagée pendant très longtemps comme une réalité très lointaine du système d'enseignement. Elle était

¹ ibidem, p.601.

² ibidem, p.614.

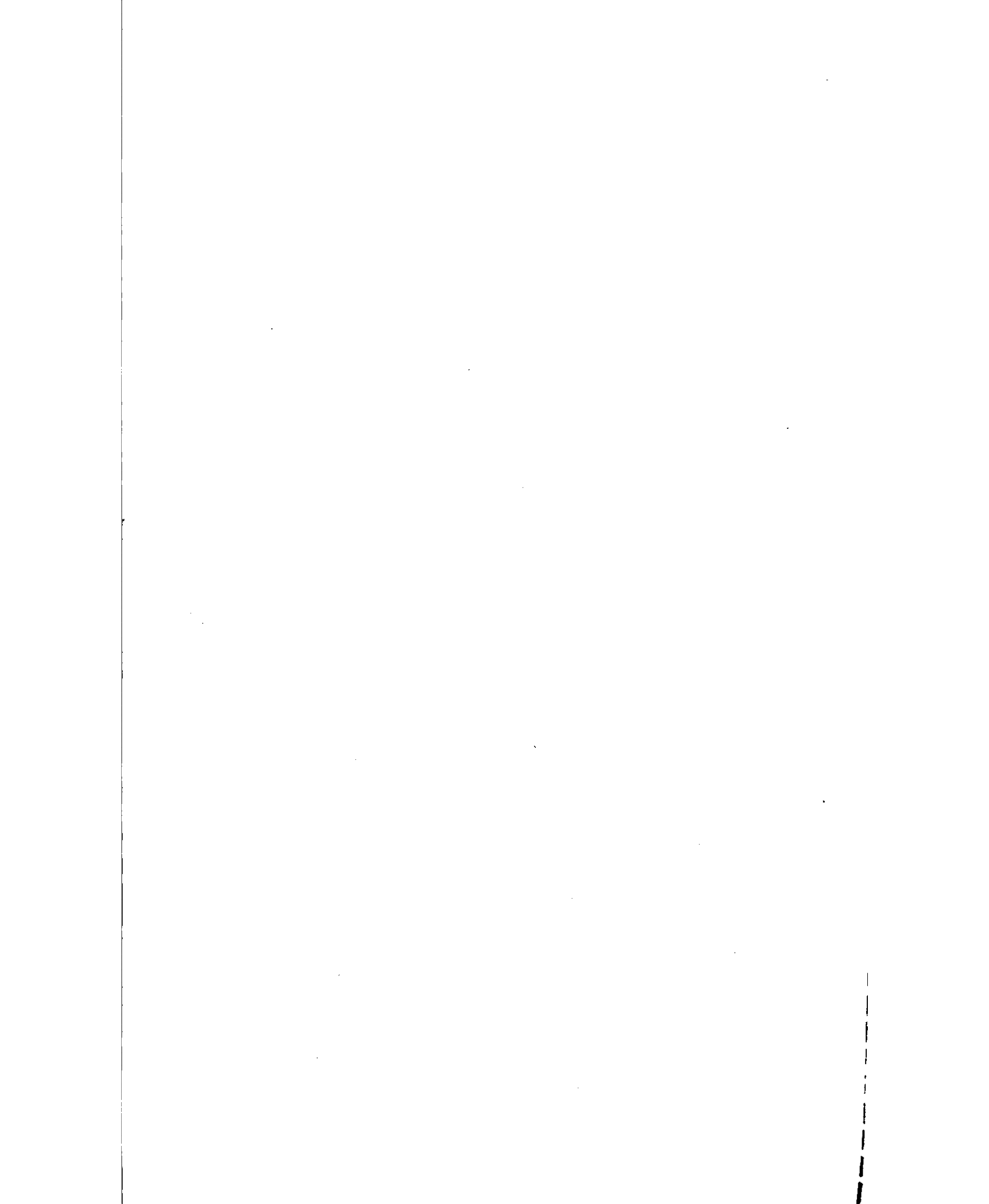


considérée, au niveau communautaire, comme relevant de la politique sociale, comme il en ressort de l'insertion systématique de l'article 128 dans le Traité, ainsi que de la décision 63/266 du Conseil qui de façon claire établit le rapprochement entre formation professionnelle et le monde du travail.

Certes la réalité sociale des dernières années a évolué dans un sens qui a permis de transformer les conceptions dominantes en matière d'éducation et d'enseignement. Ceux-ci ont perdu le caractère purement formatif et abstrait qu'ils avaient auparavant, pour devenir des réalités qui devraient être envisagées plus globalement et en fonction d'une tâche qu'ils remplissaient de plus en plus: la préparation de la jeunesse pour l'entrée dans le monde du travail.

Ainsi, on peut dire que la Cour ne fait que transposer, au niveau du droit communautaire, l'évolution sociale qui s'est produite à propos du concept de formation professionnelle. Ce qui nous semble tout à fait correct, vu que le Droit doit être une science humaine qui doit avoir une fonction à la fois de compréhension et de régulation de la réalité sociale.

Les problèmes soulevés par cette connexion établie par la cour ne se posent que lorsqu'on parle de la portée du lien entre l'enseignement et la formation professionnelle. Et la portée de ce lien doit être recherchée, en premier lieu, dans la formule rendue par l'arrêt. C'est ici que la comparaison entre les définitions de l'avocat-général et celle de la Cour nous semble très utile, dans la mesure où il y a toute une série de situations concrètes dont on peut



se rappeler sans effort, qui semblent entrer dans une définition, mais pas dans l'autre.

En effet, la Cour en reprenant en substance la première partie de la formule de M. Slynn, avec des petites altérations dans la rédaction de celle-ci, omet un fragment de cette première partie que, selon nous, est très important et qui est le suivant: "lorsqu'aucune qualification formelle n'est exigée". Il nous semble que cette expression fonctionnait pour l'avocat-général comme une clause de sauvegarde en ce qui concerne toute une série d'études supérieures, et notamment universitaires, où les études dispensées par l'établissement en cause, si elles constituent une condition nécessaire à l'exercice d'une profession, ne sont pas une condition suffisante à l'exercice d'une telle profession. Nous pensons, par exemple, à des situations comme celles des études en Droit ou en Médecine où celui qui finit ses études à l'université ne devient pas automatiquement avocat ou médecin. Dans presque tous les Etats de la Communauté il faut, en effet, après avoir terminé les études, une période de stage, en des termes et de durée variables d'un pays à l'autre, sans lequel on ne peut pas exercer la profession envisagée, que ce soit comme salarié ou comme indépendant.

Si la Cour avait repris cette expression dans l'arrêt rendu, en tous les cas des études supérieures qui conduisaient à des situations où on trouve de telles exigences, on pouvait toujours invoquer cette clause de sauvegarde pour défendre que ces études ne faisaient pas partie de la formation professionnelle, mais qui relevaient du système d'enseignement en général et, donc, ceux qui voulaient les fréquenter ne pouvaient pas bénéficier des règles du Traité. En

8
10
9
1
12

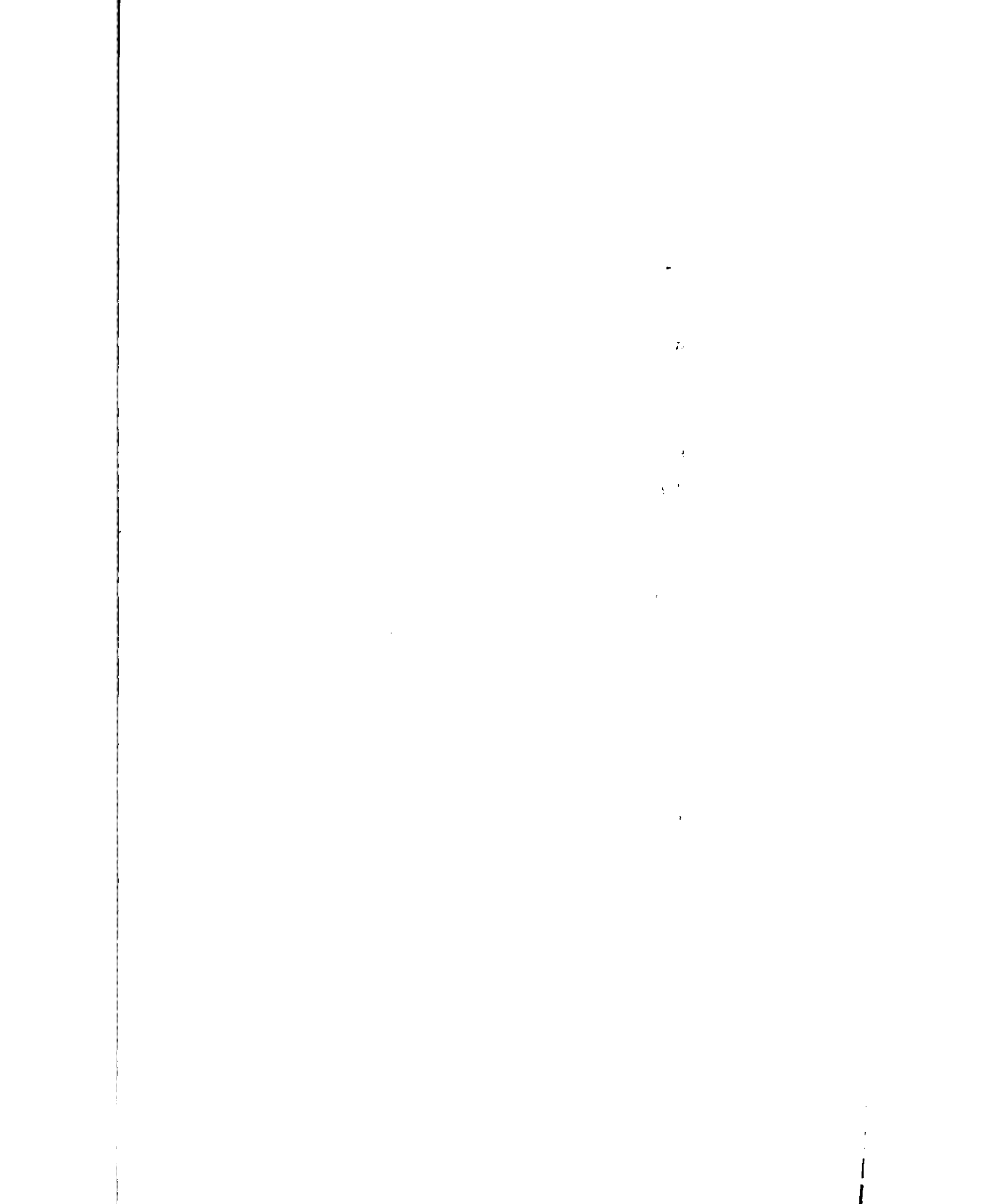
n'adoptant pas ladite clause, nous ne voyons pas comment peut-on éloigner ce genre d'études du cadre de la formation professionnelle dans la mesure où ils "préparent à une qualification pour une profession", par le biais du diplôme délivré, bien qu'ils ne confèrent pas "l'aptitude particulière à exercer une telle profession", qui doit être acquise par la réalisation du dit stage, ce qui pour la Cour n'est pas une condition cumulative, mais simplement alternative¹.

En plus, la deuxième partie de la définition de la Cour ne fait que confirmer l'interprétation que nous venons de défendre dans les cas où des doutes pouvaient surgir en tenant compte des matières suivies pendant les études ou de l'âge de ceux qui suivaient ce genre de cours.

Les post-Gravier

7. Dans les affaires post-Gravier la question de la portée de la notion de formation professionnelle s'est posée surtout parce qu'il s'agissait de l'appliquer à des situations concrètes. Et les termes larges et abstraits utilisés par la Cour dans la définition retenue ne permettaient pas une réponse claire. Par souci de rendre notre analyse concise, nous n'allons pas décrire tous les faits à l'origine de ces affaires, mais simplement rapporter les éléments nouveaux apportés à la discussion.

¹ Du même avis semble être l'avocat-général, M. Gordon Slynn, dans ses conclusions à l'affaire 293/85, Commission c/ Belgique, du 17/09/1987, p. 18, où il a changé sa position initiale en tenant compte de la définition de formation professionnelle de l'arrêt Gravier.



Sans doute la partie plus intéressante du débat est encore une fois celle qui concerne les conclusions de M. Slynn dans l'affaire 293/85, Commission c/ Belgique.

A propos de la polémique qui s'est instaurée dans cet affaire sur l'inclusion de l'enseignement universitaire dans le cadre de la notion de formation professionnelle, deux positions opposées se sont manifestées.

L'une, soutenue par la Belgique et qui considérait la nature académique de l'enseignement universitaire pour défendre qu'il ne pouvait jamais être considéré comme faisant partie de la formation professionnelle, en ignorant en large mesure la notion assez flexible que la Cour a rendu de cette notion. L'autre, défendue par la Commission, qui considérait que tout l'enseignement universitaire relevait de la formation professionnelle. Elle se basait sur le fait que de nombreuses offres d'emploi n'exigent qu'un diplôme de nature universitaire, sans aucune autre condition.

M. Slynn propose que la question de l'enseignement universitaire soit résolue par un critère fonctionnel, en prenant en compte le contenu des cours suivis et de voir si dans leur ensemble ils apportent la qualification requise pour l'exercice d'une activité professionnelle, à la fois de se limiter à un critère strictement institutionnel comme celui proposé par la Belgique.

Dans l'arrêt rendu la Cour ne s'est pas référée à cette question par le fait d'avoir considéré le recours introduit par la Commission, en vertu de l'article 159, comme irrecevable. Elle a eu l'opportunité

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

de se prononcer dans un autre des affaires post-Gravier, l'arrêt Blaizot, sur la question de l'enseignement universitaire.

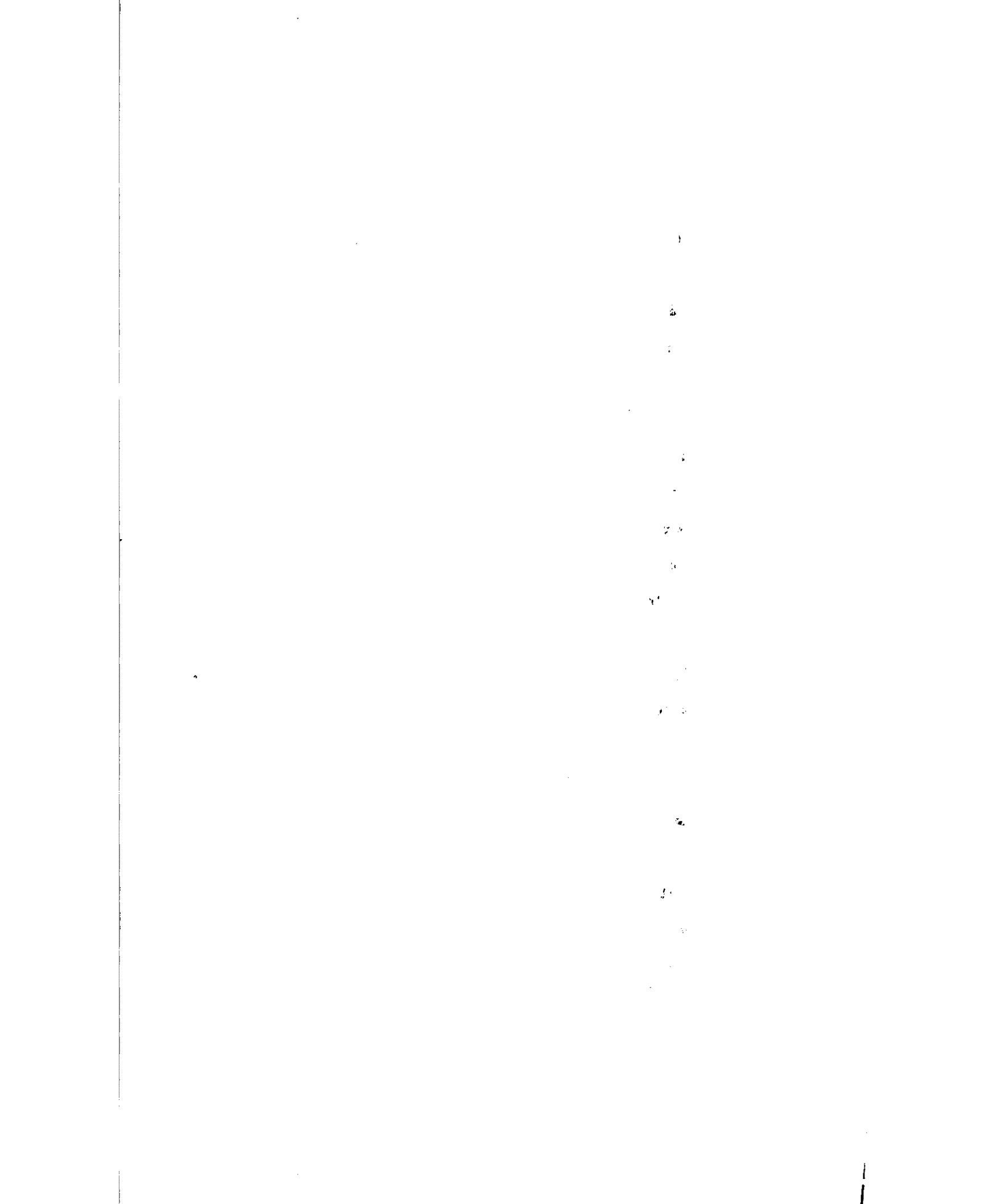
Dans cette affaire, où était en cause la nature des études universitaires en médecine vétérinaire, la Cour après l'analyse du contenu de ces études et la constatation qu'elles confèrent la qualification à l'exercice de la profession, a conclu qu'elles relevaient de la notion de formation professionnelle.

L'intérêt de cet arrêt réside dans le fait que la Cour tranche pour la première fois la question de savoir si l'enseignement universitaire peut relever de la formation professionnelle. Et en répondant par l'affirmative, la Cour fait un pas de plus dans la clarification de la notion rendue dans l'arrêt Gravier, dans la mesure où l'enseignement universitaire pouvait être considéré comme un sujet "tabou", en vertu de la tradition et charge académique dont il se revêt dans la plupart des Etats membres, pour sa considération sous le critère énoncé en Gravier.

L'enseignement supérieur et la notion de formation professionnelle

8. Du point de vue juridique, il nous semble que les conséquences concernant la portée de la notion de formation professionnelle introduite par la jurisprudence Gravier ne sont pas encore épuisées.

En effet, nous considérons que le problème doit être envisagé dans une perspective beaucoup plus globale et qui concerne tout l'enseignement supérieur. Même en absence d'une recherche effectuée



sur les systèmes d'enseignement des Etats membres, il n'est pas difficile de savoir que d'une façon générale les études supérieures sont des études terminales par rapport à la grande majorité de tous ceux qui les fréquentent. Parmi ceux-ci, la majorité a envie d'entrer dans le marché du travail.

Dans le cas des études dans le domaine des sciences technologiques ou des sciences naturelles, le lien entre le type d'études effectués et le type d'activité professionnelle sur laquelle celles-ci débouchent, devient plus net en vertu du caractère fortement technique des cours suivis. Et, donc, il devient plus facile de reconnaître qu'ils remplissent une fonction de formation professionnelle dans le sens qu'ils préparent à l'exercice d'une ou plusieurs professions.

C'est aussi la raison par laquelle dans de nombreux Etats membres une partie de ce type d'études ne sont pas considérées comme universitaires, mais comme des études supérieures tout court. En effet, et bien que la distinction entre études supérieures universitaires et non-universitaires devienne de moins en moins importante, on peut dire qu'elle se fonde soit en raisons de la tradition, il appartient à l'université le type d'études qu'autrefois étaient considérées comme les plus importants, soit en raison du fait qu'en général dans les études universitaires on insistait un peu plus sur une composante générale, tandis que dans les études non-universitaires on se préoccupait plus en fournir une bonne formation technique sur le sujet des études concernés. Du moment où la Cour a reconnu que les études universitaires, bien qu'elles comprennent une partie de formation générale, doivent être considérées comme relevant

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

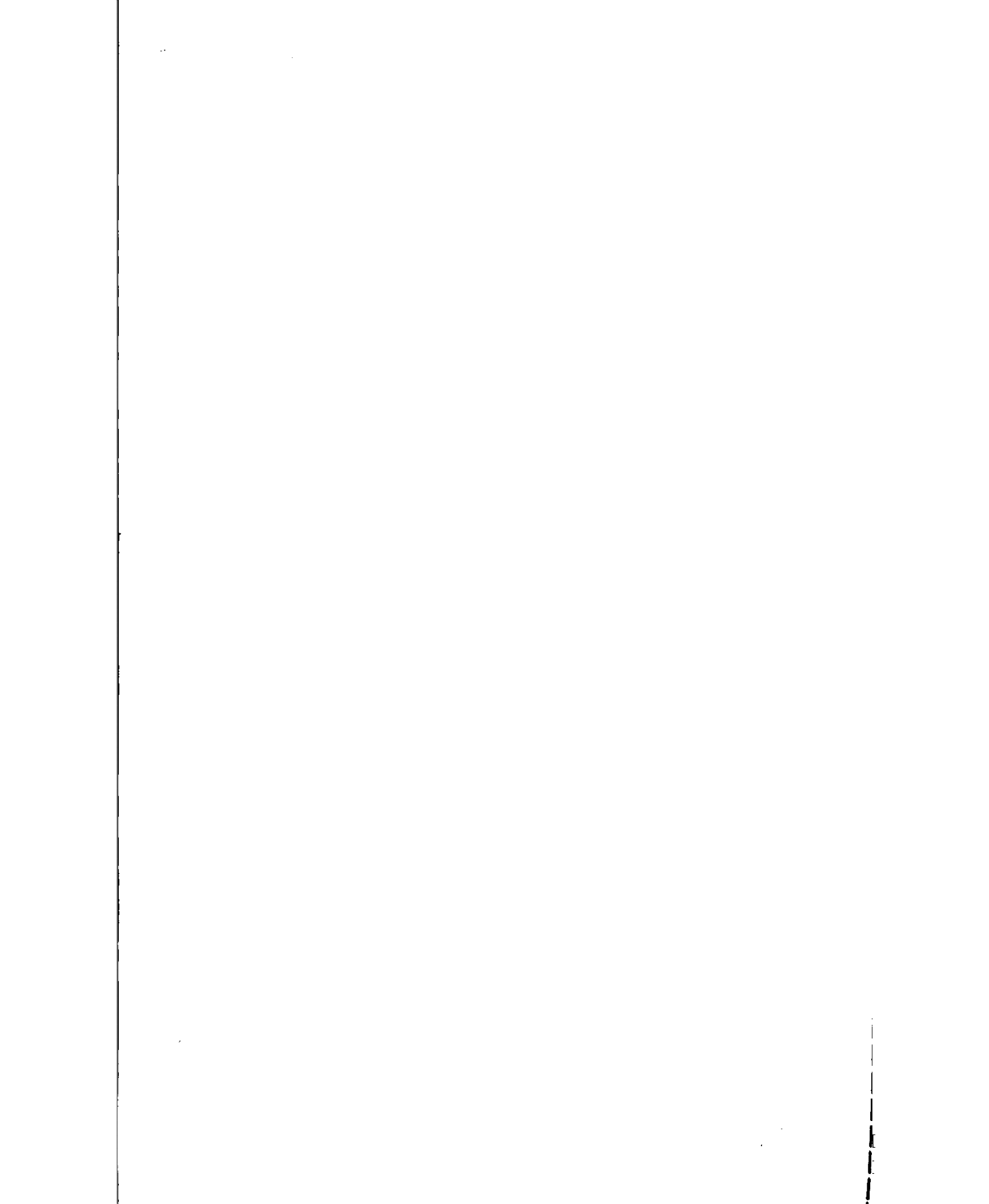
de la formation professionnelle s'ils remplissent le critère de Gravier, il nous semble que toutes les études universitaires dans le domaine des sciences exactes sont des études que relèvent de ladite formation.

Ainsi, il nous semble qu'au niveau des sciences exactes toutes les études supérieures sont des cours possibles d'être couverts par la notion de formation professionnelle dans la mesure qu'après la délivrance du diplôme, l'intéressé est en état potentiel de trouver un emploi ou un métier, ou d'exercer une profession, en vertu de la formation et des connaissances acquises.

La possibilité d'exercer une activité professionnelle déterminée pourrait être moins évidente dans les études qui se rapportent aux sciences humaines, comme par exemple, les études de langues classiques, de littérature ou de philosophie. M. Slynn aborde aussi cette question¹ mais en termes qui nous semblent critiquables. Il considère que si ces cours visent principalement des questions de culture générale et ne présentent pas un lien suffisamment direct avec l'aptitude pour l'exercice d'une profession spécifique, ils doivent être considérés comme des cours relevant de l'éducation générale, à moins qu'il soit possible que certains d'entre eux permettent l'obtention de la qualification d'enseignant.

Nous croyons, au contraire, que ces cours sont suivis par des personnes qui normalement deviennent enseignants et que le fait d'autres personnes les suivent pour des questions de culture générale

¹ Dans les conclusions présentées à l'affaire 293/85, Commission c/ Belgique, p. 19-20.



ne suffit pas à exclure leur nature de formation professionnelle. Même que dans certains Etats membres on exige pour devenir enseignant la réussite à un certain nombre d'examens ou de stages, il nous semble que les cours universitaires en cause se présentent toujours comme constituant une condition nécessaire à l'exercice de la profession d'enseignant.

En plus, il y a un argument, presque empirique, et qui s'applique à toute sorte d'études supérieures qui nous fait penser qu'il n'y a pas d'études qui puissent se situer hors du concept de formation professionnelle tel qu'il a été défini par la Cour. L'argument repose sur le fait que tous les étudiants, ou presque tous, quand ils envisagent d'entrer dans un établissement supérieur, le font en fonction de l'exercice d'une certaine profession. Et cela c'est le critère qui normalement les conduit à choisir un certain cours par rapport à un autre. Même si après la conclusion des études, ils ne peuvent pas trouver l'emploi désiré, par des questions qui se prennent surtout avec le problème du chômage dans les sociétés modernes, cela n'empêche pas le fait qu'en des conditions normales ils seraient en conditions d'occuper ledit emploi.

Donc, nous pensons que soit par les termes larges de la définition de formation professionnelle rendue, soit par le fait que les études supérieures, universitaires ou non-universitaires, préparent ceux qui les suivent à l'exercice d'une profession, la portée de la définition de formation professionnelle inclut tout l'enseignement supérieur.

18

19

20

21

22

23

24

25

26

27

28

29

30

31

32

33

34

35

36

37

38

39

40

41

42

43

44

45

46

47

En outre, il y a des cas où des formes d'enseignement secondaire peuvent être considérées comme relevant aussi de la notion de formation professionnelle, tel qu'il a été reconnu par la Cour dans l'arrêt Barra¹. Toutefois, nous considérons qu'au niveau de l'enseignement secondaire la plupart des études ne sont pas susceptibles de relever de l'arrêt Gravier car ce type d'enseignement s'oriente de plus en plus vers la formation générale des étudiants. Les cas des cours qui préparent à l'exercice d'une profession sont normalement exceptionnels et sont suivis dans des écoles spécialisées.

5. Les conséquences juridiques de l'arrêt

Dans le chapitre III de la première partie de notre dissertation nous avons dit que les deux principes fondamentaux en matière de libre circulation de personnes sont le droit d'entrée et de séjour et le principe de la non-discrimination².

Nous croyons que l'analyse des conséquences juridiques de la jurisprudence Gravier doit aussi être réalisée à la lumière de ces deux principes énoncés. En effet, dès le moment où la Cour trouve une solution juridique comme celle qui a été exposée, c'est par le biais de ces principes qu'on peut mieux se rendre compte des répercussions de l'arrêt en matière de circulation des personnes dans la Communauté.

¹ Barra et autre c/ Etat Belge et Ville de Liège, op. cit.

Dans cet affaire il s'agissait des études effectuées à la section armurerie de l'Institut communal d'enseignement technique de la fine mécanique, de l'armurerie et de l'horlogerie de la ville de Liège. Les études étaient considérés en Belgique comme des études secondaires, techniques et professionnelles.

² supra, p. 26

2

20

21

22

23

24

25

26

27

Le droit d'entrée et de séjour

10. On a vu comment la Cour a établi le lien entre l'enseignement et la formation professionnelle. On a exprimé notre avis selon lequel tous les études supérieures sont, depuis l'arrêt Gravier, susceptibles de remplir les conditions pour être considérées comme des études de formation professionnelle. Dès le moment où la Cour considère la formation professionnelle d'une façon autonome, ce qui veut dire qu'il est reconnu le droit de libre circulation à ceux qui veulent la poursuivre, tous ceux qui le font rentrent dans le champ d'application du droit communautaire.

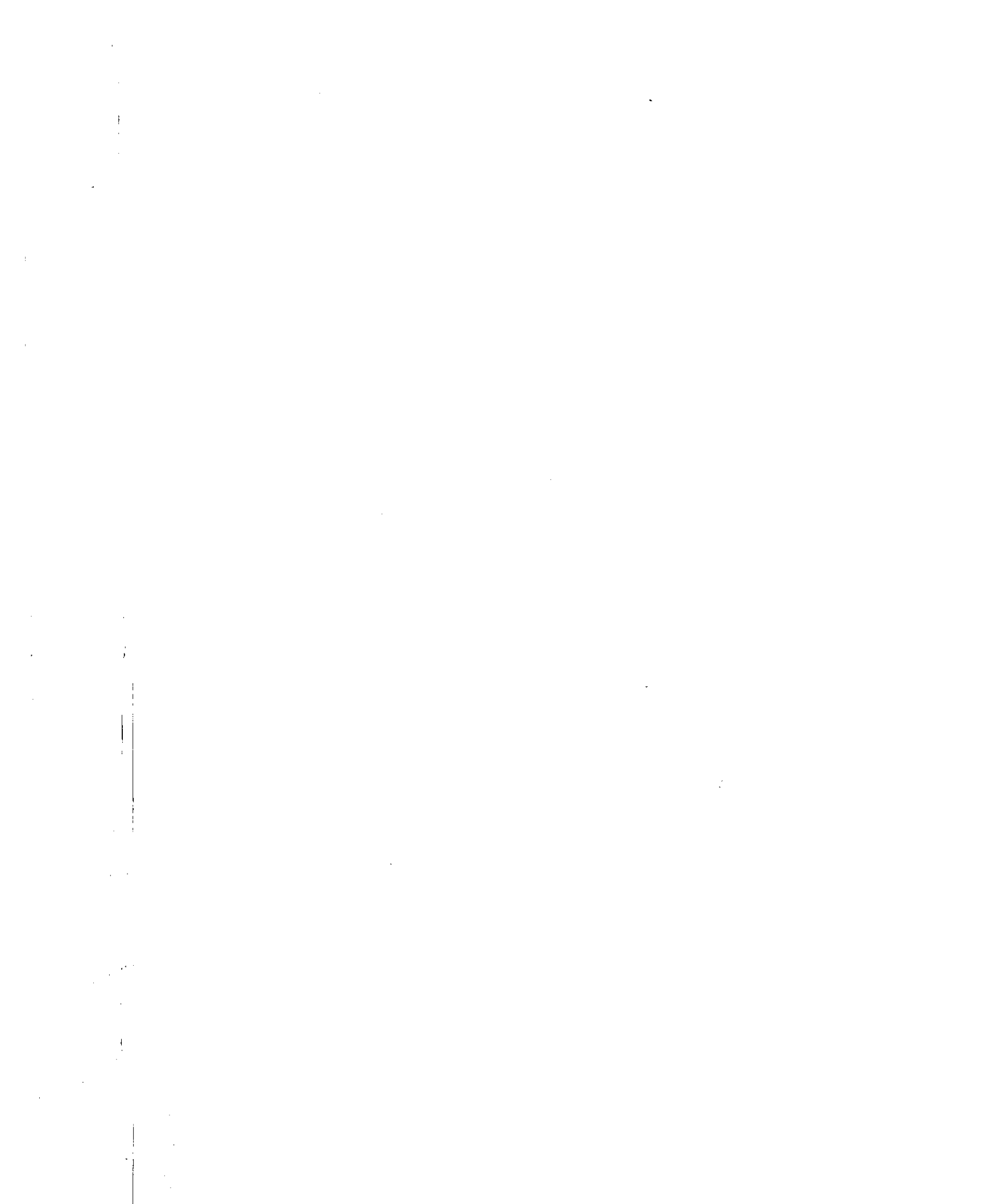
De ce fait, cette catégorie de personnes, les étudiants de l'enseignement supérieur, et un nombre réduit d'étudiants de l'enseignement secondaire qui poursuivent des études professionnelles, sont des bénéficiaires du droit d'entrée et de séjour dans les mêmes conditions que les autres bénéficiaires du droit communautaire¹.

En effet, il s'agit d'une conséquence inévitable découlant du fait que ces étudiants sont couverts par la politique de formation professionnelle. Et la Cour ne pouvait pas ignorer cette conséquence, parce que la Belgique, dans ses observations dans l'affaire Gravier, a justement soulevé ce point².

Donc, on trouve une autre catégorie de personnes, les étudiants de l'enseignement supérieur, qui sans doute ne poursuivent pas une

¹ Du même avis, S. Van Raepenbusch, op. cit., p. 515

² Gravier c/ Ville de Liège, p. 596.



activité économique, mais qui bénéficient aussi du droit de libre circulation dans la Communauté. Une fois de plus, la Cour de Justice réussit à élargir le nombre potentiel des ressortissants communautaires qui peuvent bénéficier de la liberté d'entrée et de séjour sur le territoire d'un autre Etat membre. Telles que dans l'affaire Levin et dans l'arrêt Luisi, déjà analysés, le problème de la portée du droit de séjour est affecté par la jurisprudence de la Cour.

En plus, on peut dire que c'est la première fois que la Cour élargit le bénéfice du droit de séjour d'une façon indépendante de l'exercice d'une activité économique. Si dans les arrêts Levin et Luisi, la Cour se préoccupait encore d'établir des connexions entre les personnes en cause et la notion de travailleur, dans le premier cas, et le problème de la libre prestation de services, dans le second, cette dimension est complètement absente dans l'arrêt Gravier. Il n'y avait, comme on a vu, aucun lien entre M^{lle} Gravier et l'exercice par elle, ou par ses parents, d'une des formes d'activités qui font bénéficier du droit de libre circulation.

Sur cet aspect aussi, nous croyons que l'arrêt Gravier est profondément révolutionnaire car il remet en cause les concepts les plus élémentaires sur lesquels la Communauté repose. Le "subtil et complexe faisceau d'influences qui existe entre le juge et le législateur communautaires"¹ est de nouveau très perceptible dans la jurisprudence de la Cour de Justice.

¹ G. Druesne, op. cit., p. 560.



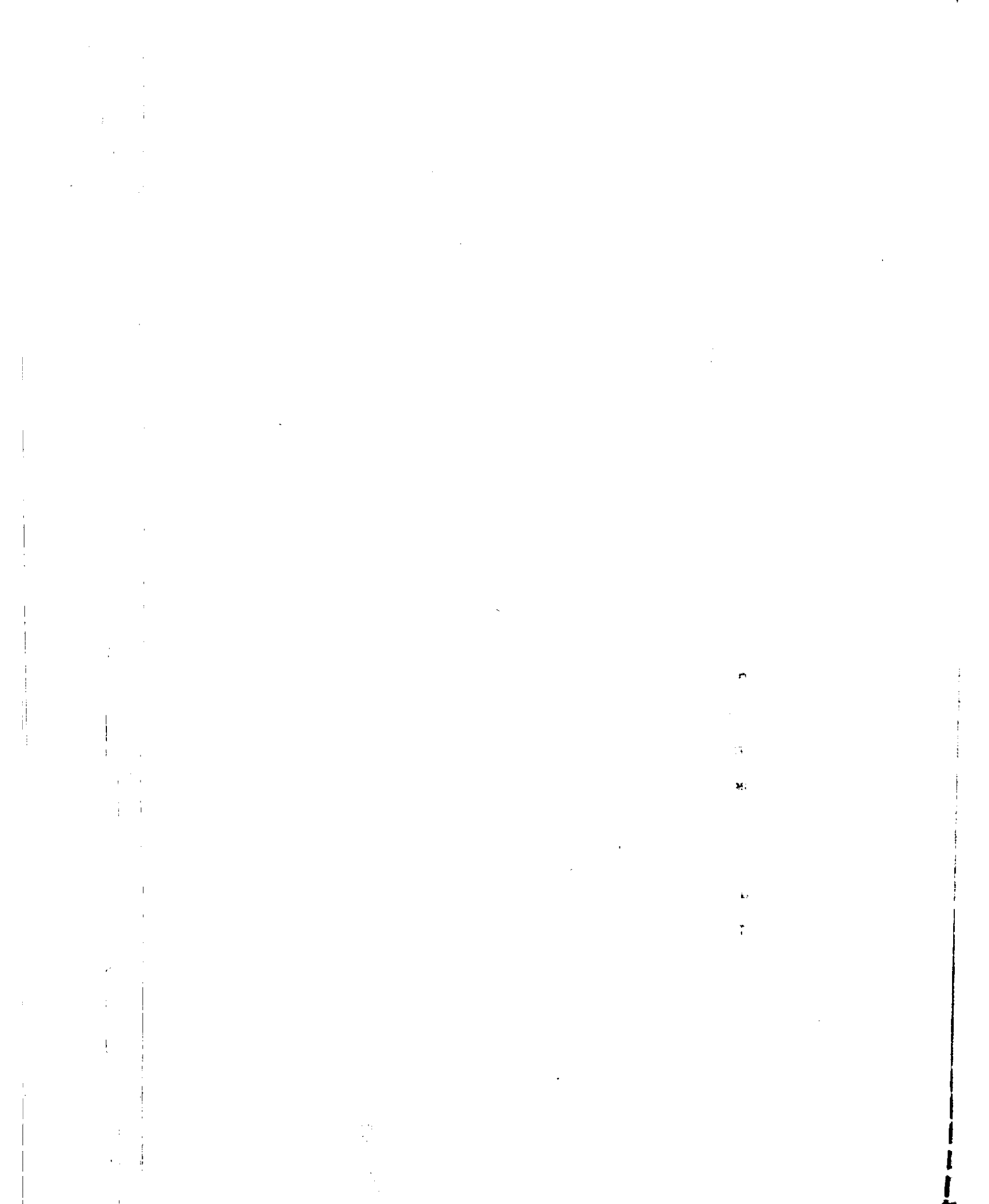
Le principe de la non-discrimination

11. Si l'application de la liberté d'entrée et de séjour aux étudiants couverts par la jurisprudence Gravier peut poser des problèmes délicats, le principe de la non-discrimination posera des problèmes encore plus difficiles dont la portée n'a pas été jusqu'à présent objet de considérations profondes.

Nous avons vu que la Cour a fondé l'interdiction du minerval sur le seul article 7 du Traité, qui énonce de façon générale le principe de la non-discrimination. Cependant, on se trouvait là dans une matière qui se référait à un problème de libre circulation des personnes.

Du point de vue juridique, comme on a vu, l'arrêt Gravier place les étudiants sous le champ d'application personnel du Traité. On peut dire qu'il a été le premier pas pour la réalisation de cette tâche. Même si la question n'est pas définitivement acquise au niveau de la doctrine, nous pensons que cette conclusion que nous avons défendue ci-dessus est la conséquence logique d'une interprétation juridique de l'arrêt.

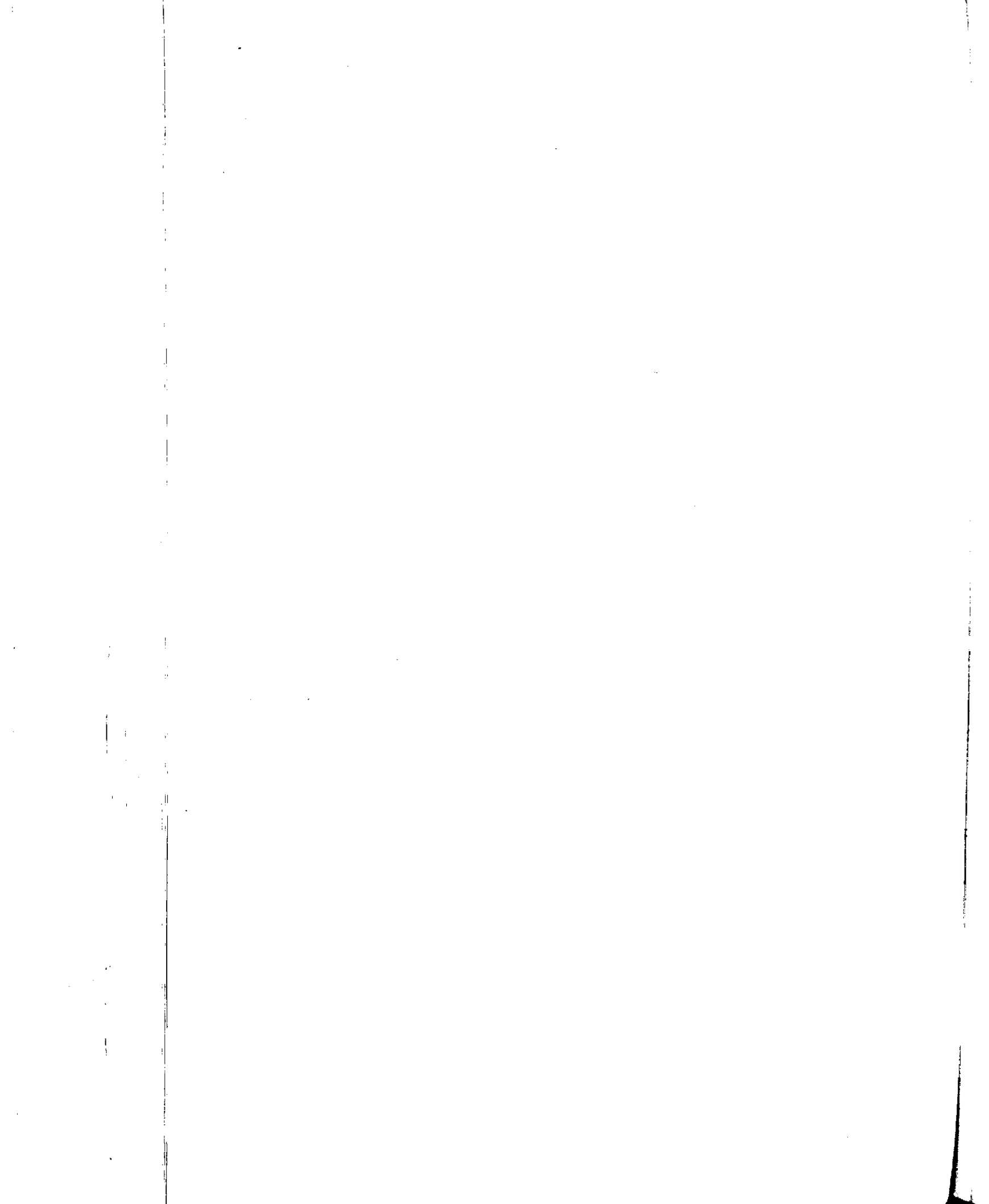
Cependant, la question de l'entrée des étudiants dans le champ d'application du Traité n'est qu'un problème de premier niveau. Nous pensons que dans l'avenir d'autres problèmes beaucoup plus complexes vont se poser, lesquels nous préférons appeler des problèmes de second niveau. Second niveau, car ne sera plus en cause la question de l'application ou non du droit communautaire, mais la prétention de



faire bénéficier les étudiants des règles fondamentales instituées par le Traité et, notamment, le principe de la non-discrimination.

Il nous semble qu'un sujet où le principe de la non-discrimination sera sans doute invoqué est celui des allocations et bourses d'entretien. Un étudiant portugais, par exemple, se déplace au Royaume-Uni pour suivre des études supérieures. S'il est interdit d'exiger de lui des droits d'inscription supérieures à ceux exigés des ressortissants britanniques, s'il est couvert par les règles communautaires de la libre circulation des personnes, pourquoi ne pourrait-il pas invoquer ces mêmes règles, et le principe de la non-discrimination en particulier, pour obtenir des allocations d'entretien, dont bénéficient les étudiants britanniques, de la part des autorités nationales? Il sera fortement tenté de demander de telles allocations. Ce genre de situation pourrait déclencher tout un mouvement de circulation des étudiants des Etats membres plus pauvres vers les Etats membres où les étudiants nationaux bénéficient d'une plus forte protection des institutions nationales.

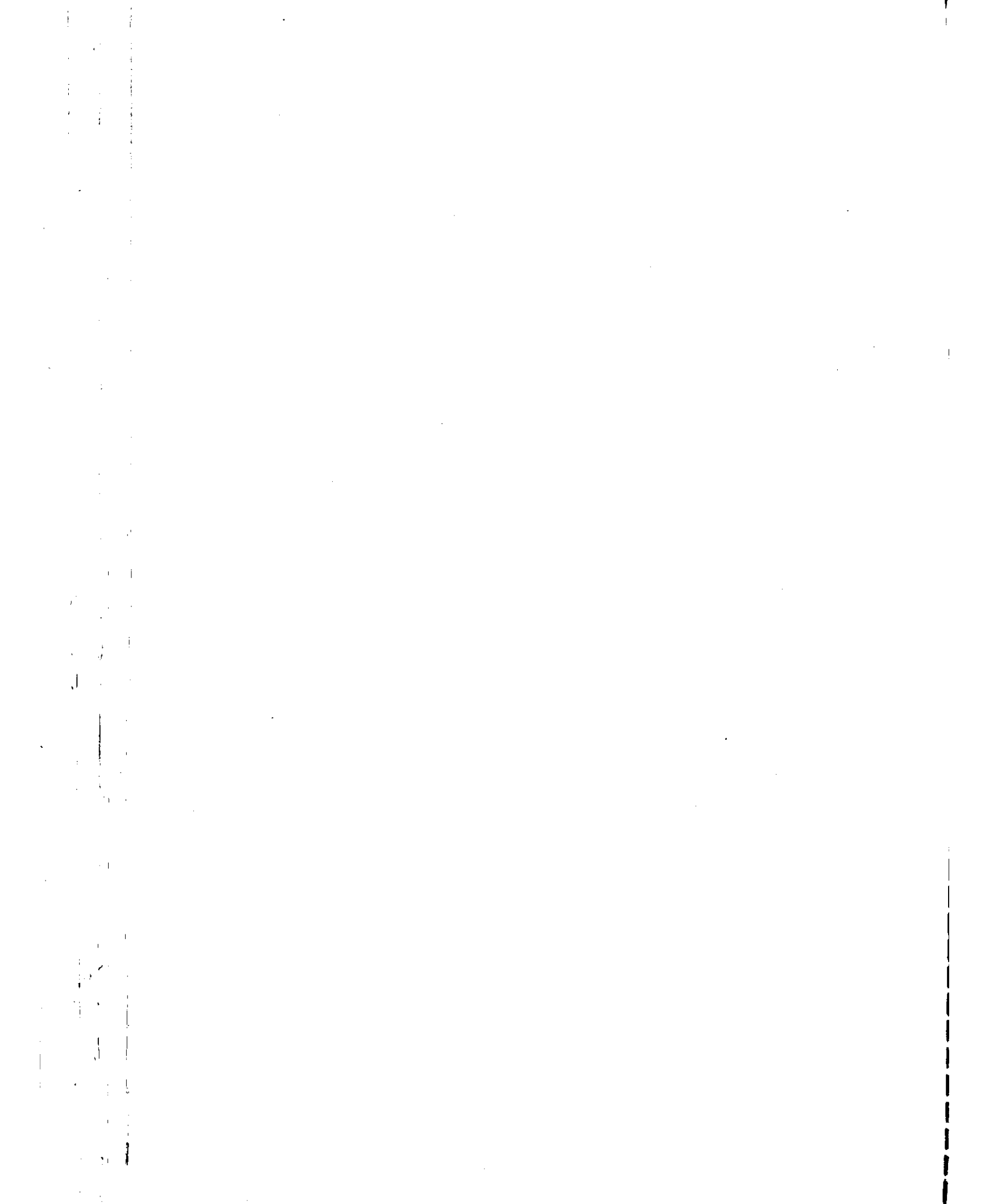
Un tel résultat amènerait à des conséquences imprévisibles pour les Etats membres où, pour des questions de politique sociale, les étudiants sont favorisés avec de bonnes allocations d'entretien. On peut dire qu'un tel résultat n'est même pas envisagé par aucune personne avec la conscience parfaite du processus d'intégration européenne. Cependant, il nous semble que la question se posera à la suite de l'affaire Gravier et qu'il est important d'analyser les possibles réponses juridiques qu'on peut en donner.



Bien que la Cour n'ait pas été, jusqu'à présent, saisie au principal de la question des bourses d'entretien, dans les termes évoqués ci-dessus, il y a devant la Cour deux affaires, l'affaire Lair et l'affaire Brown, où le problème est soulevé. Le problème des bourses d'entretien ne se place pas, dans ces affaires, d'une façon autonome dans la mesure où on prétend avoir le droit à ces allocations aussi par le biais des n^{os} 2 et 3 de l'article 7 du règlement 1612/68 qui se réfèrent aux avantages sociaux et aux droits à l'enseignement professionnel des travailleurs immigrés. En fait, les personnes en cause ne sont pas des étudiants qui se déplacent avec le seul but de poursuivre des études, mais ayant une expérience de travail préalable dans l'Etat d'accueil qui leur a permis d'invoquer la qualité de travailleur pour l'obtention de ladite allocation d'études.

Cependant, dans l'affaire Brown, où la qualité de travailleur est plus douteuse, l'avocat-général M. Slynn prend position sur ce problème précis. En confirmant sa position prise dans l'affaire Gravier, M. Slynn estime que la jurisprudence Gravier ne couvre pas de telles allocations. Toutefois, son raisonnement n'est pas de nouveau très convainquant: il dit que "l'accès direct à des cours de formation professionnelle relève du champ d'application de l'article 7 du Traité; en l'absence de dispositions plus spécifiques du droit communautaire, les moyens d'existence n'en relèvent pas"¹. A ce propos nous aimerons faire deux remarques.

¹ Brown c/ Secretary of State for Scotland, op. cit., p. 13/14 des conclusions de l'avocat-général.



La première concerne le fait que M. Slynn ajoute à l'expression qui venait de l'affaire Casagrande, "l'accès à des cours de formation professionnelle", le mot "direct" comme que pour freiner des éventuelles prétentions de voir dans les conditions d'accès à l'enseignement tout ce qui se rapporte avec les moyens d'existence des étudiants. Avec l'ajout de cet adjectif, il essaye de limiter la jurisprudence Gravier aux frais de scolarité.

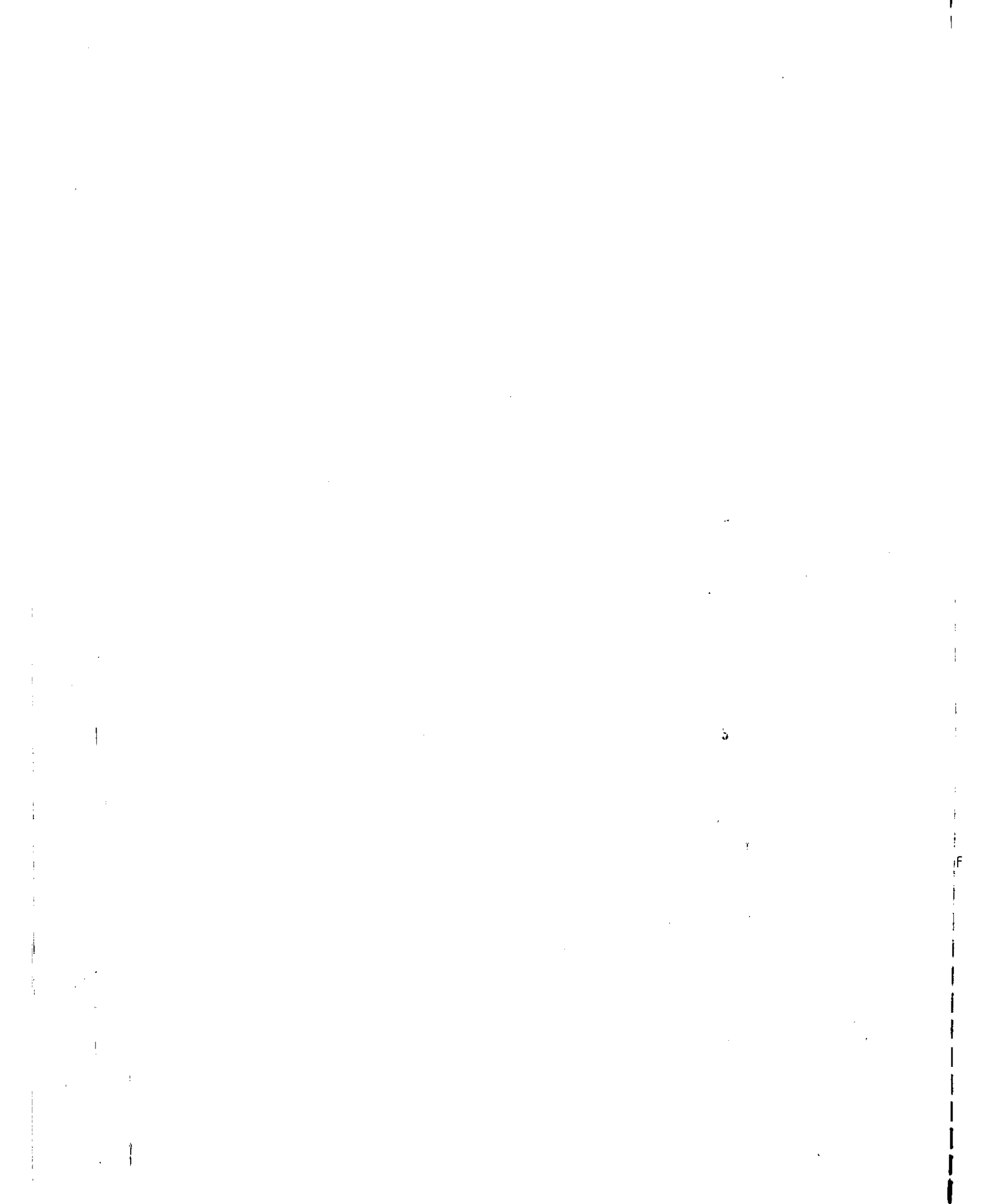
La seconde concerne la deuxième partie de la justification de M. Slynn. On ne peut pas l'accepter. Même la jurisprudence Gravier a été faite en absence de dispositions spécifiques du droit communautaire. Donc, il s'agit plutôt d'interpréter cette jurisprudence que de chercher des dispositions applicables dans le droit communautaire.

A part la position de l'avocat-général, tous ceux qui se sont manifestés sur cette question ont refusé l'idée de son inclusion dans l'article 7 du Traité¹. Toutefois, l'argumentation présentée n'est pas suffisante, à notre avis, pour qu'on puisse éloigner le bénéfice des allocations d'études par les étudiants étrangers.

La non-discrimination matérielle

12. Il nous semble qu'une solution juridique à ce problème doit être trouvée dans une réflexion sur la nature du principe de la non-discrimination dans le Traité.

¹ Les observations des gouvernements danois et britannique dans l'affaire Gravier. Op. cit., p. 597 et P. Watson, Case Law, Common Market Law Review 24, 1987, p. 97.



Dans la jurisprudence de la Cour de Justice ce principe a souvent connu une application presque mécanique. Il suffisait qu'une situation donnée soit couverte par le droit communautaire pour que ce principe soit appliqué. Dans le cas qui nous occupe maintenant, il s'agit d'une situation couverte par le droit communautaire. Si nous appliquions ce principe nous serions conduits à un résultat tout-à-fait indésirable. "Quid Juris?"

Le Traité de Rome, comme traité qui a institué la Communauté Economique Européenne, est devenu de plus en plus un code juridique avec une fonction assez similaire à celle des Constitutions dans les ordres juridiques nationaux. En effet, le Traité constitue la norme juridique supérieure par rapport à laquelle tout le droit dérivé doit être conforme.

Dans toutes les Constitutions nationales des pays démocratiques nous trouvons un principe fondamental qui est le principe de l'égalité de tous les citoyens devant la loi. Par ce principe, les Etats membres visent à ce que tous les citoyens puissent avoir les mêmes droits et obligations et que personne ne puisse être discriminé dans le bénéfice de ces droits en raison du sexe, de l'origine sociale, de la religion, de la langue, des convictions politiques, etc.

Cependant, il est acquis au niveau de la doctrine constitutionnelle que le principe de l'égalité ne signifie pas que soit exigée l'égalité juridique en tous les rapports. Bien au contraire, on doit traiter d'une façon égale ce qui est essentiellement similaire et d'une façon inégale ce qui est

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

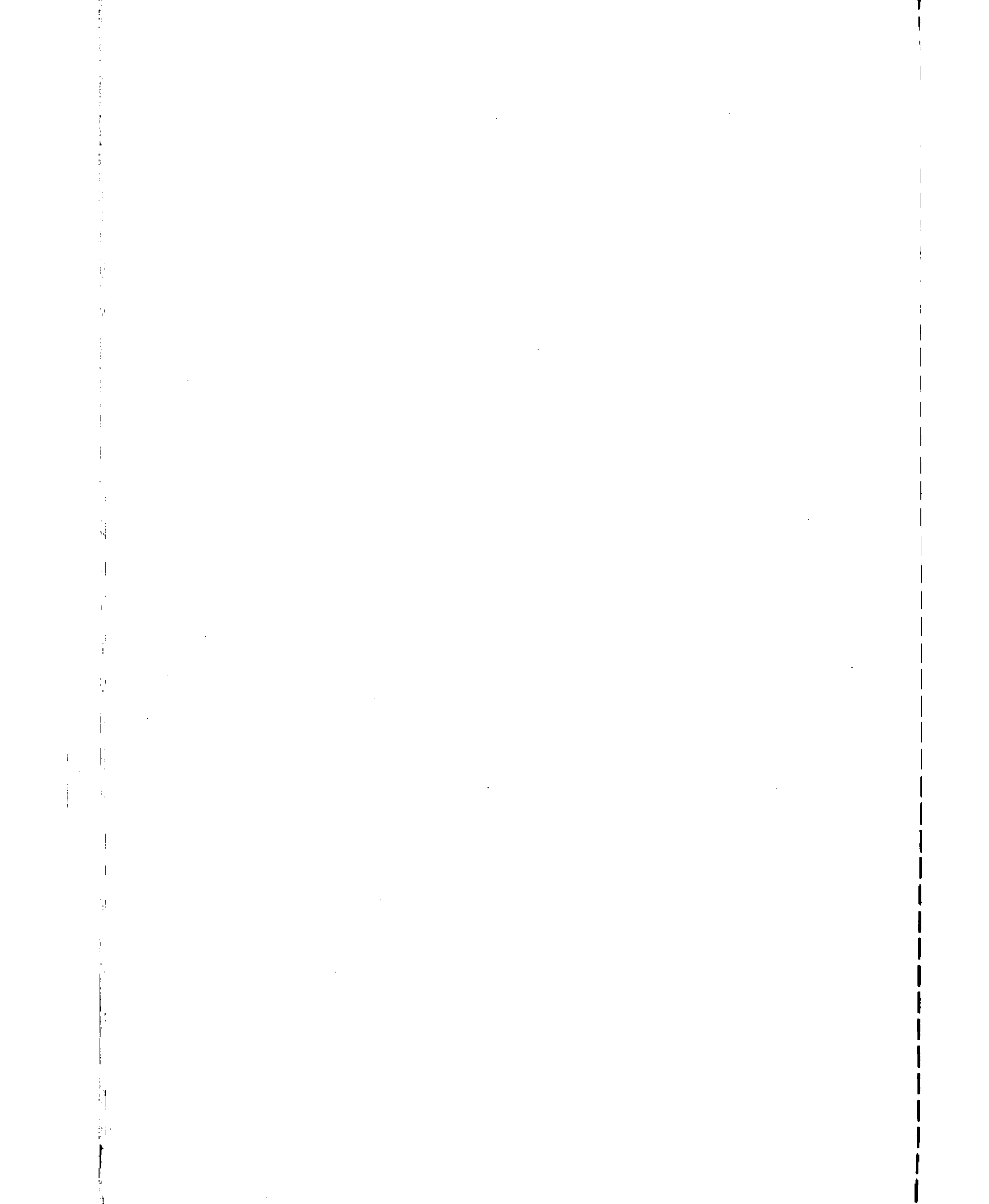
essentiellement divers¹. C'est par la qualification des éléments essentiels de chaque situation qu'on peut voir si l'on est en présence de situations identiques ou non.

Entendu de cette façon, le principe de l'égalité dépasse le cadre d'une égalité formelle pour devenir un principe de l'égalité matérielle. Au niveau national, la doctrine et la jurisprudence ont compris la nécessité d'établir cette différence entre l'égalité formelle et l'égalité matérielle pour éviter des applications non-désirables du principe de l'égalité en résultat de son utilisation mécanique et, quelques fois, aveugle.

Dans le Traité de Rome, bien que nous ne trouvons pas le principe de l'égalité en tant que tel, nous avons le principe de la non-discrimination qui remplit une fonction assez similaire. Il a pris la forme de principe de non-discrimination surtout pour renforcer son caractère instrumental en face de situations assez diverses comme celles qui concernaient l'origine des produits, les taxes d'effet équivalent ou les mesures d'effet équivalent.

Cependant, avec le développement du processus d'intégration, et par conséquence du droit communautaire, le principe de la non-discrimination prend de plus en plus les contours d'un principe constitutionnel de l'égalité, surtout en matière de circulation des personnes où il s'agit de mettre tous les ressortissants communautaires, couverts par le Traité, sur un plan d'égalité de droits et obligations en tout ce qui relève du droit communautaire.

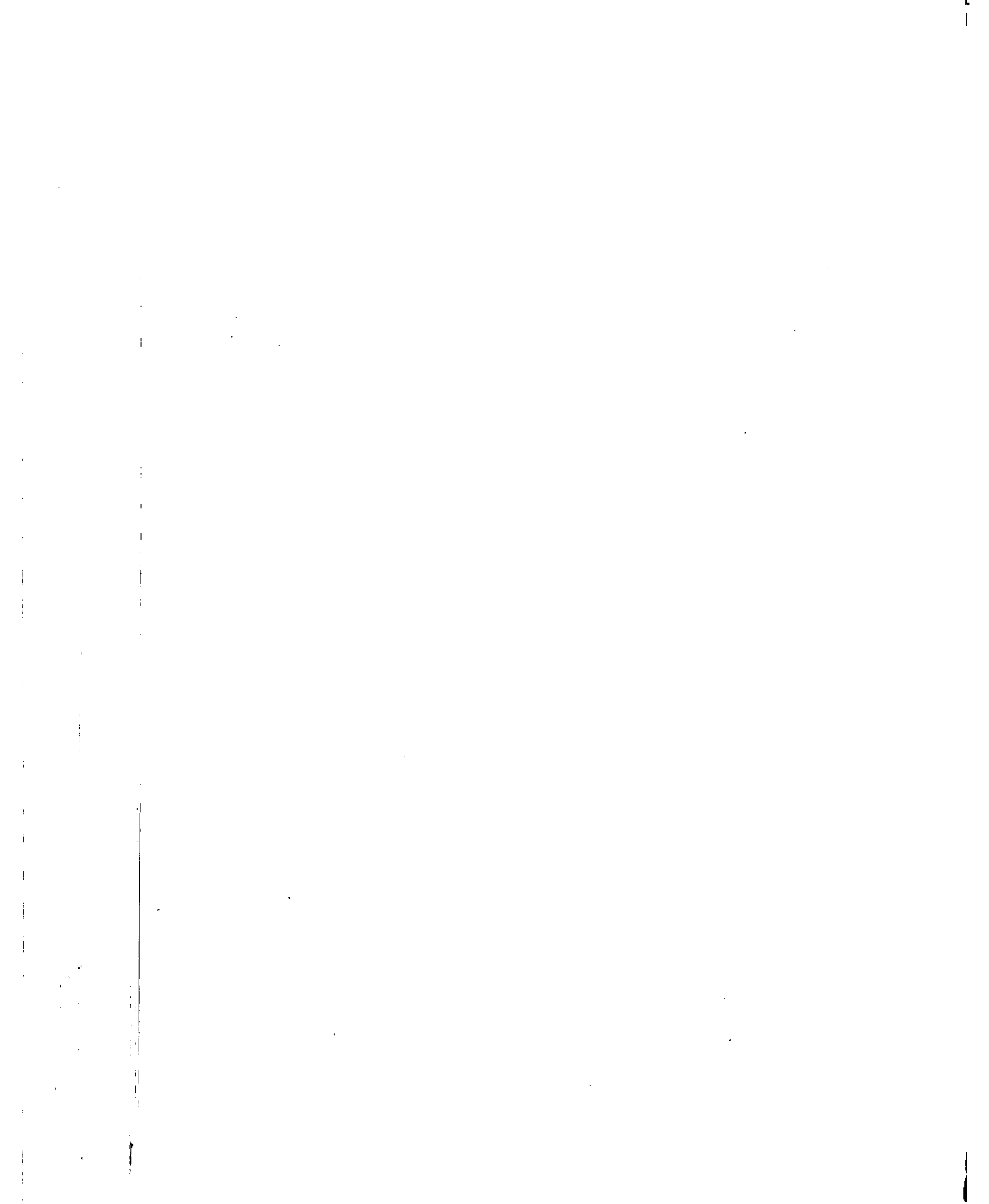
¹ Gomes Canotilho, Vital Moreira, "Constituição da República Portuguesa, Anotada", Coimbra Editora, 1980, p. 68.



La Cour de Justice n'a pas, toutefois, réalisé cette distinction qui se fait au niveau des Constitutions nationales. On ne trouve pas encore au niveau de la jurisprudence communautaire une différence entre la non-discrimination formelle et la non-discrimination matérielle.

Selon nous, le cas des bourses d'entretien est une question qui ne peut connaître une solution juridique que par le biais de cette distinction. Les éléments de fait de la situation sont appréciés de façon essentiellement inégale: l'octroi des bourses d'études se fait en fonction d'une question de politique sociale des Etats membres fondée dans un rapport spécial qui est celui des conditions matérielles pour l'exercice du droit à l'éducation, qui ne relève pas des objectifs du Traité. Or, si les éléments de fait sont appréciés inégalement, le traitement juridique effectué en application du principe de la non-discrimination matérielle doit être différent. Donc, les étudiants des autres Etats membres ne pourront pas bénéficier des bourses d'entretien dans les mêmes conditions que les étudiants nationaux.

Nous pensons que entendu de cette façon le principe de la non-discrimination n'est pas violé. Bien au contraire, il connaîtra une application qui répond mieux aux exigences soulevées par l'extrême complexité du processus d'intégration européenne.



Chapitre III-Répercussions de la jurisprudence Gravier dans l'action législative de la Communauté Européenne

1. L'interprétation du concept de formation professionnelle inscrit dans l'article 128 rendue par la Cour de Justice dans l'arrêt qu'on vient d'analyser, a ouvert la voie, nous semble-t-il, à toute une nouvelle action de la Communauté dans une matière où les mesures prises jusqu'à présent n'avaient pas de conséquences juridiques, peut-être parce qu'on n'avait jamais trouvé une base juridique, dans le Traité de Rome, qui pouvaient les fonder.

Nous allons essayer de démontrer cette idée de l'extension des pouvoirs de la Communauté dans le champ d'application du Traité, au domaine de l'éducation à la suite de la jurisprudence Gravier. Pour ce faire, nous servira un exemple: la Décision du Conseil du 15 Juin 1987 portant adoption du programme d'action communautaire en matière de mobilité des étudiants¹ (ERASMUS).

En fait, ERASMUS, en mettant en application ce programme de mobilité d'étudiants, n'introduit pas une idée nouvelle. Mais les aspects juridiques du programme lesquels jusqu'à son approbation on n'a jamais vu relevés dans les autres actes communautaires en matière d'éducation, sont, en revanche, nouveaux.

2. Cette décision, acte juridique formel² et obligatoire au sens de l'article 189 du Traité, se fonde sur les articles 128 et 235 du

¹ JO n° L 166 du 25.6.87, p. 20.

² K. Lenaerts, "ERASMUS: Legal basis and implementation", EUI workshop Papers, Doc. IUE 364/87 (Col 82).

10

11

12

13

14

15

16

17

18

19

20

21

22

23

24

25

26

27

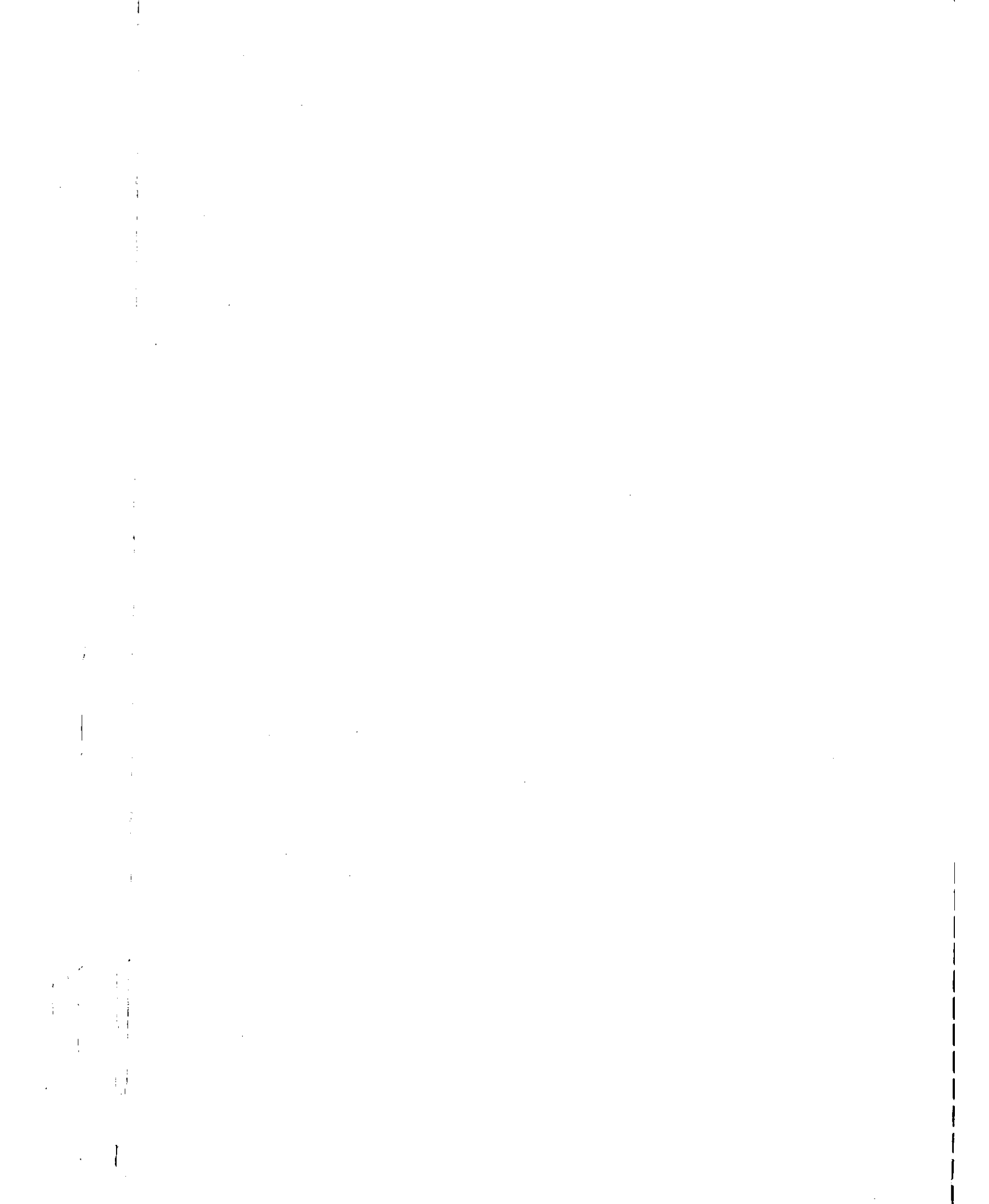
28

Traité de Rome. Ensuite, elle se réfère à la décision 63/266/Conseil¹ qui établit des principes généraux pour la mise en oeuvre d'une politique commune de formation professionnelle.

Les trois idées de fond de ce programme portent sur la mobilité des étudiants, la coopération entre les universités et la reconnaissance des diplômes et des périodes d'études effectuées dans un autre État membre. Si la mobilité des étudiants est l'objet central du programme, les deux autres idées, à savoir, la coopération entre les universités et la reconnaissance des diplômes et des périodes d'études effectués à l'étranger ont une valeur instrumentale pour réussir le but de la mobilité. En effet, il serait difficile d'accepter, au niveau des autorités scolaires de l'État membre d'origine, et de reconnaître des périodes d'études effectuées dans un autre État membre, qui étaient faites sans l'encadrement de l'université qui donne le diplôme et sans que les mêmes périodes obéissent à un programme minimum. Sans la coopération inter-universitaire et la garantie de la reconnaissance des périodes d'études à l'étranger, la mobilité d'étudiants serait, donc, une idée vide de sens et impensable.

Comme nous l'avons dit précédemment, la Décision n'énonce pas des idées nouvelles pour la Communauté Européenne. D'autres actes d'institutions et d'organes de la Communauté s'en réfèrent depuis environ 15 ans, comme on le verra plus loin. On va les analyser en prenant comme critère d'analyse les aspects de forme et de fond qu'on vient d'énoncer. En outre, le programme ERASMUS se fonde

¹ JO n° 63 du 20.4.1963 p. 1338/63.



également sur la Décision du 2 avril 1963, qui sera prise en compte dans notre démonstration.

1. La décision du Conseil du 2 avril 1963

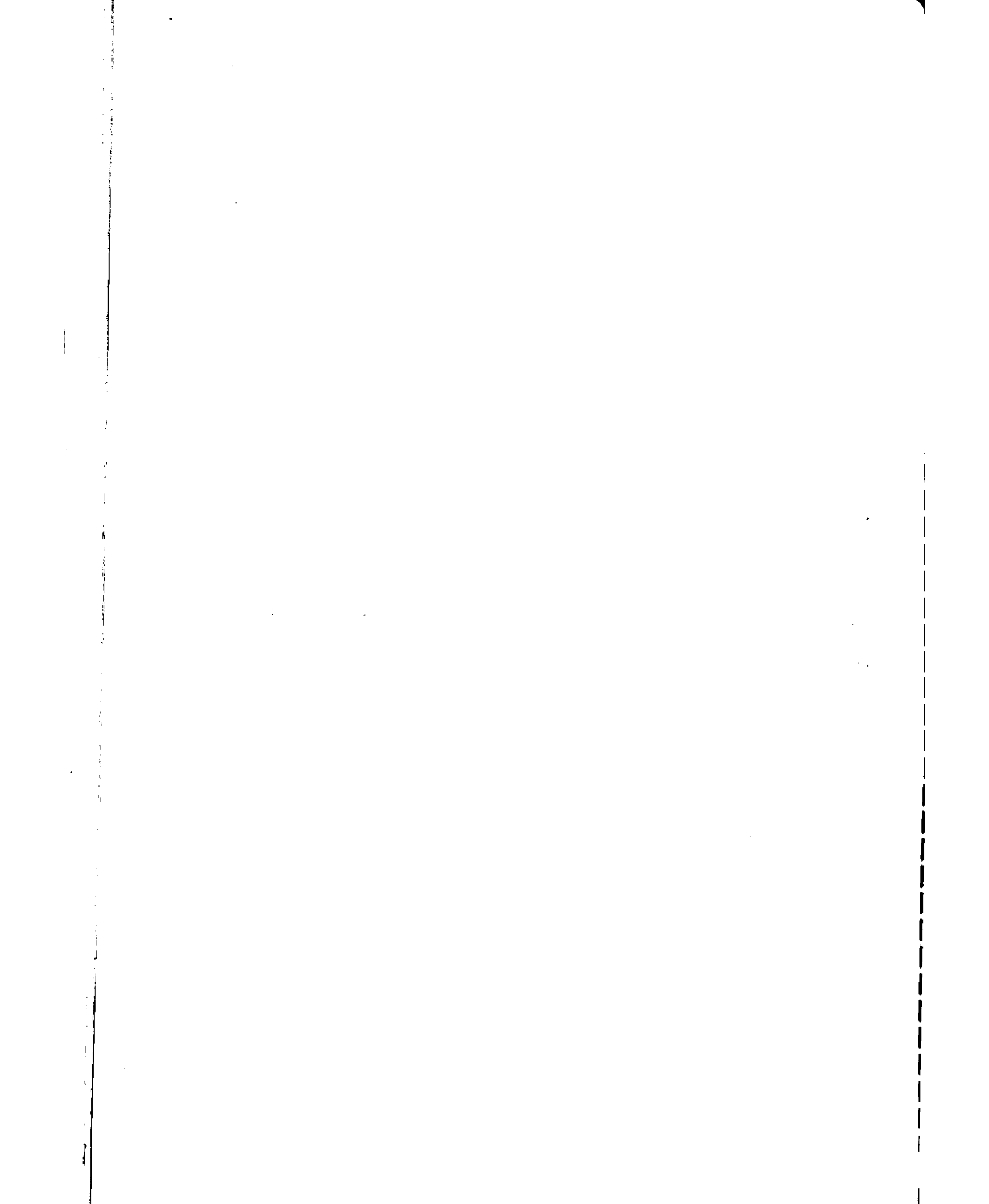
3. En commençant par ordre chronologique, nous avons comme premier acte la Décision du Conseil du 2 avril 1963¹ portant établissement des principes généraux pour la mise en oeuvre d'une politique commune de formation professionnelle.

Le premier principe de la Décision définit le champ d'application subjectif de l'acte:

"Concernent la formation des personnes jeunes et adultes pouvant être appelées à exercer une activité professionnelle ou l'exerçant déjà, jusqu'au niveau des cadres moyens."

Cette dernière partie énonce une limite à ce qu'on peut considérer comme formation professionnelle et jusqu'où on peut l'étendre: au niveau des cadres moyens. Il s'agit d'un principe général établi en application de l'article 128. A contrario, les cadres supérieurs, qui normalement font leur formation dans l'enseignement supérieur, universitaire ou non-universitaire, sont exclus du champ d'application de cette Décision et, par conséquent, l'enseignement supérieur où, normalement ils se préparent à leurs activités, est également hors de son étendue.

¹ JO n° 63 du 20.4.1963 p. 1338/63.



Il semble même que l'idée de cette décision, qu'établit les principes généraux de la politique commune de formation professionnelle, est de ne pas toucher le système d'enseignement des États membres qui, à l'époque de son approbation, était considéré comme n'appartenant pas au domaine d'application du Traité et qui était de la compétence exclusive des États membres.

En effet, le deuxième principe qui énonce les objectifs fondamentaux de la politique commune de formation professionnelle rend nettement l'idée que la notion de formation professionnelle de l'article 128, et de la présente Décision, était une notion très liée au monde du travail et à ses nécessités. Ce qui est en plus renforcé par l'insertion systématique de l'article 128 (Chapitre II, du Traité qui s'occupe de la Politique Sociale).

En fait, cette liaison au monde du travail devient très claire si on fait un compte-rendu des huit objectifs fondamentaux du deuxième principe de la Décision du 2 avril 1963:

-la préparation d'une main-d'oeuvre spécialisée pour l'exercice de certaines activités (alinéas a); b); h);

-le recyclage professionnel des travailleurs dont leurs métiers se sont vus dépasser par la vague de progrès technologique (alinéa f);

-la valorisation professionnelle et intellectuelle des travailleurs (alinéas c); d); g);

Si sur le plan formel la Décision du 2 avril 1963 se rapproche de celle du 15 juin 1987 - la même base juridique, l'article 128; une forme juridique du même type: formel et obligatoire - on peut dire que du point de vue de la matière qu'elles se proposent de régler, elles s'éloignent beaucoup dans la mesure où la Décision de 1987 s'occupe des étudiants universitaires¹, en donnant une définition tout à fait large de l'université², et la Décision de 1963 ne prétend pas du tout s'occuper du système d'enseignement supérieur ni même des problèmes d'éducation, en ne s'occupant que du problème de la formation professionnelle en tant que question proche du monde du travail.

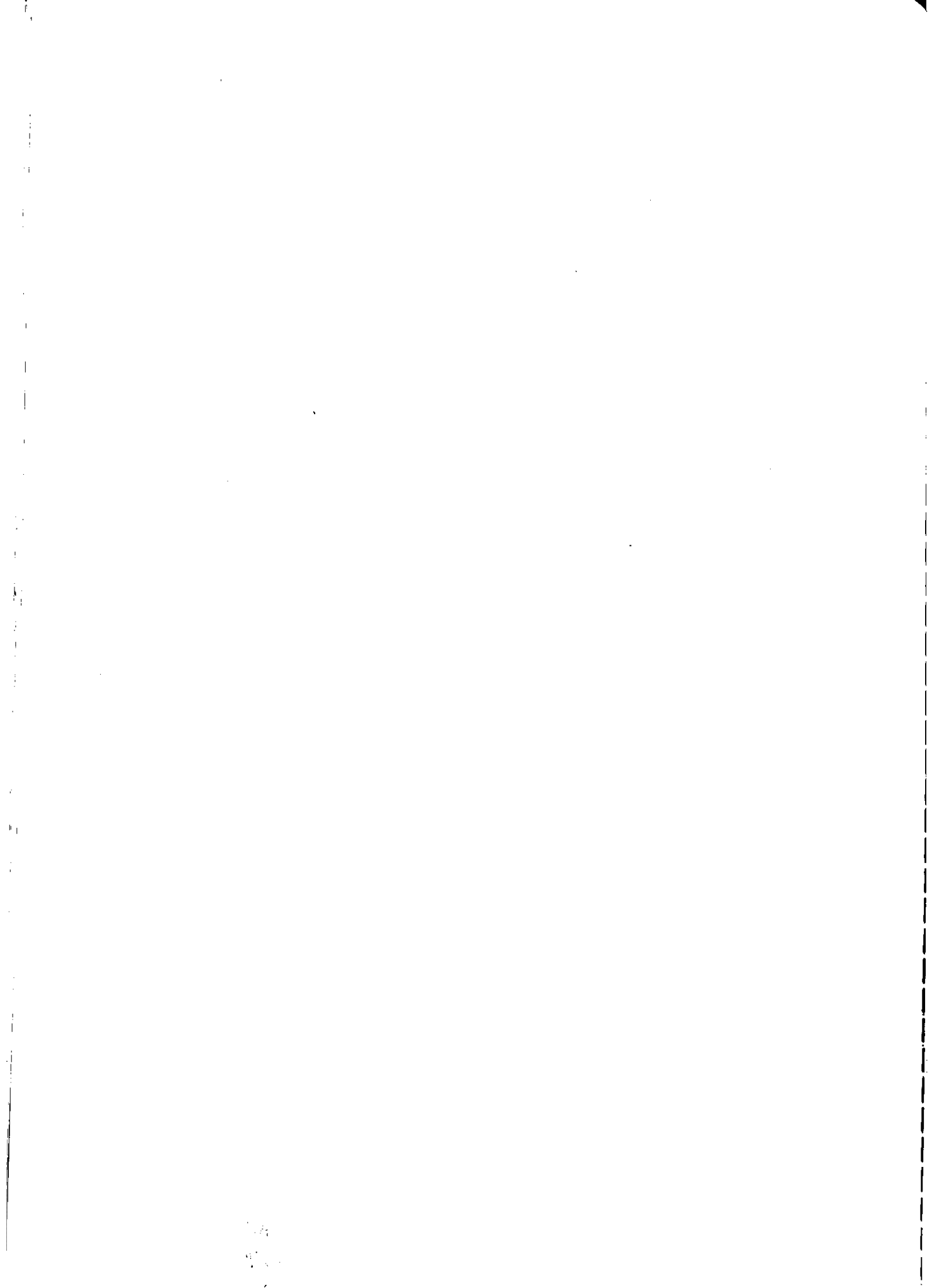
2. Les actes non-obligatoires

4. Après la Décision du 2 avril 1963, il y a tout une longue période où l'on ne trouve pas d'actes communautaires qui se réfèrent soit à la formation professionnelle, dans cette perspective, soit au problème de l'éducation abordé d'un point de vue communautaire.

Il a fallu quelques années, en effet, pour que le problème de l'éducation fasse l'objet de l'attention des autorités communautaires.

¹ article premier.

² article premier n°2.



La Commission, en fait, le 11 mars 1974, a présenté au Conseil un projet de Résolution¹ instituant une coopération dans le domaine de l'éducation et un autre projet de Résolution portant création d'un comité européen de coopération en matière d'éducation².

Ces deux projets ont fait l'objet d'une Résolution des Ministres de l'Éducation, réunis au sein du Conseil, du 6 juin de 1974³ concernant le domaine de l'éducation.

Comme le contenu des projets de Résolution de la Commission et de la Résolution des Ministres de l'Éducation, réunis au sein du Conseil, sont essentiellement les mêmes, on va se les référer dans leur ensemble.

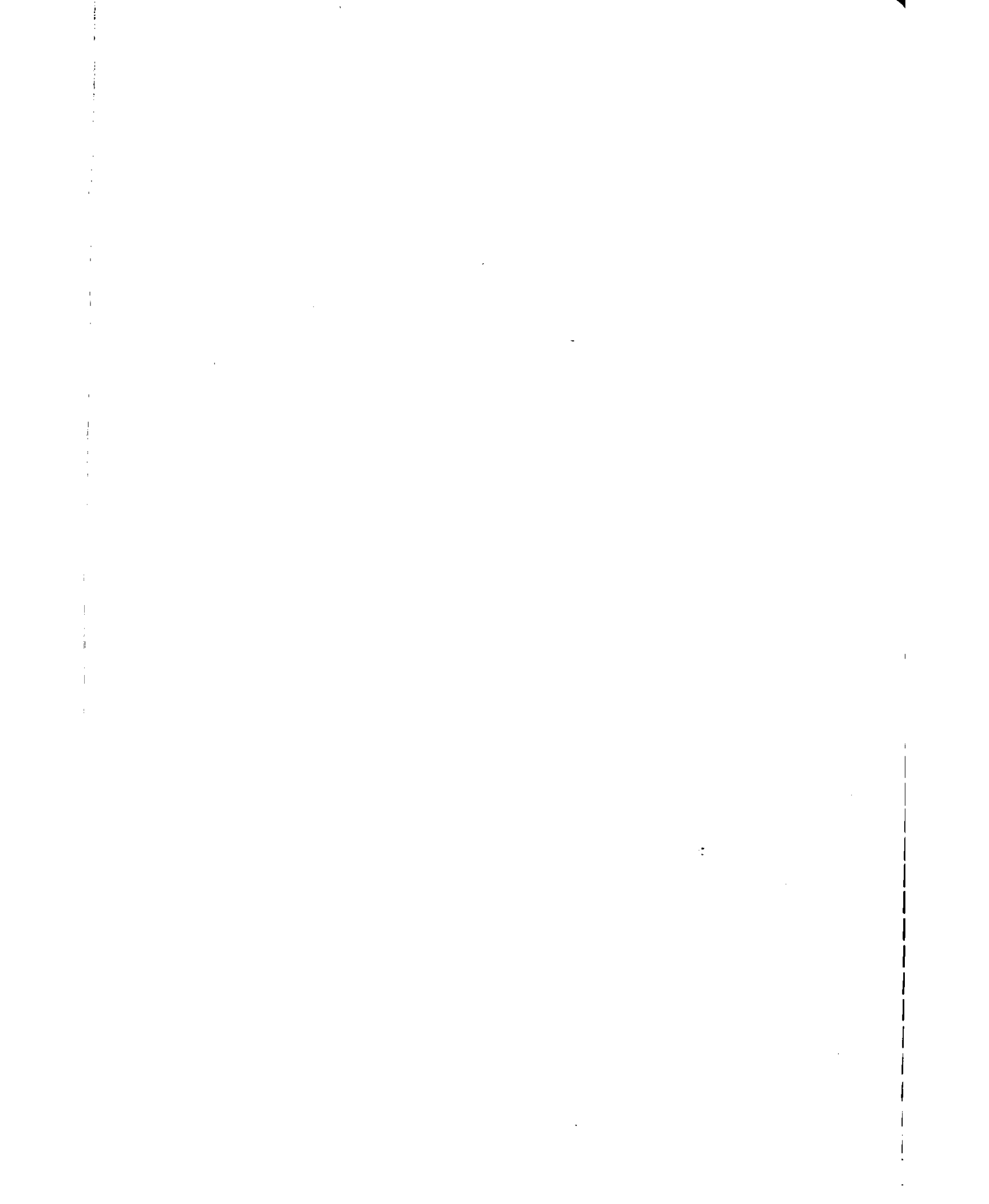
Du point de vue formel, la Résolution se réfère au communiqué final du sommet de la Haye de décembre 1969 et au communiqué final du sommet de Paris d'octobre 1972. Donc, des déclarations politiques. Aucune référence n'est faite à des dispositions juridiques concrètes fondant une action en matière d'éducation.

En plus, on est en présence d'une Résolution des Ministres de l'Éducation des Etats Membres, réunis au sein du Conseil. Alors, ce n'est ni un acte du type de ceux énoncés à l'article 189 du Traité, c'est à dire, un acte juridique formel, ni un acte juridique obligatoire qui produiraient des effets juridiques.

¹ JO n° C 58 du 18.5.74, p. 20.

² JO n° C 58 du 18.5.74, p. 21.

³ JO n° C 98 du 20.8.74, p. 2.



En outre , on doit remarquer qu'on n'est même pas en présence d'un acte communautaire, du Conseil, dans ce cas, mais d'un acte intergouvernemental¹: une résolution des Ministres de l'Éducation réunis au sein du Conseil.

Quant au fond, le point II de la Résolution établit, entre autres, les domaines d'actions prioritaires suivants:

- "Intensification de la coopération entre les établissements d'enseignement supérieur;

- amélioration des possibilités de reconnaissance académique des diplômes et des périodes d'études;

- encouragement de la liberté de circulation et de la mobilité des enseignants, des étudiants et des chercheurs..."

Ce sont-là les idées de base du programme ERASMUS. Treize ans auparavant. On parle même de liberté de circulation des étudiants, liberté qui a une force symbolique plus intense que la "mobilité des étudiants" de l'ERASMUS, dans la mesure où elle semble considérer les étudiants comme catégorie appartenant au domaine de la liberté de circulation des personnes. On peut comprendre cette expression comme une sorte de déclaration d'intention.

Donc, en 1974 on assiste à la situation suivante:

¹ F. Van Craeynest, "La Nature Juridique des résolutions sur la coopération en matière d'éducation", EUI Workshop Papers, DOC. IUE 355/87 (Col. 84), p. 3.



- Les actes sont des natures différentes. Il ne s'agit pas d'un acte communautaire comme dans l'ERASMUS. L'on est en présence d'un acte intergouvernemental.

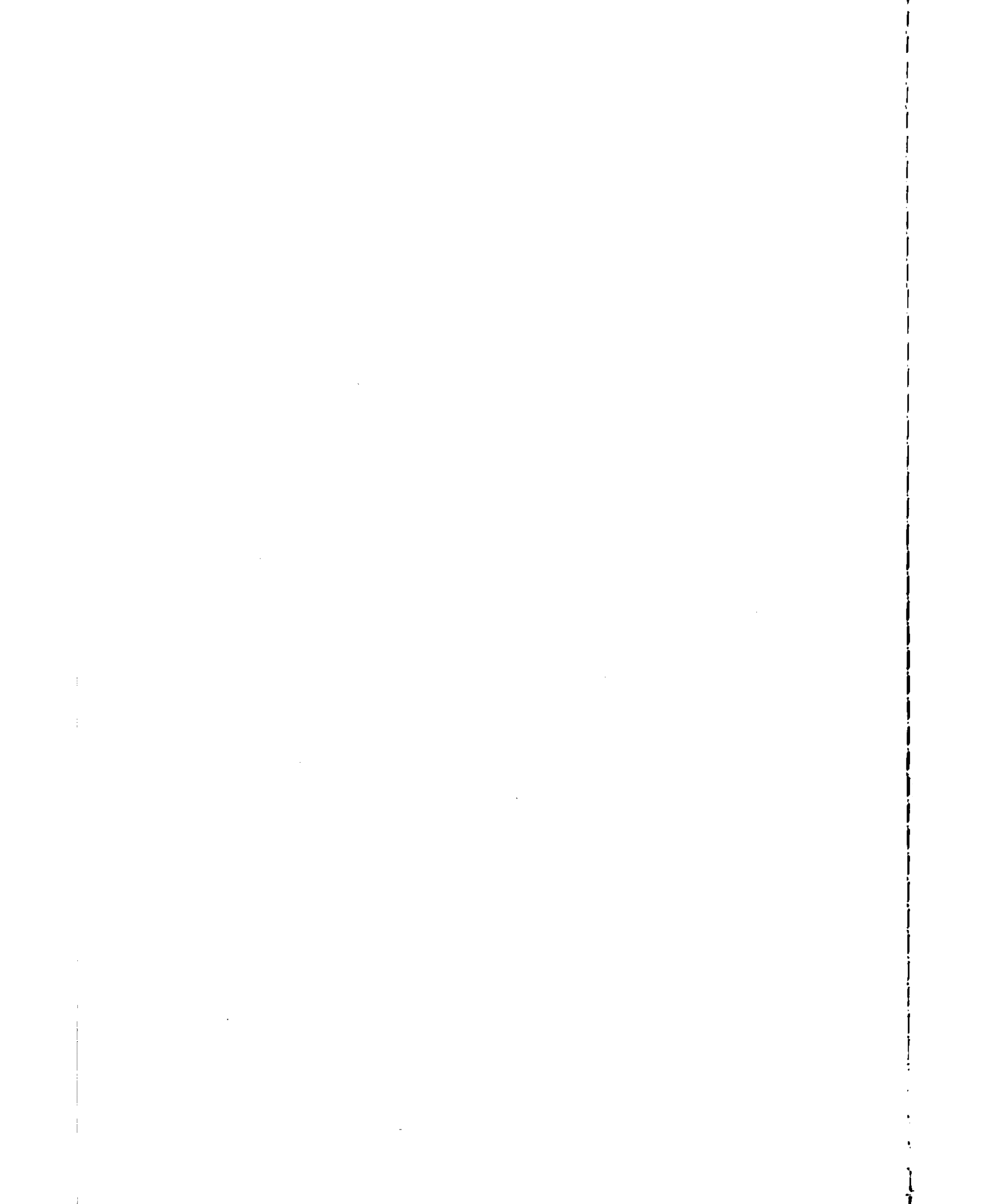
- Du point de vue juridique on se trouve également très loin de l'ERASMUS. La base juridique n'est pas la même (en fait il n'y a aucune base juridique).

- Du point de vue matériel, l'idée de la mobilité des étudiants, avec la nécessaire coopération inter-universitaire et la reconnaissance des périodes d'études à l'étranger, sont déjà sur le terrain. Elles existent. La Résolution en cause est l'expression d'une volonté de les mettre en oeuvre.

Une petite remarque encore sur cette Résolution. Le point II énonce comme objectif prioritaire améliorer les "possibilités de formation culturelle et professionnelle" dans la Communauté. Aucune référence n'est faite à l'article 128, malgré l'expression "formation professionnelle". En 1974 le fait qu'un enseignement prépare à une profession n'a rien à voir, encore, avec la formation professionnelle qui se rapporte au monde du travail et qui était l'objet de l'article 128. L'élément systématique d'interprétation est toujours plus fort. Les commentaires qu'on a fait à ce propos concernant la Décision de 1963 sont toujours actuels.

5. Ensuite, nous trouvons un acte du Parlement Européen, la Résolution sur l'éducation dans la Communauté Européenne¹ qui nous

¹ Jo n° C 239 du 20.10.75, p. 14.



aide un peu à construire le "puzzle" du problème de l'éducation envisagé au niveau communautaire.

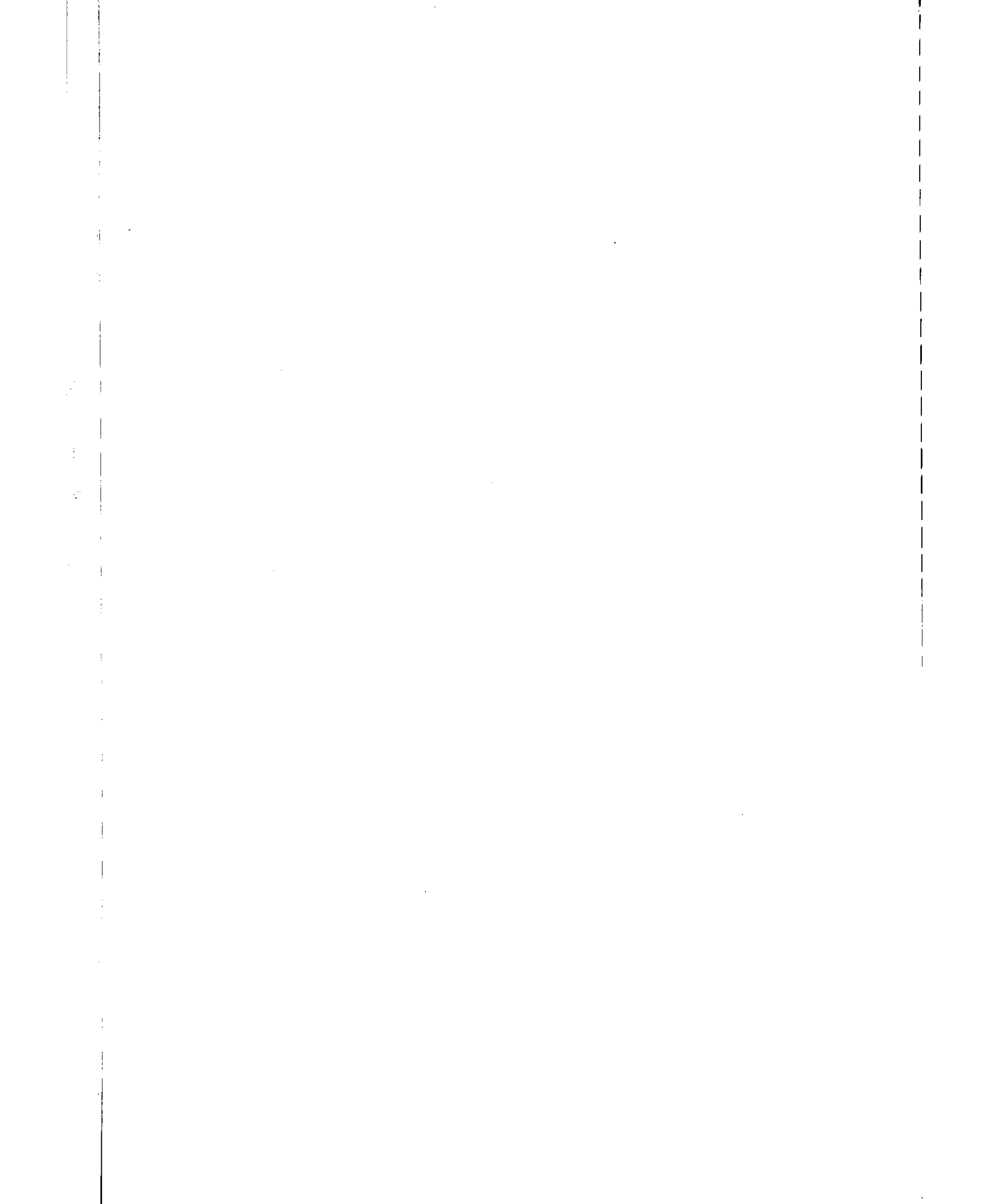
C'est une Résolution très courte qui, commençant par se référer à la Résolution du 6 juin 1974 des Ministres de l'Éducation, réunis au sein du Conseil, émit ensuite l'avis du Parlement selon lequel les domaines d'actions prioritaires de la Résolution de 1974 "ressortissent proprement au domaine communautaire et, par conséquent, ces questions doivent être examinées par les ministres de l'éducation siégeant en Conseil de Ministres".

On est en présence d'un acte d'une institution de la Communauté, qui avait à l'époque très peu de pouvoir législatif, mais qui voulait profiter de sa force institutionnelle pour exercer des pressions politiques sur le Conseil, afin de prendre des mesures en matière d'éducation.

6. La Résolution de 1974 a également donné lieu à un avis du Comité Economique et Social¹. Cet avis est, sans doute, le plus complet de tous les actes que jusqu'en 1975 ont été produits par les institutions et les organes de la Communauté.

Il aborde la problématique de l'éducation d'une façon complète en commençant par analyser ses liens avec le Traité de Rome. Dans le point 1.2. on avance même que "certains articles du traité de Rome ont indiscutablement des implications sur le plan de l'éducation: c'est le cas, par exemple, de l'article 57 qui charge le Conseil

¹ JO n°C 255 du 7.11.75, p. 9.

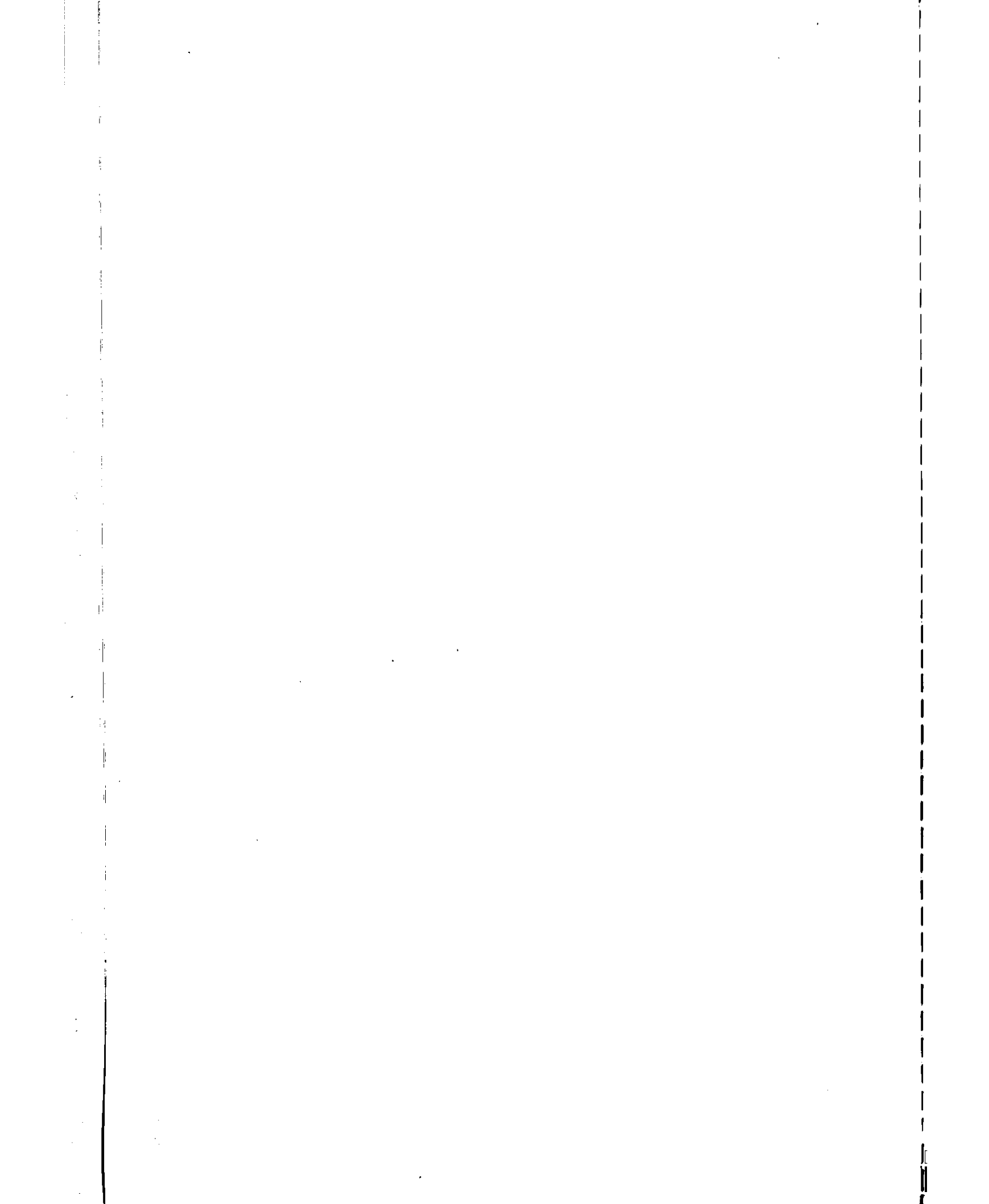


d'arrêter des directives pour la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles... c'est le cas également de l'article 118, que prévoit une action en matière de formation et de perfectionnement professionnel". Mais il ne semble pas très convaincu de ce rapport et tout de suite, il ajoute une série de considérations sur la nature du projet politique de la communauté pour justifier une action communautaire en ce domaine.

C'est la première fois qu'on essaye de établir une base juridique constitutionnelle pour une action communautaire en matière d'éducation. Cependant, on s'est oublié, semble-t-il, d'invoquer l'article 128. Il était toujours très loin du domaine de l'éducation.

On doit noter, aussi, que dans l'espace d'un mois, la Résolution du Parlement Européen, du 20-10-75, et l'avis du Comité Economique et Social, du 7-11-75, une institution et un organe, mais qu'à l'époque n'étaient, en fait, que deux groupes de pression communautaires, se prononcent sur des questions qui ont une profonde signification juridique pour une future action communautaire en matière d'éducation. Le Parlement exige qu'on passe des actes intergouvernementaux aux actes communautaires en ce domaine. Le Comité va plus loin et essaye de trouver une base juridique sur laquelle on puisse fonder une politique d'éducation.

L'avis du Comité Economique et Social aborde aussi les aspects substantiels de la Décision ERASMUS: la mobilité de l'éducation (point 3); la reconnaissance des qualifications et des périodes d'étude (point 5); et la coopération entre les systèmes d'éducation et entre les établissements (point 5).



7. L'acte suivant en matière d'éducation est la Résolution du Conseil des Ministres de l'Éducation, réunis au sein du Conseil, du 9 février 1976¹, comportant un programme d'action en matière d'éducation.

Sur le plan formel, on aperçoit déjà une certaine évolution. On n'est plus en présence d'un acte intergouvernemental, comme celui de la Résolution de 1974, mais d'un acte mixte²: Conseil et Ministres de l'Éducation réunis au sein du Conseil.

Mais il s'agit encore d'un acte non-obligatoire: c'est la formule Résolution.

Sur le plan formel, la Résolution du 9 février 1976 ne se base sur aucune règle du Traité pour fonder le programme d'éducation qui constitue son objet. On se trouve toujours dans une "zone grise se situant à la périphérie des compétences communautaires"³.

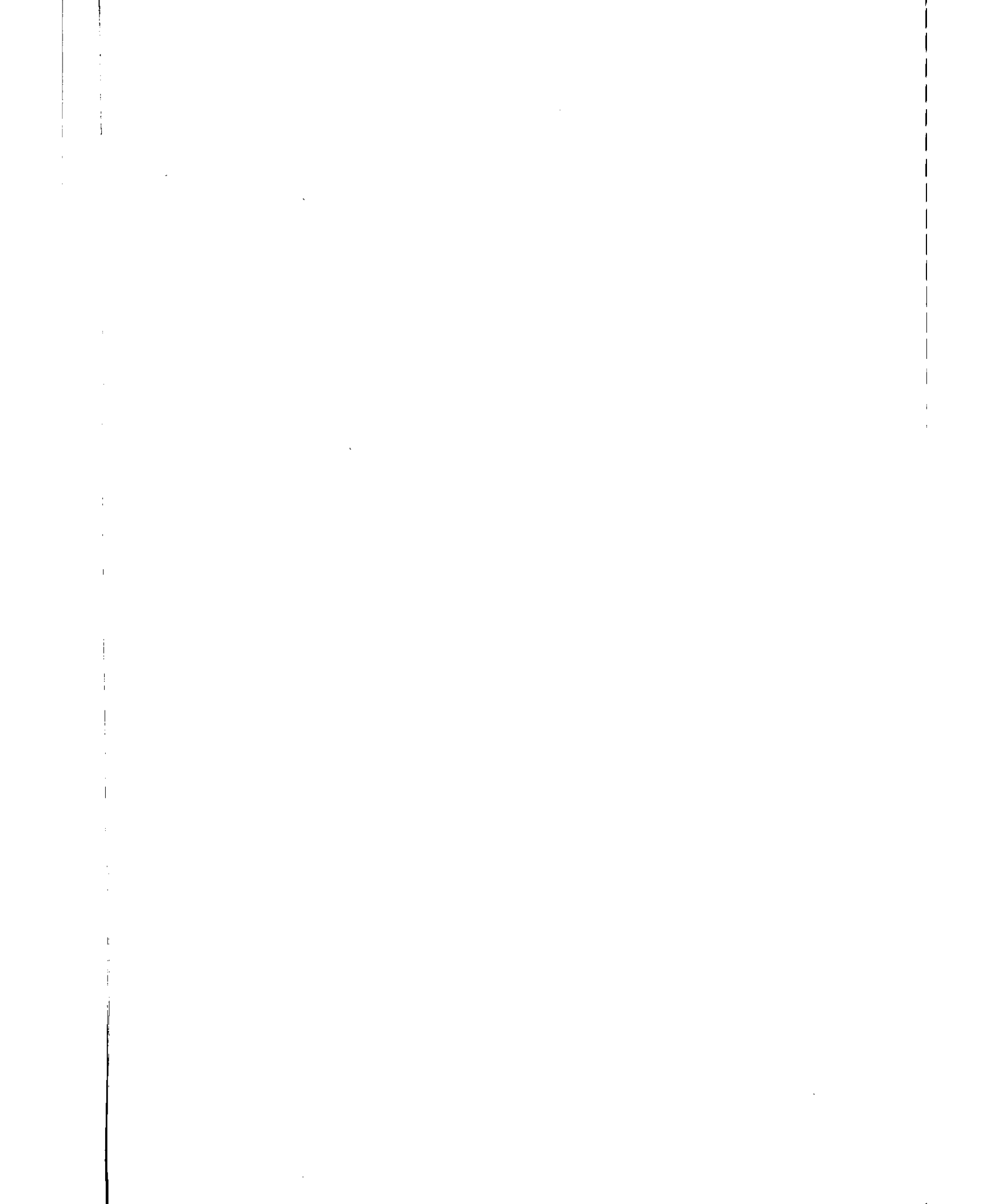
La Résolution se limite à rappeler quelques actes antérieurs en matière d'éducation, tels que la Résolution de 1974, la Résolution du Parlement de 1975 et l'avis du Comité Economique et Social de 1975.

De toute façon on doit remarquer que quelque progrès a été fait avec cette résolution: on change la nature de l'acte en cause en ouvrant la période des résolutions mixtes.

¹ JO n° C 38 du 19.2.76, p. 1.

² F. Van Craeyenst, op. cit., p. 3.

³ F. Van Craeyenst, op. cit., p. 4



En analysant la partie substantielle de la Résolution on y trouve de nouveau les questions centrales qui nous occupent, à savoir:

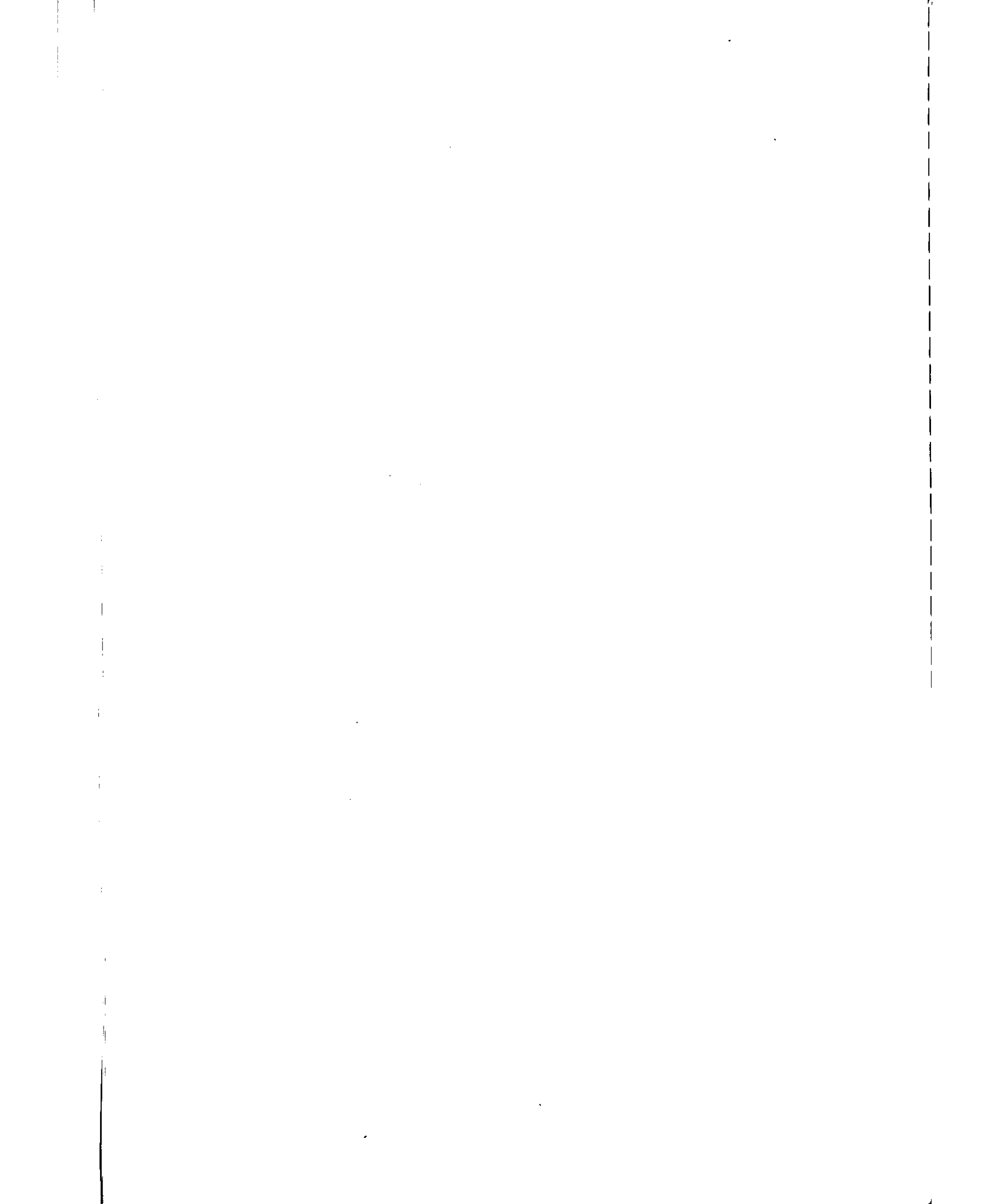
- la détermination de stimuler la libre circulation et la mobilité des enseignants, des étudiants et des chercheurs en éliminant les obstacles qui empêchent à cette mobilité (point IV, 14);

- la coopération dans le domaine de l'enseignement supérieur (point IV, 13 et 15);

- la reconnaissance des diplômes et des périodes d'études à l'étranger (point IV, 16).

En plus, on trouve dans le point IV - 22 que la priorité sera donnée au niveau communautaire à des "mesures à prendre dans le domaine éducatif en vue de préparer les jeunes à la vie du travail, de faciliter leur passage de l'étude à la vie active, d'améliorer leurs possibilités de trouver un emploi et de réduire ainsi le risque de chômage". Il ressort nettement de ce passage la préoccupation d'établir un lien entre l'enseignement et le monde du travail, de faciliter la transition entre ces deux périodes de la vie de chacun et, surtout, d'envisager l'école comme une phase préparatrice à un travail, une profession ou un métier. Mais aucune référence n'est faite à l'article 128.

Le point 22 énonce une idée très similaire à celles qu'en 1985 ont été à la base du raisonnement de la Cour dans l'arrêt Gravier et



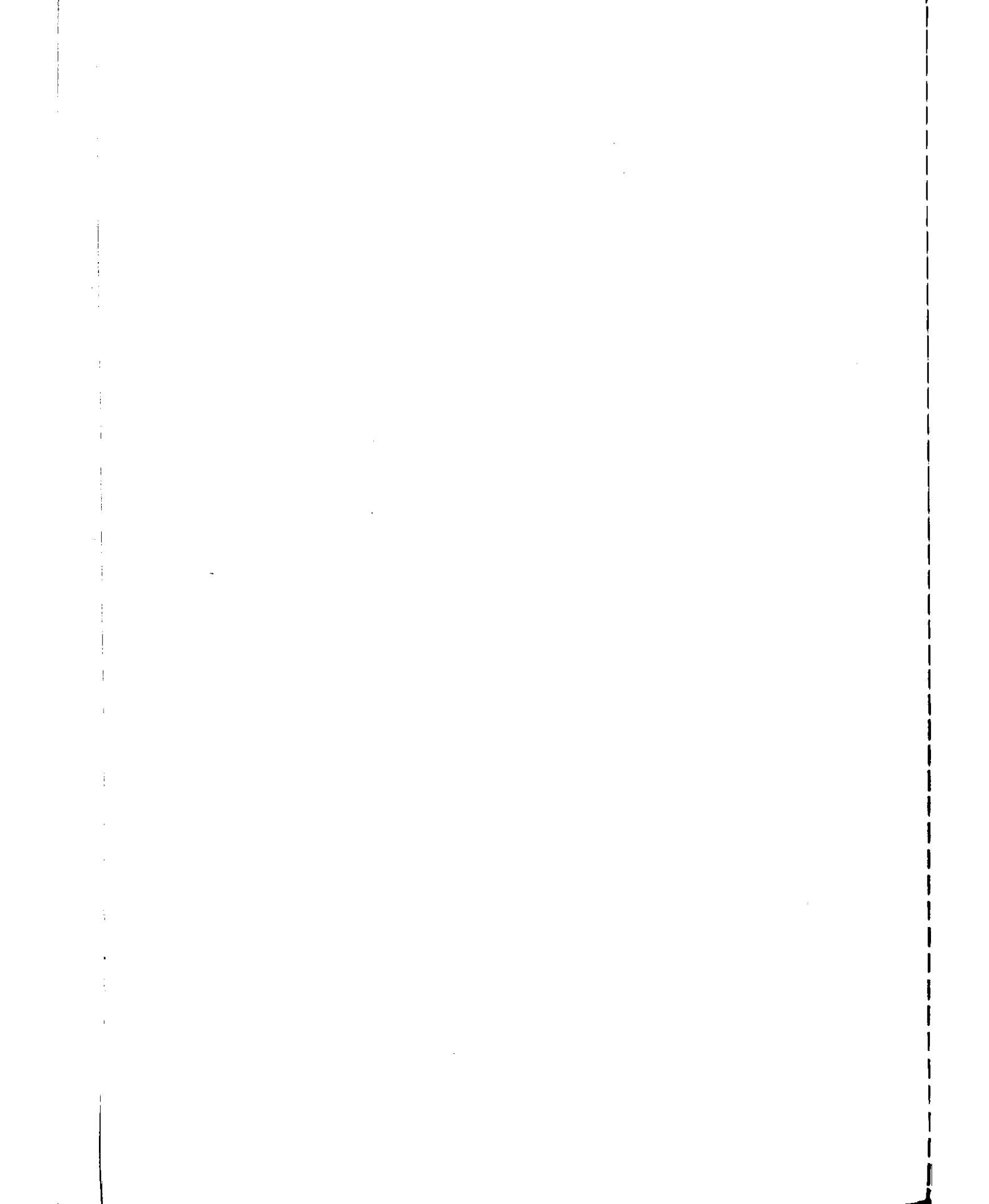
qui ont permis à la Cour de se servir de ce même article 128, bien qu'il n'ose pas encore le citer. Peut-être parce que la formation professionnelle était toujours rapprochée du monde du travail et échappait en tout au système d'enseignement. Peut-être aussi parce que l'insertion systématique de l'article 128 interdisait de faire le pont entre ces deux réalités: l'éducation scolaire et le monde du travail.

8. Un autre acte important, à la fois par son contenu, et par sa proximité chronologique du moment où la Cour a rendu l'arrêt Gravier, est la Résolution du Parlement Européen du 13 mars 1984¹ sur l'enseignement supérieur et le développement de la coopération universitaire dans la Communauté Européenne.

Les fondements de la Résolution ne sont que la résolution du 9 février 1976 et quelques autres références à des résolutions et des propositions de résolutions du Parlement. Il n'y a encore aucune référence à un article spécifique du Traité. On est en mars 1984 et personne, même le Parlement Européen qui est une institution favorable à une forte dynamique d'intégration européenne, n'avait pas encore pensé à utiliser l'article 128 comme base, ou point de partie, d'une activité communautaire dans un domaine où jusqu'à présent manquait nettement de fondement juridique.

Les considérants de la résolution sont pleins de références au rôle instrumental de l'éducation dans l'avenir de la Communauté et à la façon dont le problème de l'éducation peut conditionner le

¹ JO n° C 104 du 16.4.84, p. 50.



développement de l'Europe, en tant qu'ensemble économique, par rapport à ses adversaires plus directs, les États-Unis et le Japon.

C'est une approche globale du phénomène de l'éducation par rapport à un univers plus vaste, le sociétal, où l'on s'aperçoit des relations de cause-effet.

Mais ce ne sont pas des considérations politico-philosophiques sur la nature et le but de la Communauté Européenne et de son projet qui nous intéressent en ce moment. Ce qu'on essaye d'analyser ne sont que les aspects juridiques - soit la base juridique des actes, soit sa nature, soit les effets juridiques qu'ils peuvent produire - en liaison avec une certaine substance, dans le cas présent, celle qui est le coeur du programme ERASMUS. Et si on analyse des actes d'institutions et d'organes qui n'ont pas un pouvoir décisionnel, c'est parce qu'ils peuvent nous aider à comprendre et à joindre, dans un moment donné, les pièces du puzzle et faire le compte-rendu de la situation dans ses différents jalons et voir comment un acte juridique formel et contraignant qui aujourd'hui existe, a dû souffrir un long processus pour que les idées qui sont les siennes aient pu trouver un minimum de fondement juridique qui leur permettaient son adoption légale.

Quant au fond, cette Résolution insiste de nouveau sur le problème des échanges d'étudiants entre les universités, faites sur base d'une coopération inter-universitaire et en assurant leur succès par la reconnaissance de périodes d'études à l'étranger. Les 34 points de la résolution transmettent cette idée, déjà présente dans d'autres actes antérieurs, que la mobilité des étudiants et la

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

coopération universitaire sont des prémisses essentielles dans une double perspective: sur le plan subjectif, parce qu'elles permettent aux étudiants bénéficiaires de la mobilité, qu'on prétend en nombre toujours grandissant, de mieux comprendre d'autres peuples, d'autres pays et d'autres cultures et de mieux accepter cette Europe qu'on est en train de faire; sur le plan objectif, en tant que forme qui permet de mieux profiter du potentiel intellectuel de l'Europe, à travers des projets communs entre différentes universités, en faisant comme une sorte de transposition pour le champ de l'éducation de l'idée de base qui préside au Marché Commun, c'est-à-dire, les avantages d'un grand marché par rapport à un marché national refermé sur soi-même.

3. Le programme COMETT

9. Il serait aussi intéressant de s'arrêter à un autre acte qui a précédé l'adoption de l'ERASMUS, la Décision du Conseil de 24 juillet 1986 portant adoption du programme de coopération entre l'université et l'entreprise en matière de formation dans le domaine des technologies (COMETT)¹.

L'intérêt de cette décision est qu'elle a la même base juridique que le programme ERASMUS, les articles 128 et 235 et la décision du 2 avril 1963 concernant la politique commune de formation professionnelle. Elle est aussi un acte du Conseil, un acte communautaire stricto sensu, et surtout, un acte juridique formel et obligatoire dans le sens de l'article 189.

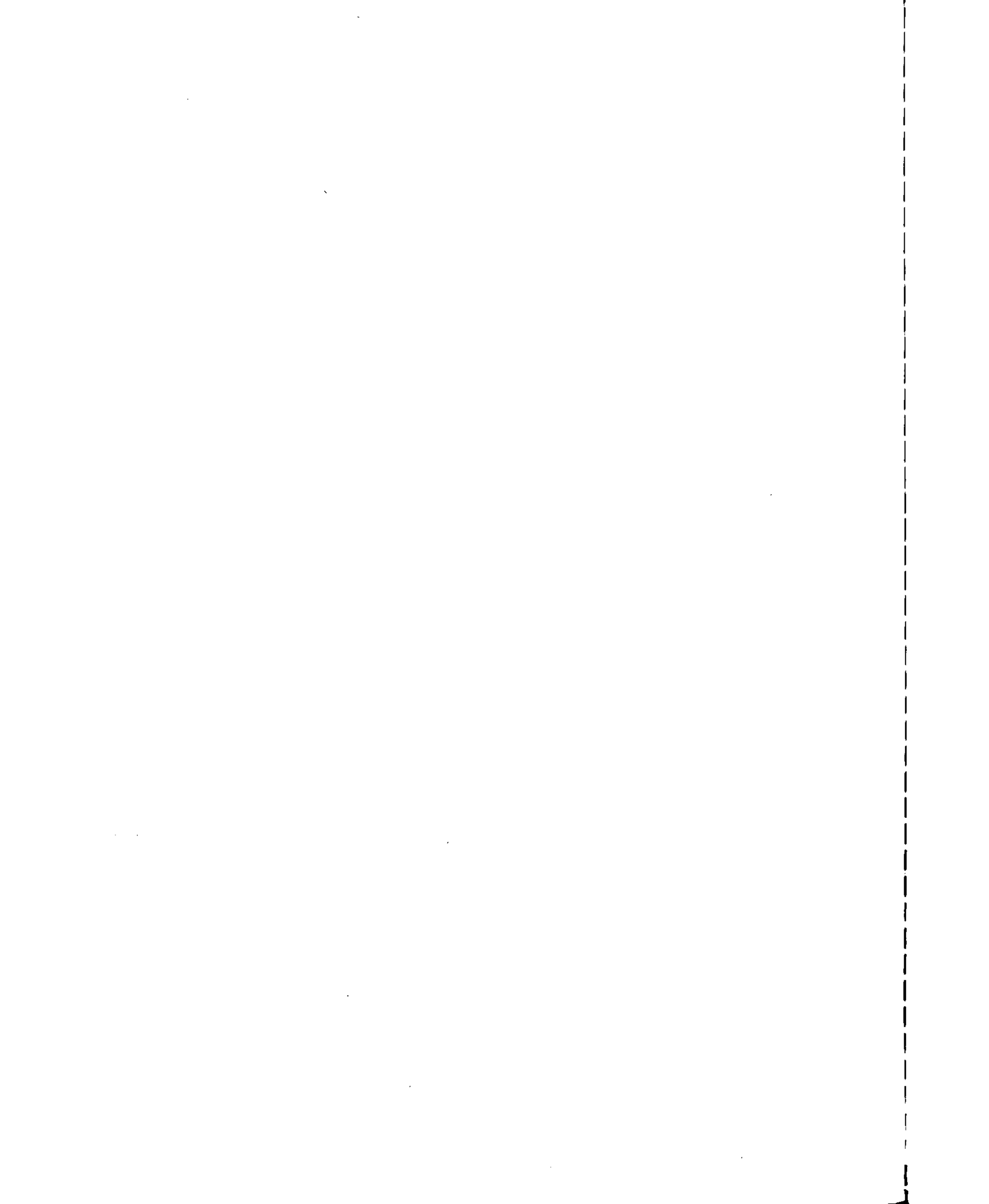
¹ JO n° L 222 du 24.7.86, p. 17.

Quant au fond, son objet est beaucoup plus limité que celui de l'ERASMUS pour ce qui nous intéresse. Elle ne se concentre pas, comme celui-ci, sur le domaine de l'éducation, mais surtout sur la volonté de stimuler une coopération entre universités et entreprises dans le domaine des technologies. L'aspect éducation est présent dans la Décision, mais d'une forme plus nuancée dans la mesure où il est instrumentalisé par rapport à un objectif très précis: celui de fournir une base solide de recherche dans le secteur des technologies, comme il résulte des objectifs du programme COMETT énoncés à l'article 3.

Alors qu'on ne peut pas dire qu'on est en présence d'un acte juridique obligatoire dans le domaine de l'éducation mais plutôt d'un acte juridique qui ne touche l'éducation que d'une façon partielle et non principale, c'est-à-dire, dans les zones qui se rapportent avec le domaine des technologies.

Et dans cette perspective, l'aspect formation professionnelle devient plus clair dans la mesure où il s'agit de rapprocher les universités, conçues dans le sens large de l'article 2, des entreprises, ça veut dire, du monde du travail. Cependant, on remarque l'évolution par rapport au champ d'application de la Décision du 2 avril 1983 concernant la formation professionnelle où ce concept n'incluait pas, comme on a vu, l'enseignement supérieur.

Dans l'espace de temps qui s'est écoulé entre les deux décisions, la réalité sociale a évolué dans un sens qui a fait changer l'idée de formation professionnelle: l'étendre aussi à ceux



qui ont des diplômes de niveau universitaire et qui peuvent devenir des cadres supérieurs d'entreprise.

De toute façon, le lien avec le monde du travail est très net, ce qui nous permet de comprendre la référence à l'article 128 dans son sens normal, celui de la vraie formation professionnelle.

4. Le programme Erasmus

10. Et on arrive à notre point de départ, le programme ERASMUS, le premier acte juridique formel et obligatoire au sens de l'article 189 du Conseil en matière d'éducation. C'est la première fois aussi qu'un acte qui ne concerne que des questions d'éducation invoque l'article 128 comme base juridique. C'est vrai qu'il se réfère aussi à l'article 235. Et on doit dire que cette référence à l'article 235 n'a été faite que par le Conseil, ce qui l'a amené à ajouter le dernier considérant¹. Ni la proposition de la Commission², ni les avis du Parlement³ et du Comité Economique et Social⁴ ne s'étaient référés à l'article 235.

Le Conseil, soucieux des conséquences que la seule référence à l'article 128 pouvait entraîner, y a ajouté l'article 235, ce qui a provoqué immédiatement un recours, introduit à la Cour de Justice le 7 août 1987⁵, par la Commission contre le Conseil en demandant la nullité de l'adjonction de l'article 235 comme base juridique de

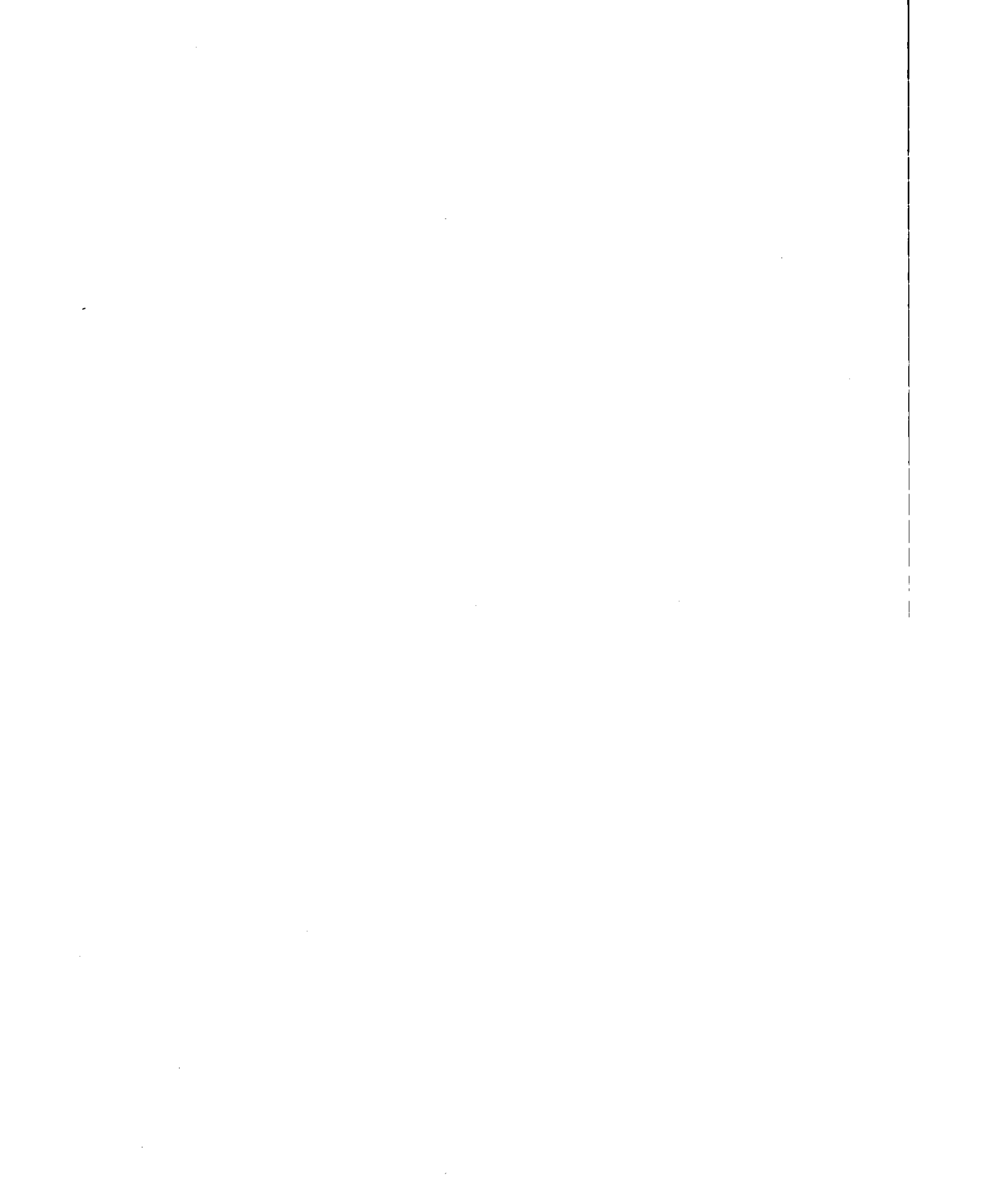
¹ K. Lenaerts, op. cit., note 10.

² JO n° C 73 du 2.4.86, p. 4.

³ JO n° C 148 du 16.6.86, p. 124.

⁴ JO n° C 189 du 28.7.86, p. 8.

⁵ JO n° C 242 du 9.9.87, p. 4.



... l'ERASMUS ou, à titre subsidiaire, la déclaration de nullité de toute la décision du 15 juin 1987.

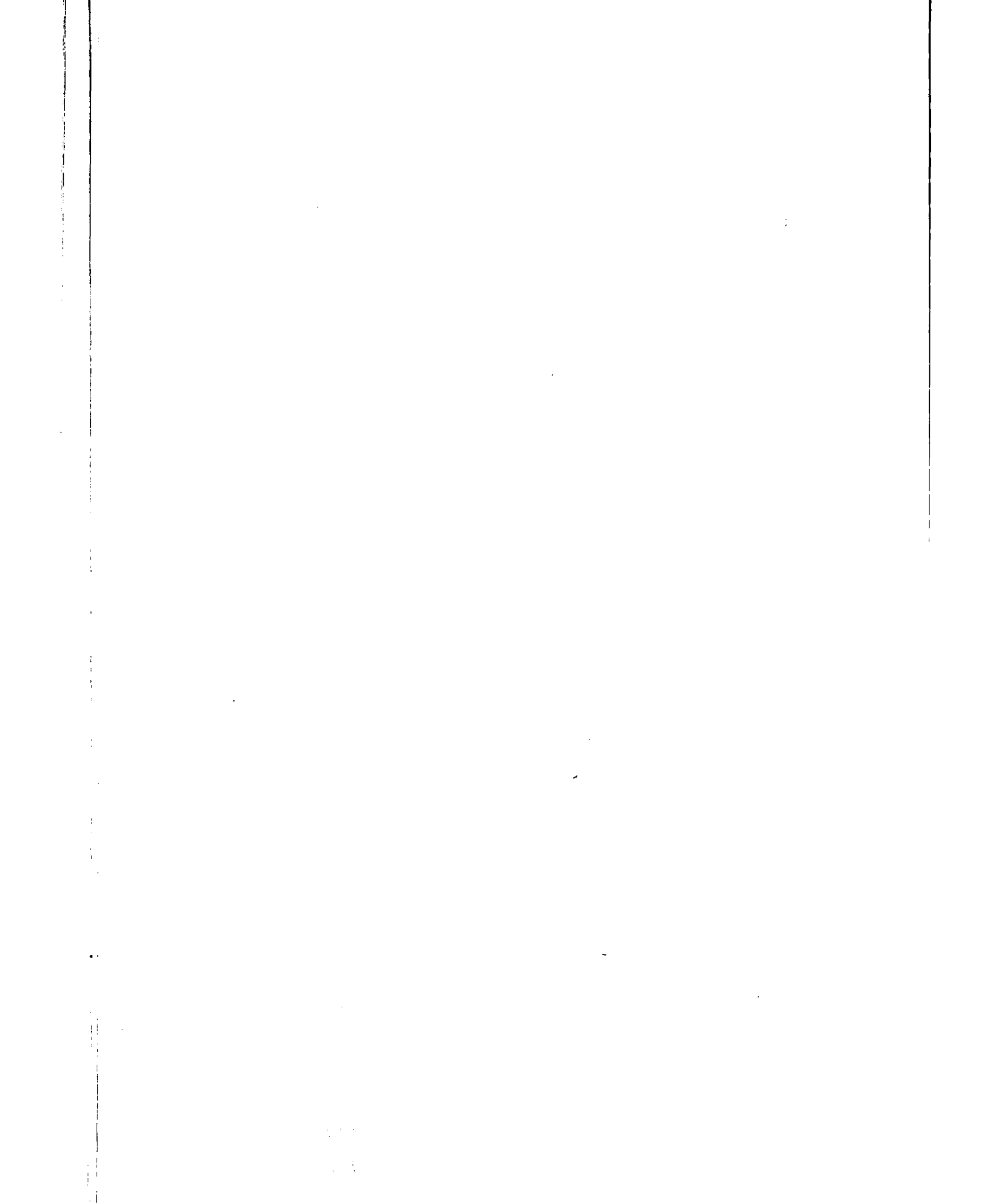
Indépendamment du résultat du recours de la Commission, nous pensons que nous pouvons tirer les conclusions suivantes:

-Le Conseil a adopté pour la première fois un acte juridique formel et obligatoire, au sens de l'article 189, en indiquant comme base juridique des dispositions du Traité, dans le domaine de l'éducation.

-La Décision concerne purement le domaine de l'éducation dans la mesure où on se réfère aux établissements d'enseignement supérieur de tout type, sans aucune sorte de limitations.

-Cette Décision a été adoptée en juin de 1987, deux ans après que la Cour de Justice ait rendu l'arrêt Gravier, où la connexion entre la formation professionnelle et l'enseignement supérieur a été établie, comme on a vu.

-La Décision ne se réfère jamais à cette liaison entre l'enseignement supérieur et la formation professionnelle. Elle a délaissé cette dernière pour ne s'occuper que de l'enseignement supérieur en termes qui relèvent du domaine exclusif de l'éducation. En plus, les idées qui sont à la base de la Décision sont des idées qui étaient présentes il y a longtemps dans l'esprit des institutions et organes communautaires, mais qui n'avaient jamais trouvé expression dans un acte juridique communautaire pur.



-Elle n'a été adoptée qu'après un arrêt de la Cour, l'affaire Gravier, ait établi le lien entre le concept de formation professionnelle de l'article 128 et l'enseignement supérieur.

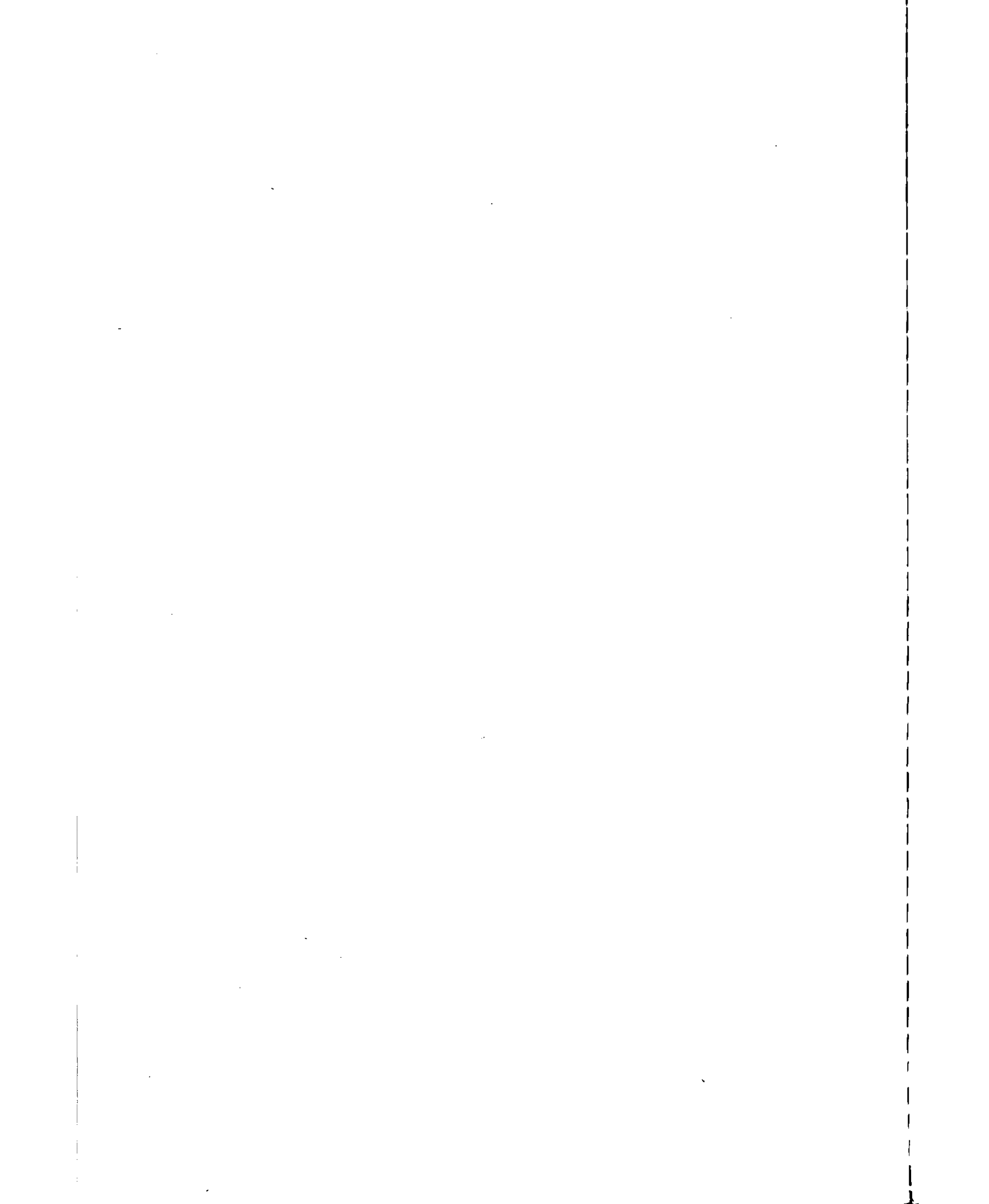
Ces faits nous autorisent à conclure que la prise d'une Décision par le Conseil tel que le programme ERASMUS, en ce moment, n'a pas été faite au hasard. Bien au contraire, il a bien voulu profiter "d'une piste" ouverte par la jurisprudence de la Cour de Justice. Il nous semble difficile de croire que la chronologie des faits énoncés permet de considérer le moment d'adoption de la Décision ERASMUS comme le résultat d'une simple coïncidence.

Il en va de tout différemment, ERASMUS est une Décision qui a attendu un temps considérable. Dès 1974 qu'on avait l'envie de mettre en oeuvre un programme de ce genre. Par le fait d'être le premier acte juridique communautaire dans le champ de l'éducation sera peut-être le premier jalon d'une éventuelle future politique communautaire sur ce sujet. Dans ce sens, il nous semble qu'il représente plus qu'un "saut qualitatif" ¹ en ce qui concerne les aspects juridiques, il est plutôt une sorte de "révolution spectaculaire" dans les pouvoirs d'action de la Communauté.²

11. Mais ERASMUS, et le processus qui le précède, sont aussi éclaircissants de la façon dont la Communauté se fait et dont l'intégration européenne se développe.

¹ F. Van Craeyenert, op. cit., p.6

² B. De Witte, "The Scope of Community Powers in Education and Culture in the Light of Subsequent Practice", en Roland Biber/George Reise, "Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts", Baden-Baden, 1987.

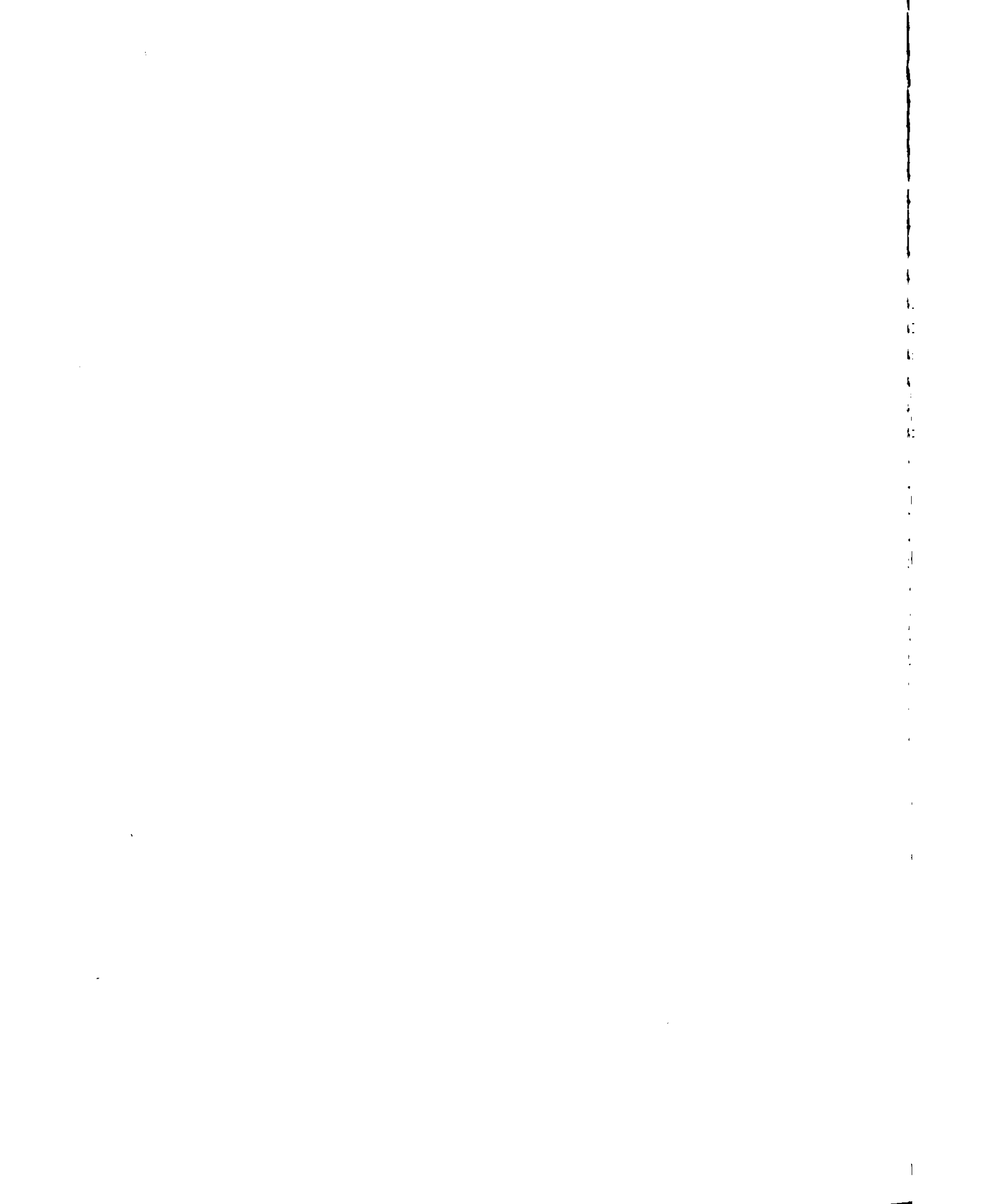


On avait vu un article du traité sur la formation professionnelle, l'article 128. Cet article, par son insertion systématique, par la notion qu'on avait de formation professionnelle et surtout par la Décision du 2 avril 1963 qui a établi les principes généraux d'une telle politique, était très loin de tout éventuel rapprochement au domaine de l'éducation.

Cependant, soit l'idée de formation professionnelle a acquis une signification plus vaste, et peut-être moins elitiste, dans la mesure où elle se détache de sa liaison avec la main-d'oeuvre pour comprendre toutes les activités professionnelles, ce qui ne doit pas être considéré comme l'effet d'une utilisation abusive par le jargon communautaire, mais plutôt comme un reflet du développement social et des idées que lui servent de base. Soit aussi le fait que la dynamique communautaire a commencé à poser, peu à peu, la nécessité d'une action communautaire dans les domaines qui sont purement placés dans le champ de l'éducation et, donc, hors des compétences attribuées à la Communauté Européenne.

Alors on assiste, d'une part, à un développement de la notion de formation professionnelle, que la Communauté doit sans doute accompagner et d'autre part à des pressions, de nature diverse, pour des actions en matière d'éducation. Mais ce dernier sujet était si étranger aux compétences de la communauté qu'aucune mesure communautaire, avec des effets juridiques, n'a jamais été prise.

A un moment donné, les juges de la Cour de Justice, peut-être conscients de la situation créée par ces deux questions, ont osé faire le pont et établir la connexion entre elles dans l'arrêt Gravier.

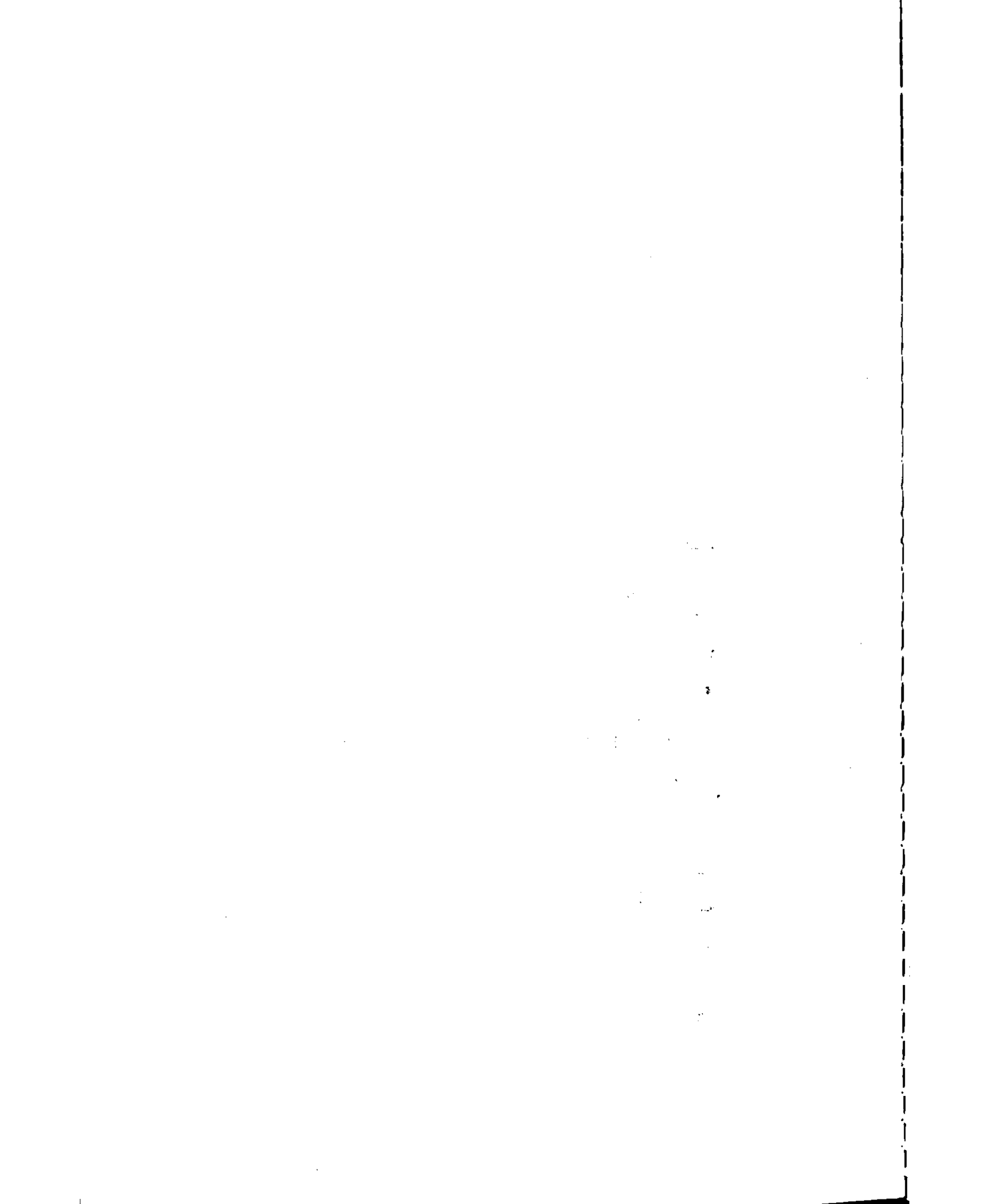


C'était ce qu'on attendait pour déclencher une action législative dans le domaine de l'éducation: une légitimation juridique. La Cour l'a découvert et l'a fait avec le poids de son autorité en matière d'interprétation du Traité.

Depuis ce moment-là, il n'a pas fallu attendre longtemps pour voir les institutions politiques de la Communauté prendre des mesures, juridiquement contraignantes, en cette matière. Avant l'arrêt Gravier aucune mesure n'a été prise. Et la Décision n'a pas déjà aucune référence au problème de la formation professionnelle, ce qui nous permet de prévoir que d'autres actes en matière d'éducation seront pris dans l'avenir. Et alors, toute une politique communautaire en matière d'éducation commencera à prendre forme.

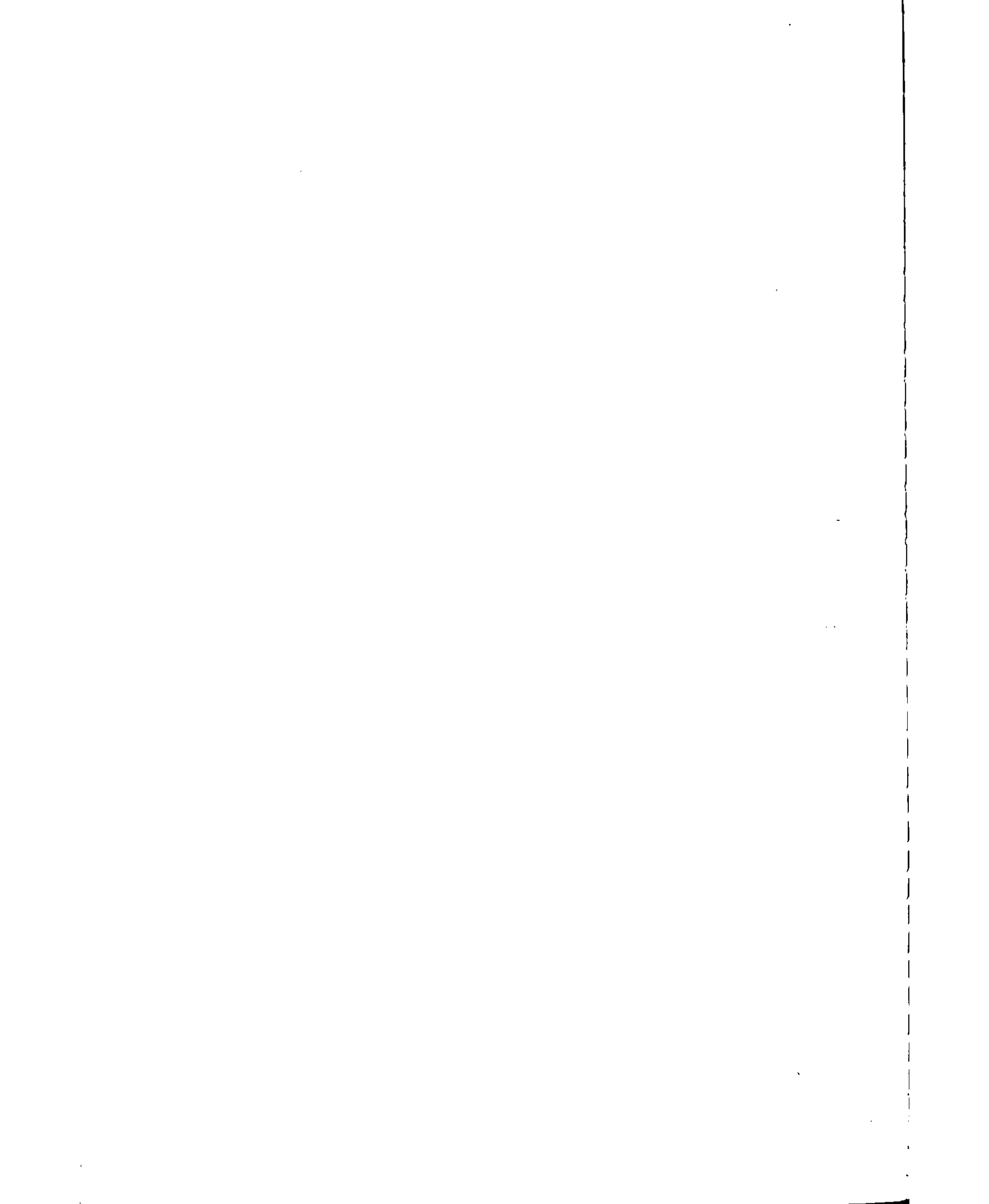
Donc, on peut dire que la Cour a joué un rôle décisif dans ce domaine. Elle a donné la clé de la solution d'un problème qu'on se posait depuis longtemps mais pour lequel on ne trouvait pas de réponse.

Avant de conclure, il convient de remarquer qu'il semble que les institutions communautaires se sentent beaucoup plus à l'aise lorsqu'elles prennent des mesures contraignantes dans des domaines qu'appartiennent à la zone grise des pouvoirs communautaires et, donc, posent des problèmes de légitimité d'action à son égard, mais à propos desquels la Cour de Justice, en utilisant la méthode téléologique d'interprétation, réussit à lui trouver un support juridique constitutionnel, comme dans le cas étudié ci-dessus, plutôt que de passer directement à l'action législative en ne se servant que de la clause des pouvoirs implicites de l'article 235. Cette



spécificité de l'intégration européenne renforce le pouvoir et l'autorité de la Cour de Justice dans la Communauté Européenne et nous fait penser que "l'Europe des Juges"¹ n'est pas une expression vide de contenu.

¹ R. Lecourt, op. cit., p. 157.



Conclusions

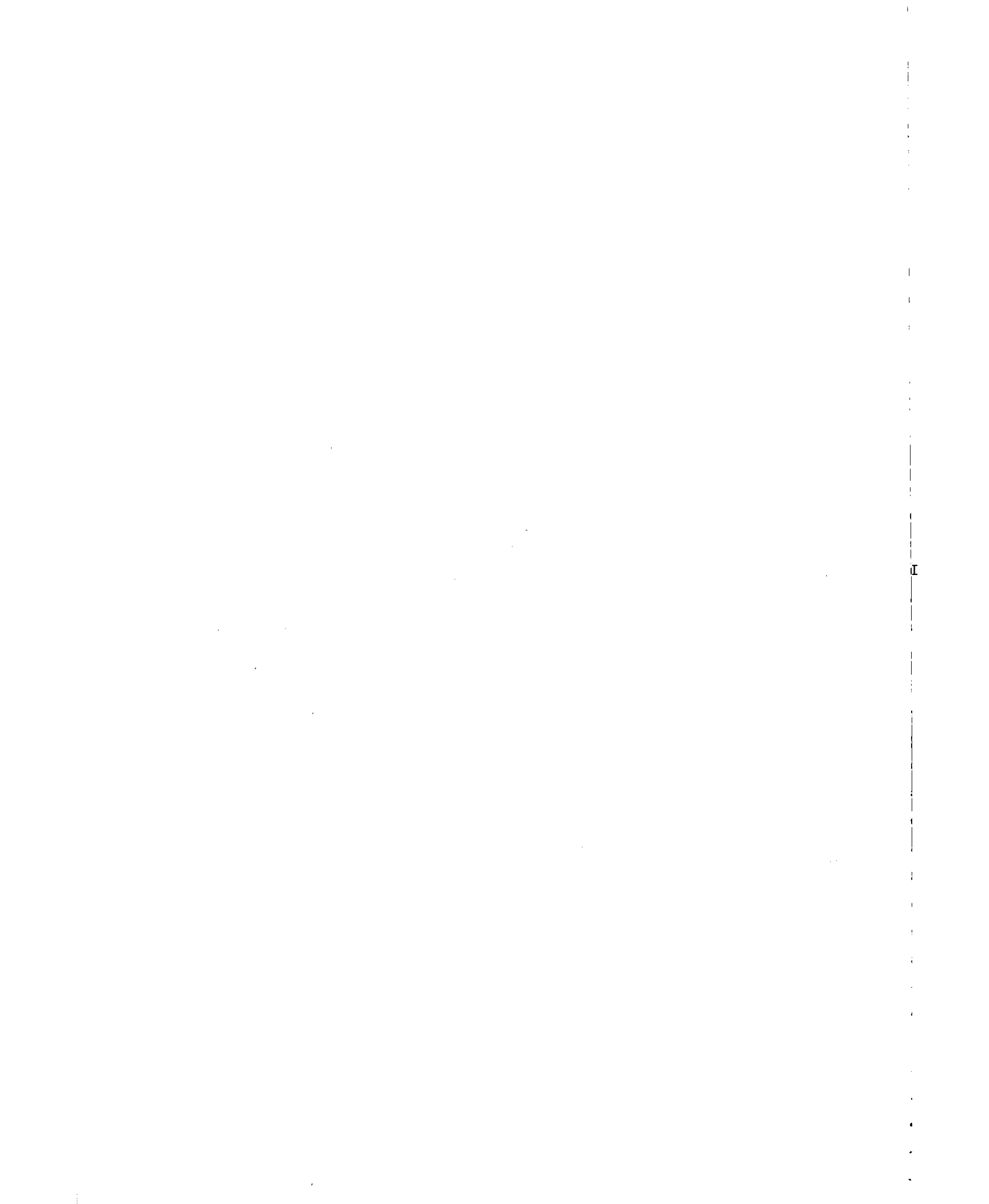
Il ressort de notre dissertation que la Cour de Justice joue en matière de la libre circulation des personnes, une des quatre libertés fondamentales instituées par le Traité de Rome dans le but de la construction du Marché Commun, un rôle fondamental. La Cour devient, alors, une institution de première importance dans la réalisation d'un des grands objectifs institués par le traité.

Nous pensons que nous pouvons classifier l'action de la jurisprudence de la Cour, dans ce domaine, en trois grandes directions, qui reflètent trois différents types d'effets.

1- Dans un premier temps, nous avons la jurisprudence de la Cour qui, par le biais de son pouvoir d'interprétation du Traité, vient éclaircir certains aspects et concepts fondamentaux de la libre circulation des personnes.

En utilisant une méthode d'interprétation téléologique, la Cour essaye d'étendre au maximum la portée des concepts sur lesquels elle a été demandée à se prononcer, en élargissant, de cette façon, le champ d'application de cette liberté fondamentale.

Dans la première partie de notre dissertation nous trouvons nombreux exemples de ce type d'orientation de la Cour.



Par exemple, la notion de travailleur rendu dans l'arrêt Levin¹. Dans cette affaire la Cour donne une définition de la notion de travailleur qui permet à quelqu'un qui se déplace dans un autre Etat membre et y trouve une "occupation", en contre partie d'une petite rémunération, de réclamer la protection du droit communautaire.

Il en a été de même des situations qu'on a appelées de rattachement communautaire². Dans ces cas-là, bien qu'il n'ait pas des mouvements transfrontaliers, la Cour a permis aux ressortissants en cause de faire valoir le droit communautaire dans son propre Etat. Elle a interprété le principe de la non-discrimination de façon à faire équiper à la non-discrimination en raison de la nationalité, la non-discrimination en fonction du pays d'acquisition des qualifications professionnelles.

L'interprétation de l'article 48 alinéa 4 est un autre bon exemple de cette interprétation maximaliste du champ d'application du Traité. En restreignant l'exception contenue dans cette disposition aux emplois dans l'administration publique qui participent à l'exercice de l'autorité publique, la Cour admet, a contrario, que la grande majorité des emplois publics sont accessibles aux ressortissants des autres Etats membres³.

Il en est encore de même de l'utilisation de la clause d'ordre public. Par l'introduction du principe de la non-discrimination dans l'application de cette clause, la Cour a beaucoup limité la marge du

¹ supra, p. 11.

² supra, p. 22 et s.

³ supra, p. 34.



pouvoir discrétionnaire des Etats membres dans l'application de cette exception à la libre circulation des personnes¹.

Ainsi, nous pouvons dire que la Cour, à travers son interprétation des dispositions concernant la libre circulation des personnes, a maximalisé le champ d'application de cette liberté, soit en y donnant une interprétation extensive et téléologique des notions fondamentales, soit en restreignant de beaucoup la portée des exceptions à ce principe.

2- Dans un deuxième temps, la jurisprudence de la Cour en matière de la libre circulation des personnes s'oriente vers la fonction de création du droit.

Nous n'avons pas la prétention d'entrer dans la discussion théorique sur le système juridique de la Communauté. Cependant, nous avons vu qu'il y avait des domaines où la Cour, en fait, jouait un rôle de création de droit. Nous nous référons soit à la jurisprudence qui faisait rentrer dans le champ d'application du traité des catégories des personnes que jusque là étaient, en effet, en dehors du traité, soit à ce problème plus délicat de l'étendue du droit de séjour dans la Communauté.

Dans le premier cas de figure, nous avons les arrêts Luisi et Carbone et Gravier qui permettent aux touristes et aux étudiants de l'enseignement supérieur d'invoquer les règles du droit communautaire.

¹ supra, p. 43.



Nous avons vu que l'exercice d'une activité économique était le critère qui découlait du Traité pour l'application des normes concernant la libre circulation des personnes. Après ces deux arrêts, touristes et étudiants rentrent dans le champ d'application de cette liberté¹. Il n'y a aucun doute que ni les uns, ni les autres, n'exercent pas une activité de caractère économique. Cependant, la Cour a élaboré des raisonnements juridiques qui ont permis à ces deux catégories de personnes d'être couvertes par le droit communautaire.

Il nous semble, donc, que dans ces cas on ne peut pas parler d'interprétation du droit, mais plutôt de création de droit dans la mesure où le saut opéré par ces arrêts de la Cour est si grand et si innovateur, par rapport soit au texte du Traité, soit à son économie, qu'il n'y a plus lieu de considérer cette jurisprudence comme interprétative.

Le problème du droit de séjour a fait l'objet de plusieurs considérations au long de notre thèse. La cause de toutes ces références est le fait que nous pensons qu'il constitue un exemple clair de l'action créatrice de la Cour de Justice.

En effet, le droit de séjour était limité aux bénéficiaires de la libre circulation et à ceux qui, par le fait d'avoir des liens étroits avec ces bénéficiaires ont été objet de mesures de droit dérivé qui leur conféraient ce droit. Cependant, il y avait une proposition de directive de la Commission qui visait la

¹ Supra, p. 58 et 91.

1857

1858

1859

1860

1861

1862

1863

généralisation du droit de séjour et que le conseil n'a jamais adoptée¹.

La Cour de Justice, en rendant les trois arrêts, Levin, Luisi et Carbone et Gravier, a établi une jurisprudence qui reprend en pratique l'idée fondamentale de la proposition de directive: l'attribution du droit de séjour à tous ceux qui par le fait de ne pas exercer une activité économique, ni être en rapport avec ceux qui l'exercent, n'en bénéficiaient pas encore.

En effet, si dans l'arrêt Levin² la Cour posait comme condition l'exercice d'une activité économique, bien que réduite et dont la rémunération perçue n'était pas importante, dans l'arrêt Luisi et Carbone³ la Cour en reconnaissant le droit de séjour aux touristes, qui sont comme que la catégorie résiduelle par rapport à tous ceux qui se déplacent dans le but de l'exercice d'une activité économique, étend ce droit de séjour, potentiellement, à tous les ressortissants communautaires qui envisagent se rendre dans un autre Etat membre. La condition de l'exercice d'une activité économique est complètement absente. Dans l'arrêt Gravier⁴, la Cour accorde le droit de séjour à un groupe déterminé de personnes: les étudiants de l'enseignement supérieur.

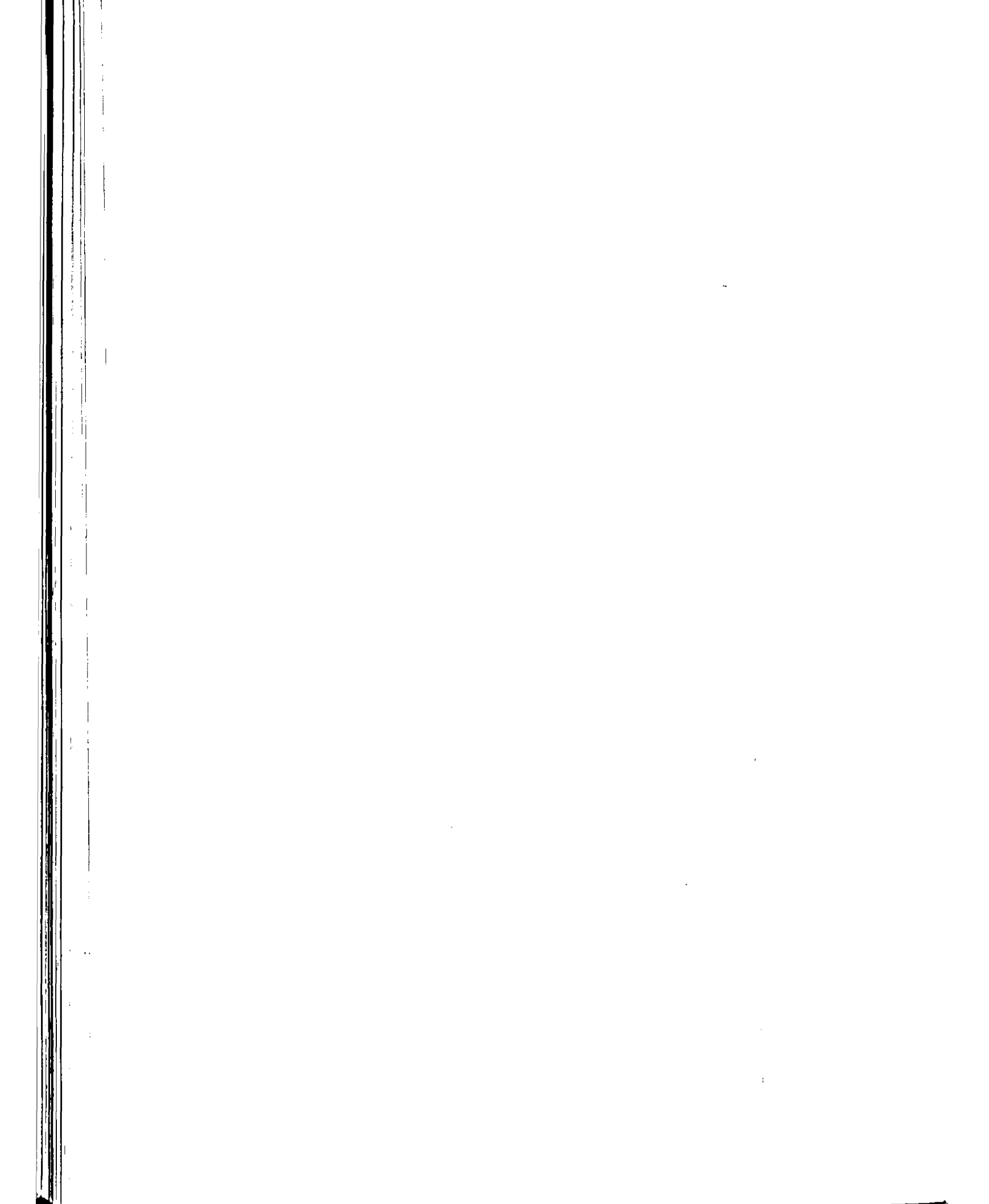
Il nous semble, donc, que la Cour dans ces trois arrêts est parvenue au résultat qu'on essayait d'obtenir par l'approbation de la

¹ Supra, p. 38

² Supra, p. 11.

³ Supra, p. 59

⁴ Supra, p. 91.



proposition concernant le droit de séjour. Et, évidemment, que la Cour en portant, par le biais de sa jurisprudence, à un résultat qu'on l'attendait d'être achevé par voie législative, se place dans une position qui dépasse sa fonction d'institution judiciaire pour la faire devenir une institution qui crée aussi le droit.

En plus, la Cour le fait sur un terrain où les aspects politiques de la Communauté ressortent avec beaucoup plus d'évidence. La proposition de directive n'a jamais été adoptée, parce que pour certains Etats membres, elle aurait conduit à des résultats politiquement non-désirables. Alors, dès le moment où la Cour émane des décisions que, quant au fond, créent le même type de cadre juridique que celui envisagé par cette proposition, elle se place aussi sur le terrain de la politique d'intégration européenne.

3- Une troisième et dernière direction est celle des répercussions de la jurisprudence de la Cour dans l'activité des autres institutions de la Communauté. On a vu cette question à propos des conséquences, sur le plan législatif, de l'arrêt Gravier¹.

En effet, la Cour dans cet arrêt a considéré que la formation professionnelle relevait du domaine d'application du Traité d'une façon autonome, en se fondant sur l'article 128. Ensuite, elle donne une définition de la notion de formation professionnelle. Par le biais de cette construction juridique, le pont entre l'enseignement et le Traité était jeté.

¹ Supra, p. 100 et s.

Alors, quelque peu de temps après, on voit une directive du Conseil, concernant l'enseignement supérieur, et sans aucune référence à la formation professionnelle, fondée sur le même article 128¹. La construction juridique opérée par l'arrêt Gravier produisait déjà ses effets au niveau législatif.

Il semble, donc, que la jurisprudence de la Cour peut être aussi utilisée, par les institutions législatives, pour pousser les limites matérielles du Traité. L'éducation était clairement un problème étranger à la Communauté Européenne. Toutefois, elle voulait entreprendre une action dans ce domaine, mais il lui manquait le fondement juridique pour le faire. A partir du moment où la Cour a interprété l'article 128 de la façon révolutionnaire mentionnée ci-dessus, les autres institutions se sont senties plus à l'aise pour prendre des mesures concernant l'éducation². L'ERASMUS est un bon exemple de ce qu'on vient de dire.

On peut dire, alors, que cette troisième catégorie d'effets de la jurisprudence de la Cour s'analyse dans un plan inter-institutionnel. La Cour ne crée pas une politique nouvelle. Elle se limite, avec le poids et l'autorité de son pouvoir d'interprétation du Traité, à jeter les bases juridiques qui permettent une action communautaire en matière d'éducation, menée par les autres institutions.

Nous croyons, donc, que la Cour de Justice, en matière de la circulation de personnes, joue un rôle principal dans la Communauté.

¹ Supra, p. 117.

² Supra, p. 120.



Elle ne se limite pas à faire une interprétation maximaliste des dispositions du Traité, mais elle participe dans la création du Droit en ce domaine, en sanctionnant quelques fois l'inaction du législateur, de même qu'elle ouvre les portes à des sujets nouveaux aux compétences communautaires.

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

BIBLIOGRAPHIE

- Amphoux, J., "Chroniques de Jurisprudence", Cahiers de Droit Européen, 1987, p. 160.
- Cerexhe, E., "Le Droit Européen, la libre circulation des personnes et des entreprises", Nauwelaerts, 1982.
- De Witte, B., "The Scope of Community Powers in Education and Culture in the Light of Subsequent Practice", en Roland Biber/George Reise, "Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts", Baden-Baden, 1987.
- Demaret, P. et B. Ernst de la Graete, Ordre Public et Libre Circulation des Personnes, Cahiers de Droit Européen, 1983, p. 264.
- Druesne, G., "Droit matériel et politiques de la Communauté Européenne", PUF, 1986.
- Druesne, G., "Liberté de Circulation des Personnes", Revue Trimestrielle de Droit Européen, 1984.
- Druesne, G., "Liberté de circulation des personnes", Revue Trimestrielle de Droit Européen, 1982.
- Flynn, J., "Gravier: suite du feuilleton", EUI Workshop Papers, Doc. IUE 360/87 (col. 87).
- Gomes Canotilho, Vital Moreira, "Constituição da República Portuguesa, Anotada", Coimbra Editora, 1980.
- Lasok, D., "The Profession and Services in the European Economic Community", Kluwer, 1986.
- Lecourt, R., "L'Europe des Juges", Bruxelles, Bruylant, 1976.
- Lenaerts, K., "ERASMUS: Legal basis and implementation", EUI workshop Papers, Doc. IUE 364/87 (Col 82).



Louis, J. U., "Free Movement of Tourists and Freedom of Payments in the Community: the Luisi et Carbone Judgement", Common Market Law Review, n° 21, 1984.

Molinho de Almeida, J. C., "Direito Comunitário", Centro de Publicações do Ministério da Justiça, Lisboa, 1985.

O'Keefe, D., "Practical Difficulties in the Application of Article 48 of the EEC Treaty", Common Market Law Review, 1982.

Séché, J. S., "Prestations des services et devises", Cahiers de Droit Européen, 1984.

Starkie, G., "Libre Circulation et Enseignement", Cahiers de Droit Européen, 1984.

Van Craeynest, F., "La Nature Juridique des résolutions sur la coopération en matière d'éducation", EUI Workshop Papers, DOC. IUE 366/87 (Col. 84).

Van Raepenbusch, S., "Sécurité Sociale et égalité de traitement", Cahiers de Droit Européen, 1986.

Watson, P., Case Law, Common Market Law Review 24, 1987.



