

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
présentées le 11 juillet 2002 ¹

I — Introduction

1. La présente demande de décision préjudicielle a un caractère inhabituel. L'Immigration Adjudicator (Royaume-Uni) (première instance juridictionnelle en matière d'entrée et de séjour des étrangers) saisit à nouveau la Cour d'une demande identique — en ce qui concerne les parties et le litige au principal ainsi que l'objet des questions — à celle qu'il lui avait déjà adressée en 1998 et à laquelle il a reçu une réponse circonstanciée.

2. Toutefois, le juge britannique ne se borne pas à demander un nouvel examen à la lumière des éléments d'appréciation qu'il énumère, mais invite la Cour à définir, de manière générale, les mécanismes dont disposent la juridiction nationale et les parties au principal pour assurer que le déroulement de la procédure devant la Cour a satisfait aux exigences de la convention européenne des droits de l'homme, ainsi qu'à déclarer si, lors de son premier renvoi préjudiciel, ces exigences ont été respectées.

3. Le problème général qui sous-tend ce nouveau renvoi préjudiciel est celui de la conformité de la procédure devant la Cour, notamment de la possibilité limitée offerte aux parties d'être entendues après la présentation des conclusions de l'avocat général, aux exigences d'un procès équitable telles que les interprète la Cour européenne des droits de l'homme.

II — Dispositions communautaires pertinentes

4. L'article 7, paragraphes 1 et 2, du règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté², dispose:

«1. Le travailleur ressortissant d'un État membre ne peut, sur le territoire des autres États membres, être, en raison de sa nationalité, traité différemment des travail-

1 — Langue originale: l'espagnol.

2 — JO L 257, p. 2.

leurs nationaux, pour toutes conditions d'emploi et de travail, notamment en matière de rémunération, de licenciement, et de réintégration professionnelle ou de réemploi s'il est tombé en chômage.

6. L'article 4, paragraphe 4, de la directive 68/360/CEE du Conseil, du 15 octobre 1968, relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des États membres et de leur famille à l'intérieur de la Communauté³, énonce:

2. Il y bénéficie des mêmes avantages sociaux et fiscaux que les travailleurs nationaux.»

«Lorsqu'un membre de la famille n'a pas la nationalité d'un État membre, il lui est délivré un document de séjour ayant la même validité que celui délivré au travailleur dont il dépend.»

5. L'article 10, paragraphe 1, du même règlement est libellé comme suit:

«Ont le droit de s'installer avec le travailleur ressortissant d'un État membre employé sur le territoire d'un autre État membre, quelle que soit leur nationalité:

- a) son conjoint et leurs descendants de moins de vingt et un ans ou à charge;
- b) les ascendants de ce travailleur et de son conjoint qui sont à sa charge.»

III — Cadre juridique national

7. Les dispositions pertinentes du droit national sont l'Immigration Act 1971 (loi de 1971 relative à l'immigration), l'Immigration (European Economic Area) Order 1994 (ordonnance de 1994 relative à l'immigration en provenance de l'Espace économique européen, ci-après l'«EEA Order») et les United Kingdom Immigration Rules (House of Commons Paper 395) (règles sur l'immigration adoptées par le Parlement du Royaume-Uni en 1994) dans leur version en vigueur à la date des faits au principal (ci-après les «Immigration Rules»). Ces dispositions régissent l'admission et le séjour au Royaume-Uni.

³ — JO L 257, p. 13.

8. L'article 255 des Immigration Rules dispose:

«Un ressortissant de l'EEE (autre qu'un étudiant), ou le membre de la famille d'une telle personne, qui a obtenu un permis de séjour ou un titre de séjour valide pour cinq ans, et qui a séjourné au Royaume-Uni, conformément aux dispositions de l'EEA Order 1994, pendant quatre ans et continue à y séjourner, peut, sur sa demande, voir apposer sur son permis de séjour ou, le cas échéant, son titre de séjour une mention indiquant qu'il est autorisé à séjourner indéfiniment sur le territoire du Royaume-Uni.»

9. Selon l'article 287 des Immigration Rules:

«Pour que le conjoint d'une personne présente et établie au Royaume-Uni obtienne une autorisation d'y séjourner indéfiniment, il faut:

- i) que le demandeur ait été admis sur le territoire du Royaume-Uni ou ait obtenu une prolongation de séjour pour une période de douze mois et qu'il ait accompli une période de douze mois en tant que conjoint d'une personne présente et établie au Royaume-Uni, et

- ii) que le demandeur soit toujours le conjoint de la personne qu'il a été autorisé à rejoindre ou en considération de laquelle il a obtenu une prolongation de séjour et que le mariage subsiste, et

- iii) que chacune des parties ait l'intention de vivre de façon permanente avec l'autre en tant que conjoint.»

10. Conformément à l'article 33, paragraphe 2 A, de l'Immigration Act 1971, «les références à une personne établie au Royaume-Uni signifient que cette personne y est ordinairement résidente, sans être soumise, en vertu des lois sur l'immigration, à quelque restriction que ce soit en ce qui concerne la période pendant laquelle elle peut séjourner sur le territoire».

11. En vertu de la jurisprudence nationale pertinente, un travailleur migrant ressortissant d'un État membre de l'Union européenne qui réside au Royaume-Uni n'y est pas, de ce seul fait, «établi» au sens de cette disposition.

12. Aux termes de l'article 4, paragraphe 1, de l'EEA Order, une «personne qualifiée» a le droit de résider au Royaume-Uni aussi longtemps qu'elle conserve cette qualité, ce

droit étant étendu aux membres de la famille, y compris au conjoint, par l'article 4, paragraphe 2. Selon l'article 6 de l'EEA Order, on entend par «personne qualifiée» le ressortissant d'un État membre de l'EEE qui exerce au Royaume-Uni une activité de travailleur.

que demandeur d'emploi et a trouvé un emploi en avril 1994. En novembre 1994, elle a obtenu un permis de séjour de cinq ans valable jusqu'au 2 novembre 1999. M. Kaba a obtenu une autorisation de séjourner sur le territoire du Royaume-Uni pour la même période, en tant que conjoint d'une ressortissante communautaire exerçant au Royaume-Uni les droits qu'elle tire du traité CE.

IV — Les faits et la procédure au principal

13. Les faits à l'origine de la présente procédure, tels qu'ils ressortent des différentes pièces du dossier, peuvent être résumés comme suit.

14. M. Kaba, Kosovar d'origine albanaise, de nationalité yougoslave, est arrivé au Royaume-Uni le 5 août 1991. Bien que sa demande d'autorisation d'entrée pour un mois en tant que visiteur ait été rejetée, il n'a pas quitté le territoire britannique. En février 1992, il a introduit une demande d'asile.

15. Le 4 mai 1994, M. Kaba a épousé M^{me} Virginie Michonneau, une ressortissante française, dont il a fait connaissance en 1993 alors qu'elle travaillait au Royaume-Uni. Le couple a vécu ensemble depuis le mariage. Provisoirement retournée en France, M^{me} Michonneau est revenue en terre anglo-saxonne en janvier 1994 en tant

16. Le 23 janvier 1996, M. Kaba a introduit une demande d'autorisation de séjourner indéfiniment sur le territoire du Royaume-Uni; cette demande a été rejetée par décision du 9 septembre 1996 du Secretary of State for the Home Department. Par lettre du 3 octobre 1996, le Secretary of State a expliqué que le demandeur ne remplissait pas les conditions exigées par le point 255 des Immigration Rules, puisque son épouse ne séjournait au Royaume-Uni conformément aux dispositions de l'EEA Order que depuis un an et dix mois.

17. Le 15 septembre 1996, M. Kaba a introduit un recours contre cette décision auprès de l'Immigration Adjudicator, en faisant valoir que les dispositions des Immigration Rules applicables aux personnes «présentes et établies» au Royaume-Uni étaient plus favorables que celles applicables à son épouse et à lui-même.

18. L'Immigration Adjudicator a estimé que la situation dans l'affaire pendante devant lui était comparable à celle ayant donné lieu à l'arrêt du 17 avril 1986, Reed⁴, dans lequel la Cour avait considéré que la faculté pour un travailleur migrant d'obtenir que son partenaire non marié, non ressortissant de l'État membre d'accueil, soit autorisé à y séjourner avec lui constituait un «avantage social» au sens de l'article 7, paragraphe 2, du règlement n° 1612/68.

19. L'Immigration Adjudicator a toutefois relevé que si, dans l'arrêt Reed⁵, la Cour avait jugé qu'un État membre qui accordait un avantage social, au sens de l'article 7, paragraphe 2, du règlement n° 1612/68, à ses ressortissants ne pouvait refuser d'accorder le même avantage aux travailleurs migrants ressortissants d'autres États membres, elle avait également indiqué, au point 23 de l'arrêt du 7 juillet 1992, Singh⁶, que les articles 48 et 52 du traité CE (devenus, après modification, articles 39 CE et 43 CE) ne faisaient pas obstacle à ce que les États membres appliquassent aux conjoints étrangers de leurs ressortissants des règles d'entrée et de séjour plus favorables que celles prévues par le droit communautaire.

20. Le 25 septembre 1998, l'Immigration Adjudicator a posé à la Cour, à titre préjudiciel, les questions suivantes:

«1) Le droit de solliciter une autorisation de séjourner indéfiniment sur le territoire du Royaume-Uni et le droit de voir cette demande examinée sont-ils un 'avantage social' au sens de l'article 7, paragraphe 2, du règlement (CEE) n° 1612/68?»

2) L'obligation imposée aux conjoints de ressortissants communautaires d'avoir résidé au Royaume-Uni depuis quatre ans avant de pouvoir demander une autorisation de séjourner indéfiniment sur le territoire du Royaume-Uni et de voir cette demande examinée (voir le point 255 des Immigration Rules, House of Commons Paper 395), comparée à l'obligation d'un séjour de douze mois imposée aux conjoints de ressortissants britanniques et aux conjoints de personnes présentes et établies au Royaume-Uni (point 287 des Immigration Rules, House of Commons Paper 395), est-elle une discrimination illégale, contraire à l'article 7, paragraphe 2, du règlement (CEE) n° 1612/68?»

21. L'audience des plaidoiries devant la Cour a eu lieu le 15 juin 1999.

4 — 59/85, Rec. p. 1283.

5 — Précité au point 18.

6 — C-370/90, Rec. p. I-4265.

22. Le 30 septembre 1999, l'avocat général La Pergola a présenté ses conclusions (Rec. 2000, p. I-2625), dans lesquelles il proposait à la Cour de dire que le droit de séjour à durée indéterminée prévu par la législation britannique devait être reconnu comme «avantage social» au sens de l'article 7, paragraphe 2, du règlement n° 1612/68 et qu'il n'y avait pas lieu de considérer que l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité, postulée par cette disposition, faisait obstacle à ce que le droit d'un État membre subordonnât l'octroi de cet avantage à des périodes de résidence différentes selon que le demandeur fût le conjoint d'un travailleur migrant communautaire ou celui d'une personne «présente et établie» dans cet État.

23. La version anglaise de ces conclusions a été envoyée à M. Kaba le 27 janvier 2000.

24. Par télécopie du 3 février 2000, les conseils de M. Kaba ont fait part à la Cour des doutes qu'ils avaient quant à l'exactitude des éléments de fait sur lesquels semblaient fondées les conclusions de l'avocat général; ces inexactitudes constituant, selon eux, des motifs exceptionnels justifiant la réouverture de la procédure orale, ils ont annoncé le dépôt prochain d'observations complémentaires.

25. Le 16 mars 2000, les avocats de M. Kaba ont déposé les observations promises, qui se terminaient dans les termes suivants:

«Les considérations qui précèdent sont étayées par des documents déjà soumis à la Cour. Toutefois, si celle-ci estimait nécessaire de rouvrir la procédure orale pour garantir la parfaite compréhension des aspects décisifs et rectifier les déductions erronées faites par l'avocat général, les conseils de M. Kaba y seraient tout disposés.»

26. Par lettre du 31 mars 2000, le greffier de la Cour a accusé réception des nouvelles observations écrites déposées au nom de M. Kaba, tout en lui indiquant que le règlement de procédure ne prévoyait pas le dépôt d'observations après la clôture de la procédure orale et que, dès lors, il n'y avait pas lieu de les joindre au dossier.

27. Dans son arrêt du 11 avril 2000 (C-356/98, Rec. p. I-2623), rectifié par ordonnance du 4 mai 2001, la Cour a déclaré que, sans qu'il fût besoin de trancher la question de savoir si le droit de séjourner indéfiniment constituait un «avantage social», une réglementation d'un État membre qui imposait aux conjoints de travailleurs migrants ressortissants d'autres États membres d'avoir résidé pendant qua-

tre ans sur son territoire avant de pouvoir demander une autorisation d'y séjourner indéfiniment, tandis qu'elle n'imposait qu'une obligation de résidence de douze mois aux conjoints de personnes établies sur ledit territoire qui ne sont soumises à aucune restriction en ce qui concerne la période pendant laquelle elles peuvent y séjourner, ne constituait pas une discrimination contraire à l'article 7, paragraphe 2, du règlement n° 1612/68.

28. Par lettre du 25 avril 2000, les conseils de M. Kaba ont demandé à la Cour une transcription de la procédure orale du 15 juin 1999, qui leur a été refusée au motif que ces transcriptions étaient des «documents internes de la Cour».

29. Le 12 septembre 2000, M. Kaba a introduit une requête contre le Royaume-Uni devant la Cour européenne des droits de l'homme pour infraction présumée à l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme (ci-après la «convention»).

30. Devant l'Immigration Adjudicator, le demandeur a soutenu, en premier lieu, que la Cour avait qualifié à tort l'autorisation de séjourner indéfiniment comme plus sûre ou stable que le statut des ressortissants communautaires à l'intérieur du Royaume-

Uni, ce qui l'a conduit à accepter la thèse erronée selon laquelle le demandeur revendiquait un droit de séjour plus large que celui reconnu à sa propre épouse, ressortissante communautaire. Ce raisonnement aurait été influencé par l'avocat général, qui aurait interprété, au point 50 de ses conclusions, les observations faites par le gouvernement du Royaume-Uni comme fournissant une justification de la différence de traitement constatée alors que, en réalité, ces observations n'étaient pas fondées sur l'argument de la justification, mais sur celui de la comparabilité des situations. La question de la justification n'aurait été soulevée à aucun moment de la procédure.

31. En second lieu, M. Kaba a fait valoir que l'avocat général avait requalifié les faits à la base de l'affaire au principal. Le juge de renvoi se rallie à cette critique dans la mesure où le seul élément décisif figurant dans la première ordonnance de renvoi était la différence entre les périodes de résidence exigées des deux catégories de personnes en question, puisqu'il était constant que l'intéressé remplissait les autres conditions requises par les Immigration Rules.

32. En troisième lieu, le demandeur a reproché à l'avocat général d'avoir affirmé, au point 3 de ses conclusions, que l'EEA Order ne visait pas les ressortissants du Royaume-Uni ou leurs familles, alors que, dans la pratique et conformément à l'arrêt Singh⁷, l'EEA Order s'applique aux ressortissants britanniques et à leurs familles qui

⁷ — Précité au point 19.

retournent au Royaume-Uni après avoir exercé leurs droits découlant du traité dans un autre État membre. Ce reproche trouve lui aussi écho dans la motivation du nouveau renvoi.

conséquence, pour assurer qu'il ne se produise aucune violation de l'article 6 de la CEDH dont il faille répondre au regard de la législation nationale en matière de droits de l'homme ou devant la Cour européenne des droits de l'homme?

33. Enfin, M. Kaba a invoqué d'autres raisons pour lesquelles, à son avis, la Cour aurait dû statuer dans un autre sens.

- 2) La procédure suivie dans la présente affaire était-elle conforme aux exigences de l'article 6 de la CEDH et, dans la négative, quelle incidence cette situation a-t-elle sur la validité du premier arrêt?»

V — Les questions préjudicielles posées

34. Dans ces conditions, l'Immigration Adjudicator a décidé, le 17 décembre 2000, conformément à l'article 234 CE, de saisir la Cour d'une nouvelle demande de décision préjudicielle, et ce dans les termes suivants:

Seconde question

«L'Immigration Adjudicator ayant constaté que le demandeur, d'une part, et le conjoint d'une personne présente et établie au Royaume-Uni, d'autre part, ont (ou auraient) fait l'objet d'un traitement différent dans la mesure où:

Première question

«1) De quels mécanismes la juridiction de renvoi ou les parties à la procédure (devant la juridiction de renvoi et la Cour) disposent-elles pour assurer que l'ensemble de la procédure soit conforme aux obligations découlant de l'article 6 de la CEDH et, en

- a) le demandeur, entré au Royaume-Uni en tant que conjoint d'un ressortissant de l'Union européenne exerçant des droits de libre circulation, était tenu de se trouver au Royaume-Uni depuis quatre ans avant de pouvoir demander une autorisation de séjourner indéfiniment au Royaume-Uni,

- b) tandis que le conjoint d'une personne présente et établie au Royaume-Uni (qu'elle soit ressortissante britannique ou qu'elle ait été autorisée à séjourner indéfiniment au Royaume-Uni) aurait la possibilité après une année d'être autorisée à séjourner indéfiniment au Royaume-Uni;
- 2) Après une nouvelle appréciation des faits, y a-t-il discrimination contraire à l'article 39 CE et/ou à l'article 7, paragraphe 2, du règlement n° 1612/68?»

VI — Examen des questions préjudicielles

aucune preuve (ou argumentation) concernant la justification de cette différence de traitement entre le demandeur et un tel conjoint d'une personne présente et établie n'ayant été fournie à la juridiction de renvoi, que ce soit lors de l'audience ayant conduit à l'ordonnance de renvoi du 25 septembre 1998, dans le cadre des observations écrites ou orales présentées par le défendeur devant la Cour de justice européenne ou lors de l'audience ayant conduit à la présente ordonnance de renvoi, et ce malgré la demande par l'Adjudicator d'une argumentation complète, l'Immigration Adjudicator pose les questions suivantes:

- 1) Quelle que soit la réponse à la première question ci-dessus, l'arrêt rendu par la Cour le 11 avril 2000 dans la présente affaire (C-356/98) doit-il être interprété en ce sens qu'il déclare que, dans ces circonstances, il y a eu discrimination contraire à l'article 39 CE et/ou à l'article 7, paragraphe 2, du règlement n° 1612/68?

35. Comme le juge de renvoi le reconnaît lui-même, les deux questions qu'il défère à la Cour sont de nature parfaitement distincte, et ce au point que — toujours selon l'Adjudicator — la réponse à la seconde doit valoir indépendamment de celle donnée à la première.

La première question posée présente une bonne dose d'abstraction. En son premier point, elle interroge la Cour sur les mécanismes, considérés dans leur globalité, dont peuvent faire usage tant le juge de renvoi que les parties intéressées pour vérifier que «l'ensemble de la procédure» s'est déroulé conformément aux exigences découlant des droits fondamentaux.

La seconde partie de la première question est non seulement abstraite, mais apparaît en outre vague et hypothétique. On pourrait considérer que, par les termes «la procédure suivie dans la présente affaire», la question vise exclusivement les étapes de

la procédure préjudicielle devant la Cour; toutefois, au vu du point antérieur, on pourrait comprendre qu'il s'agit de la procédure dans son ensemble. En outre, il n'est pas concevable de demander, sans autre précision, une déclaration de conformité de toute une procédure, ni même de l'incident préjudiciel, aux exigences d'un procès équitable inscrites à l'article 6 de la convention.

37. J'estime dès lors rationnel, et au surplus conforme à une bonne administration de la justice, d'examiner tout d'abord la seconde question et de projeter ensuite, le cas échéant, le résultat de cet examen sur la première.

1. La seconde question préjudicielle

La lecture des deux parties de cette question en dehors de leur contexte devrait aboutir à une décision par laquelle la Cour se déclare incompétente pour les examiner, puisque l'article 234 CE lui donne mission non de formuler des opinions consultatives sur des questions générales ou hypothétiques, mais de contribuer à l'administration de la justice dans les États membres⁸.

36. Toutefois, comme le fait remarquer à juste titre la Commission, il convient de préciser les termes de cette première question à la lumière de ce qui est soutenu dans le cadre de la seconde. La demande de décision préjudicielle dont la Cour est saisie semble correspondre au schéma suivant: d'une part, on l'interroge sur les conséquences d'une infraction à l'une des conditions du procès équitable et, de l'autre, on lui suggère un nouvel examen, partiellement justifié par l'existence présumée d'une infraction à ces exigences.

38. Dans son ordonnance du 25 septembre 1998, par laquelle il a introduit la première procédure préjudicielle, l'Immigration Adjudicator cherchait à savoir, en premier lieu, si le droit de solliciter une autorisation de séjourner indéfiniment était un «avantage social» au sens de l'article 7, paragraphe 2, du règlement n° 1612/68 et, en second lieu, si l'obligation de quatre années de résidence imposée aux conjoints de ressortissants communautaires, comparée aux douze mois exigés de ceux des ressortissants britanniques et assimilés, constituait une discrimination contraire à cette même disposition.

39. Or, la seconde question de la présente demande de décision préjudicielle a en pratique le même objet⁹.

9 — Certes, le juge de renvoi ne réinterroge plus la Cour sur la qualification correcte, au regard de l'article 7, paragraphe 2, du règlement n° 1612/68, d'un droit de solliciter une autorisation de séjourner indéfiniment, mais cette question devra nécessairement être abordée préalablement si la Cour estime que la discrimination alléguée est constituée. Il est également certain que la question est maintenant formulée, en outre, par référence à l'article 39 CE, mais cette circonstance n'est pas significative, tant en vertu du principe «jura novit curia» que de l'absence d'arguments spécifiques se référant à cette disposition.

8 — Arrêt du 16 décembre 1981, Foglia (244/80, Rec. p. 3045, point 18).

40. La recevabilité de ce nouveau renvoi ne fait pas de doute. Dans les limites fixées par l'article 234 CE, les juridictions nationales sont exclusivement compétentes pour décider si elles soumettent une affaire à la Cour et pour déterminer l'objet de la demande qu'elles lui défèrent; en outre, il appartient exclusivement à ces juridictions d'apprécier si elles estiment que la question est suffisamment éclairée par la décision préjudicielle intervenue à leur demande ou s'il leur paraît nécessaire de saisir à nouveau la Cour, et ce sans qu'il soit porté atteinte au caractère obligatoire des décisions préjudicielles¹⁰.

41. Il y a lieu d'examiner attentivement l'ordonnance de renvoi, et de la recadrer grâce aux observations écrites et orales présentées au nom de M. Kaba, pour comprendre les motifs qui ont conduit l'Immigration Adjudicator à saisir la Cour à nouveau d'une question identique.

42. Cet examen fait apparaître, premièrement, que le juge de renvoi tient pour établi que le conjoint d'un ressortissant communautaire ayant exercé des droits de libre circulation se trouve, au regard de l'interdiction de toute discrimination énoncée dans le règlement, dans une situation

comparable à celle d'un bénéficiaire du statut de personne présente et établie au Royaume-Uni, qu'il s'agisse d'un ressortissant britannique ou qu'il ait été autorisé à séjourner indéfiniment au Royaume-Uni.

L'Adjudicator souligne qu'aucune preuve ou argumentation relative à la justification de la différence de traitement entre ces deux situations n'a été avancée dans la procédure ayant conduit au premier renvoi ni dans la procédure qui s'en est suivie devant la Cour ni même lors de l'audience ayant abouti à l'introduction du présent renvoi préjudiciel.

43. Deuxièmement, le juge de renvoi estime que les conclusions de l'avocat général La Pergola du 30 septembre 1999 contiennent une erreur quant à la définition du champ d'application personnel de l'EEA Order.

44. Au vu de ces circonstances, la juridiction nationale souhaite savoir si l'arrêt de la Cour du 11 avril 2000 doit être interprété en ce sens qu'il a constaté une discrimination prohibée (première hypothèse) ou si l'on aboutit à ce résultat après une nouvelle appréciation des faits (seconde hypothèse).

45. La réponse concernant la première hypothèse semble évidente. Aux points 30

10 — Voir, en ce sens, les arrêts du 24 juin 1969, *Milch-, Fett- und Eierkontor* (29/68, Rec. p. 165, point 3), et du 11 juin 1987, *Pretore di Salò* (14/86, Rec. p. 2545, point 12), ainsi que les ordonnances du 5 mars 1986, *Wünsche* (69/85, Rec. p. 947, point 15), et du 28 avril 1998, *Reisebüro Binder* (C-116/96 REV, Rec. p. I-1889, point 8).

à 35 de son arrêt du 11 avril 2000, la Cour s'est prononcée en termes particulièrement clairs, ne laissant pas de place à la thèse avancée¹¹. Il n'y a dès lors pas de doute sur le fait que la Cour n'a relevé aucune discrimination interdite par le droit communautaire.

46. Il convient en conséquence d'examiner la seconde hypothèse, autrement dit de rechercher si, à la lumière des éléments que la juridiction de renvoi a mis en évidence, il y a lieu de procéder à un nouvel examen susceptible d'aboutir à un résultat différent.

47. Ces éléments sont au nombre de deux, que j'exposerai l'un après l'autre.

48. En premier lieu, la Cour se serait écartée de l'appréciation des faits effectuée par le juge de renvoi, selon laquelle le seul facteur de distinction entre le demandeur et une personne fictive ressortissante du Royaume-Uni ou présente et établie dans ce pays serait l'importance de la période de résidence exigée pour pouvoir présenter la demande en question. En outre, au point 60 de ses conclusions, l'avocat général aurait compris les observations du gouvernement du Royaume-Uni comme visant à justifier la différence de traitement constatée, alors que lesdites observations étaient fondées sur la comparabilité des situations.

49. En second lieu, au point 3 des conclusions, l'avocat général se serait trompé en énonçant que l'EEA Order ne vise pas les ressortissants britanniques ou les membres de leur famille alors que, de fait, cet instrument s'applique dans la pratique à tous les ressortissants britanniques et à leurs familles qui retournent au pays d'origine après avoir exercé leurs droits découlant du traité dans un autre État membre et qui bénéficient du droit précisé par la Cour dans son arrêt Singh¹².

50. Dans l'analyse qui va suivre, j'ai délibérément laissé de côté de nombreuses affirmations faites par M. Kaba et qui, outre qu'elles ont fait l'objet d'une réponse adéquate dans le cadre de la première procédure préjudicielle, ne sont directement liées à aucune des constatations effectuées par le juge de renvoi. N'oublions pas que seul le juge national peut soumettre à la Cour de nouveaux éléments d'appréciation susceptibles de la conduire à répondre différemment à une question déjà posée¹³.

A — Sur l'application prétendument erronée du mode d'appréciation de la discrimination

51. Il semble ressortir de l'ordonnance de renvoi que la Cour aurait dû accepter, à

11 — Laquelle est, au demeurant, diamétralement opposée au résultat de l'appréciation du juge communautaire.

12 — Précité au point 19.

13 — Ordonnance *Reisebüro Binder*, précitée, point 9.

titre d'élément de fait ou d'interprétation du droit interne, que le conjoint d'un travailleur migrant communautaire se trouve dans la même situation que le conjoint d'une «personne présente et établie» au sens de la réglementation britannique¹⁴. Cette constatation relèverait du seul juge national, tandis que le juge communautaire ne pourrait être appelé qu'à apprécier si le traitement distinct réservé aux deux hypothèses (résidence de quatre ans pour le conjoint du travailleur communautaire et séjour d'un an seulement pour le conjoint de la «personne présente et établie») est contraire à l'interdiction de toute discrimination énoncée à l'article 7, paragraphe 2, du règlement ou, de manière générale, à l'article 39 CE.

52. Le demandeur au principal se prononce plus clairement sur ce point, en affirmant que la comparabilité des deux situations est un problème qui dépend des faits et de la législation nationale et dont la solution appartient à la seule juridiction interne.

14 — C'est ainsi que j'interprète tant la formule utilisée pour poser cette question préjudicielle (voir le point 34 ci-dessus) que les énonciations figurant au point 17 de cette ordonnance [«Il convient de noter que, si l'autorisation de séjourner indéfiniment au Royaume-Uni ne peut être assortie d'une condition expresse quant à sa validité dans le temps, tel est également le cas du droit de séjour d'un travailleur ressortissant communautaire. En outre, dès lors qu'une personne titulaire de l'autorisation de séjourner indéfiniment quitte le Royaume-Uni, son autorisation devient caduque, en vertu de l'article 3, paragraphe 4, de l'Immigration Act 1971 (loi de 1971 sur l'immigration), et elle doit obtenir une nouvelle autorisation d'entrée, subordonnée aux conditions fixées au point 18 des Immigration Rules (document n° 395 de la Chambre des communes), tandis qu'un travailleur ressortissant communautaire demeure libre d'entrer sur le territoire, de le quitter et d'y retourner, sans avoir besoin d'une autorisation ou d'un permis préalable. Il convient également de noter que tant les titulaires d'une autorisation de séjourner indéfiniment au Royaume-Uni que les travailleurs ressortissants communautaires peuvent être expulsés du Royaume-Uni pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique»].

53. M. Kaba ajoute une série de considérations qui tendent à démontrer la similitude des deux situations:

- 1) ni l'autorisation de séjourner indéfiniment au Royaume-Uni ni un titre de séjour fondé sur le droit communautaire ne peuvent être assortis d'une quelconque condition expresse quant à leur validité dans le temps;
- 2) tandis qu'une autorisation de séjourner indéfiniment devient caduque lors du départ de son titulaire du Royaume-Uni, les travailleurs communautaires bénéficient de la liberté d'entrer sur le territoire et d'en sortir;
- 3) les uns comme les autres peuvent faire l'objet d'une expulsion pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique;
- 4) le Nationality Directorate (organisme compétent en matière de nationalité) traitait, à l'époque considérée, les résidents communautaires comme des «personnes présentes et établies» aux fins de l'acquisition de la nationalité¹⁵.

15 — Cette pratique n'aurait fait l'objet d'une modification dans un sens restrictif que par la suite; selon M. Kaba, cela ne peut donc affecter la présente analyse.

54. Enfin, M. Kaba invoque à son profit les arrêts du 12 mai 1998, Martínez Sala¹⁶, et du 4 mai 1999, Sürül¹⁷, dans lesquels la Cour aurait considéré comme incompatible avec le droit communautaire le traitement défavorable réservé à un ressortissant communautaire ou à son conjoint au motif qu'il n'était pas en possession d'un document non exigé des ressortissants de l'État membre d'accueil.

55. Ensuite, le juge de renvoi signale que, au point 60 de ses conclusions du 30 septembre 1999, l'avocat général La Pergola aurait interprété les observations du gouvernement du Royaume-Uni comme fournissant une justification de la différence de traitement litigieuse, alors que, en réalité, elles se situaient dans le cadre du débat sur la comparabilité des situations. L'avocat général se fonderait, ainsi, sur un élément qui n'aurait été discuté par les parties à aucun moment de la procédure, ni devant le juge national ni devant la Cour. Bien qu'avec une formulation moins claire, l'Adjudicator semble considérer que cette prétendue erreur d'appréciation se retrouverait dans l'arrêt¹⁸.

56. M. Kaba fait siennes ces précisions, tout en ajoutant que, au vu des constata-

tions de l'Adjudicator, figurant dans la première ordonnance de renvoi et confirmées dans la seconde, il est manifeste que les passages suivants de l'arrêt du 11 avril 2000 ne reflètent pas la situation décrite par le juge national:

- a) point 24 de l'arrêt: l'Adjudicator aurait précisé que le demandeur ne prétendait pas bénéficier d'un droit de séjour plus étendu que celui qui est conféré au travailleur migrant lui-même, mais que l'un et l'autre se trouvaient dans une situation comparable au regard de l'interdiction de toute discrimination;
- b) points 29 à 31 de l'arrêt: l'Adjudicator aurait déclaré que, contrairement à ce qu'a affirmé le gouvernement du Royaume-Uni devant la Cour, aucune différence objective ne pouvait affecter la comparabilité des deux situations.

57. La thèse soutenue par M. Kaba, et à laquelle le juge de renvoi semble se rallier, est entachée à mon avis d'une erreur de raisonnement fondamentale. Selon ce qu'explique le demandeur au principal, si l'on se base sur les énonciations de l'ordonnance de renvoi, le seul aspect problématique contenu dans l'ordonnance précédente serait la différence entre les périodes de résidence exigées des deux catégories de personnes visées.

16 — C-85/96, Rec. p. I-2691.

17 — C-262/96, Rec. p. I-2685.

18 — Au point 35 de l'ordonnance de renvoi, le juge national affirme: «Nous comprenons la thèse du défendeur en ce sens que [...] il conteste que l'avocat général et/ou la Cour aient apprécié les faits et le droit interne autrement que l'Adjudicator (nous sommes naturellement d'un avis contraire)».

Or, le raisonnement sur lequel se fonde cette affirmation vise, non pas tellement deux situations comparables aux fins du droit communautaire, mais deux situations qui, en pratique, reçoivent un traitement largement semblable (et qui, selon M. Kaba, devraient obtenir un traitement identique).

58. Il est de jurisprudence constante que, dans le cadre d'une procédure visée à l'article 234 CE, fondée sur une nette séparation des fonctions entre les juridictions nationales et la Cour, toute appréciation des faits de la cause relève de la compétence du juge national et que, dès lors, la Cour est uniquement habilitée à se prononcer sur l'interprétation ou la validité d'un texte communautaire à partir des faits qui lui sont indiqués par la juridiction nationale¹⁹.

59. Toutefois, le juge communautaire, dont la mission s'inspire des objectifs du traité, n'est pas obligé d'accepter purement et simplement les qualifications juridiques découlant du droit interne ou de l'appréciation du juge de renvoi²⁰.

19 — Arrêt du 16 juillet 1998, Dumon et Froment (C-235/95, Rec. p. I-4531, point 25).

20 — Si l'on accepte au pied de la lettre les énonciations du juge national, la fonction de la Cour, comme interprète du droit communautaire, serait remise en question. Il en résulterait que l'on ne pourrait discuter, d'une part, l'inégalité de traitement, car il s'agirait d'une pure question de fait, ni, de l'autre, son éventuelle justification, puisque celle-ci n'aurait pas été débattue dans le cadre de la procédure nationale; la Cour ne pourrait alors que confirmer l'existence d'une discrimination prohibée.

60. Bien au contraire, la similitude des situations, aux fins de constater une éventuelle discrimination prohibée, doit être appréciée à la lumière du droit communautaire.

61. L'article 7 du règlement n° 1612/68 pose le principe de l'égalité de traitement entre les travailleurs migrants ressortissants d'un État membre et les travailleurs ressortissants de l'État d'accueil pour toutes conditions d'emploi et de travail, notamment en matière de rémunération, de licenciement, et de réintégration professionnelle ou de réemploi en cas de chômage. Le paragraphe 2 étend ce principe aux avantages sociaux et fiscaux dont bénéficient les travailleurs nationaux.

62. Or, la Cour a déclaré qu'il fallait entendre par «avantages sociaux» tous avantages qui, liés ou non à un contrat d'emploi, sont généralement reconnus aux travailleurs nationaux, en raison de leur qualité objective de travailleurs ou du simple fait de leur résidence sur le territoire national, et dont l'extension aux travailleurs ressortissants d'autres États membres apparaît, dès lors, comme apte à faciliter leur mobilité à l'intérieur de la Communauté²¹.

21 — Arrêts du 31 mai 1979, Even et ONPTS (207/78, Rec. p. 2019, point 22), et du 27 mai 1993, Schmid (C-310/91, Rec. p. I-3011, point 18).

63. Il résulte de ce qui précède que, pour pouvoir invoquer efficacement l'article 7, paragraphe 2, du règlement, il est nécessaire qu'un traitement inégal soit appliqué respectivement aux migrants et aux nationaux de l'État d'accueil, *en tant que travailleurs*, en ce qui concerne le bénéficiaire d'un avantage qui leur est reconnu en vertu de leur qualité objective de travailleurs ou du fait de leur résidence dans l'État d'accueil. En conséquence, l'article 7, paragraphe 2, ne s'applique pas lorsque les catégories de personnes comparées ont été visées non pas comme travailleurs, mais selon une autre qualification juridique légitime. Il ne s'applique pas non plus lorsque, bien que les personnes comparées soient des travailleurs, l'avantage en question n'est pas octroyé eu égard à cette qualité ou à la simple résidence. La complexité de ce raisonnement est plus apparente que réelle: dans la pratique, un avantage octroyé en fonction de critères autres que la qualité de travailleur ou la simple résidence n'aura pas pour bénéficiaires des personnes visées en leur qualité de travailleurs. Sur le fond, il s'agit du même problème vu sous des angles différents. Toutefois, cette observation est utile pour l'analyse qui va suivre.

64. Dans ses conclusions du 30 septembre 1999, l'avocat général La Pergola a estimé que le droit de séjour à durée indéterminée reconnu au conjoint d'un travailleur migrant constituait un avantage social au sens de l'article 7, paragraphe 2, du règlement. L'avocat général a nié la pertinence du fait qu'il s'agit d'un droit non prévu par l'ordre juridique communautaire, différent

de ceux dont jouit déjà le travailleur considéré en tant que tel, et attribué en raison de l'existence d'un lien particulier avec l'État membre d'accueil. De l'avis de l'avocat général, l'avantage en question est reconnu aux travailleurs nationaux en raison *principalement*, et non exclusivement, de leur qualité objective de travailleurs ou du simple fait de leur résidence sur le territoire de l'État d'accueil²².

65. Toutefois, l'avocat général ne considère pas que l'on puisse valablement invoquer l'article 7, paragraphe 2, du règlement dans la mesure où l'on ne se trouve pas en présence de deux situations comparables. S'agissant du droit de séjour, tandis que l'article 255 des Immigration Rules établit, avec la période de quatre ans qu'il prévoit, le régime applicable au travailleur migrant communautaire titulaire d'un droit de séjour ordinaire, l'article 287 vise la situation d'une personne «présente et établie» au Royaume-Uni, laquelle, à la différence du travailleur migrant communautaire, a tissé des liens solides avec le pays d'accueil, après y avoir normalement passé quatre ans de façon continue. En l'absence de situations identiques (ou, à tout le moins, susceptibles de comparaison), l'avocat général a conclu qu'il ne pouvait y avoir de discrimination en raison de la nationalité²³.

66. Dans son arrêt du 11 avril 2000, la Cour est parvenue au même résultat, après

22 — Points 40 et 41 des conclusions.

23 — Points 50 et 64 des conclusions.

avoir rappelé que les États membres étaient en droit de tirer les conséquences de la différence objective pouvant exister entre leurs propres ressortissants et ceux des autres États membres lorsqu'ils fixent les conditions dans lesquelles une autorisation de séjourner indéfiniment sur leur territoire est accordée aux conjoints de ces personnes²⁴. La Cour n'a pas estimé nécessaire de trancher la question de savoir si le droit de séjourner indéfiniment constituait un avantage social au sens de l'article 7, paragraphe 2, du règlement. Cette position lui a permis de surmonter les difficultés qui découlent inévitablement du fait de considérer l'avantage comme octroyé en raison de la qualité objective de travailleurs de ses bénéficiaires ou du simple fait de leur résidence, alors qu'il est déclaré par ailleurs que lesdits destinataires se distinguent du travailleur migrant communautaire en raison de liens particuliers avec l'État d'accueil, lesquels n'ont rien à voir ni avec la qualité objective de travailleurs ni avec la simple résidence.

67. Il résulte clairement de l'ensemble des considérations qui précèdent que ni les conclusions présentées ni l'arrêt rendu dans l'affaire Kaba n'impliquent la moindre modification des données du litige, tel qu'il a été déféré à la Cour.

68. Selon la définition généralement admise par le juge communautaire, la discrimination au sens juridique du terme

consiste à traiter de manière différente des situations qui sont identiques, ou de manière identique des situations qui sont différentes²⁵. Toutefois, il ne peut y avoir discrimination si la différenciation est objectivement justifiée²⁶.

Dans le domaine concret de la politique sociale, la Cour préfère dire que le principe général de non-discrimination présuppose que les travailleurs et les travailleuses qui en bénéficient se trouvent dans des situations comparables²⁷.

69. Or, s'il est vrai qu'elle dépend pour l'essentiel d'éléments de fait, dont la constatation appartient au juge de renvoi, la comparaison entre deux régimes n'est pas exempte de toute qualification d'ordre juridique. C'est là que réside, à mon avis, l'erreur de raisonnement fondamentale à laquelle je me suis référé plus haut et qui peut être expliquée de la manière suivante: ce n'est pas parce que le fait de traiter de façon différente des situations comparables constitue une discrimination que deux situations qui reçoivent un traitement identique (ou similaire) sont nécessairement comparables. Bien que cette affirmation

25 — Arrêt du 23 février 1983, Wagner (8/82, Rec. p. 371, point 18).

26 — Arrêts du 13 avril 2000, Karlsson e.a. (C-292/97, Rec. p. I-2737, point 39), et du 20 septembre 1988, Espagne/Conseil (203/86, Rec. p. 4563, point 25).

27 — Arrêts du 16 septembre 1999, Abdoulaye e.a. (C-218/98, Rec. p. I-5723, point 16), et du 29 novembre 2001, Griesmar (C-366/99, Rec. p. I-9383, point 39).

24 — Arrêt précité au point 27 (points 31 et 35).

semble évidente, je prendrai la liberté de l'illustrer par un exemple très clair.

soit la justesse de ce second mode d'appréciation, d'un caractère hautement artificiel, le résultat final est le même: il n'y aura pas eu discrimination.

70. En vertu de l'article 13, A, paragraphe 1, de la directive 77/388/CEE²⁸, en matière d'harmonisation de la taxe sur la valeur ajoutée, sont exonérées, entre autres, tant les activités liées aux livraisons d'organes humains [sous d)] que les leçons particulières données par des enseignants [sous j)]. On ne saurait tirer de cette égalité de traitement la conséquence que le don d'organes et les leçons particulières sont des situations comparables. Tout au plus, les deux hypothèses seront semblables du point de vue précis du fait générateur de la TVA. L'exonération fiscale peut obéir à des raisons elles aussi communes, comme le désir de favoriser l'accès à certains biens ou services pour des motifs d'intérêt général, sans que, pour autant, la comparaison limitée et fonctionnelle des situations excède le cadre de cet impôt indirect. La preuve en est que, malgré cette similitude, une réglementation qui soumettrait à un strict contrôle administratif les livraisons d'organes alors que les enseignants jouiraient d'une entière liberté pour donner des leçons particulières n'aurait rien de discriminatoire. On pourrait pourtant, en théorie, affirmer qu'il existe dans mon exemple une inégalité de traitement — entre deux activités auxquelles il y a lieu d'accorder un régime favorable pour des raisons d'intérêt général —, celle-ci étant cependant objectivement justifiée — pour d'autres raisons de même nature. Le fait est que, quelle que

71. On assiste à un phénomène semblable dans l'affaire qui nous occupe. Il ne fait aucun doute que le gouvernement du Royaume-Uni a soutenu devant la Cour que, à la différence d'un travailleur migrant communautaire titulaire d'un droit de séjour ordinaire, un étranger «établi» au Royaume-Uni a tissé des liens solides dans le pays d'accueil, après y avoir passé au moins quatre ans de façon continue. La prise en considération de tels «liens suffisamment durables» pour l'application d'un régime déterminé d'autorisation de séjourner indéfiniment peut permettre de qualifier la relation juridique en tant que telle, comme l'ont fait l'avocat général au point 50 de ses conclusions et la Cour au point 33 de son arrêt, et de la distinguer d'autres relations qui ne présentent pas les mêmes caractéristiques, pour finalement nier l'existence d'une discrimination. Cette prise en considération peut tout autant permettre, si l'on suit le schéma théorique évoqué plus haut, de justifier objectivement le traitement différent accordé à des situations apparemment similaires, ce qui fait obstacle à la constatation d'une discrimination illégale. Il ne s'agit donc pas d'un problème de fond, mais tout au plus d'une simple question de technique d'appréciation, d'«*approach*», sans conséquences matérielles pratiques.

28 — Sixième directive du Conseil, du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires — Système commun de taxe sur la valeur ajoutée: assiette uniforme (JO L 145, p. 1).

72. Il convient en outre de rappeler que la Cour opère fréquemment de cette façon. En effet, lorsqu'elle estime que certains faits

déterminés sont constitutifs d'une discrimination, elle a l'habitude de constater deux situations comparables, dont le traitement inégal n'est pas objectivement justifié. En revanche, lorsqu'elle ne retient pas une discrimination prohibée, elle a l'habitude de raisonner en termes d'absence de comparabilité, en raison de l'existence d'une différence elle aussi objective²⁹.

73. S'il ressort logiquement du raisonnement qui précède que la Cour a pu prendre en considération l'argument du Royaume-Uni relatif à l'existence de «liens durables» comme justification objective de la discrimination présumée, sans porter aucune atteinte aux droits de la défense (dans la mesure où cet argument a été soulevé dans le cadre d'une procédure contradictoire), cela vaut à plus forte raison dans la mesure où elle l'a fait en réalité pour qualifier correctement les relations juridiques en cause et pour pouvoir les distinguer, autrement dit pour les comparer.

74. C'est ce qui ressort de manière non ambiguë du point 50 des conclusions de M. La Pergola, qui reconnaissent que «le cas du travailleur migrant (doit) être apprécié et régi, ainsi qu'il l'a été en fait, différemment de celui de la personne 'présente et établie' au Royaume-Uni», tout comme de l'arrêt de la Cour, laquelle, au point 31, explique qu'elle a l'intention de raisonner en termes de «différence objective» entre les deux situations.

²⁹ — Voir Tuytschaever, F., *Differentiation in European Union law*, Oxford, 1999, plus spécialement p. 31.

75. En résumé, je ne suis absolument pas en mesure de constater la pétition de principe alléguée — et que le nouveau renvoi semble cautionner —, selon laquelle la Cour se serait prononcée sur la justification de l'inégalité de traitement et non pas sur la possibilité de comparer les situations.

B — Sur la prétendue erreur relative au champ d'application personnel de l'EEA Order

76. Selon l'Adjudicator, «[a]u point 3 de ses conclusions, l'avocat général déclare que l'Immigration (European Economic Area) Order 1994 [...] 'ne vise pas les ressortissants britanniques ou les membres de leur famille'. Or, il faut noter que l'EEA Order s'applique en réalité à tous les ressortissants britanniques et à leur famille qui retournent au Royaume-Uni après avoir exercé leurs droits découlant du traité dans un autre État membre et qui bénéficient du droit précisé par la Cour dans l'affaire 270/90, Singh [...], comme l'a réaffirmé la Court of Appeal dans son arrêt Boukssid/SSHD [...]. Il apparaît bien que l'avocat général a commis à cet égard une erreur d'appréciation et cela constitue un nouvel exemple du fait que le Royaume-Uni n'établit pas de distinction nette, dans l'application des Immigration Rules, entre les conjoints de ses propres ressortissants et ceux des ressortissants d'autres États membres».

77. Il est vrai qu'au point 3 de ses conclusions du 30 septembre 1999, en décrivant le cadre juridique national, l'avocat général a précisé que l'EEA Order «ne vise pas les ressortissants britanniques ou les membres de leur famille». Cette précision résulte du texte même de l'EEA Order, selon lequel «EEA *national* means a national of a State which is a Contracting Party to the European Economic Area Agreement *other than* the United Kingdom [...]»³⁰.

78. Toutefois, selon le gouvernement du Royaume-Uni, l'avocat général a décrit exactement la situation juridique en vigueur tant à l'époque considérée qu'au moment où il a présenté ses conclusions, puisque les exigences découlant de l'arrêt Singh³¹ n'ont été transposées en droit positif que par l'adoption des Immigration (European Economic Area) Regulations 2000, qui ont remplacé l'EEA Order à partir du 2 octobre 2000.

79. Ni le demandeur au principal ni la Commission n'ont formulé la moindre observation au sujet de cette prétendue erreur dans la compréhension de la réglementation interne.

80. Pour ma part, j'estime que, indépendamment du fait que les principes décou-

lant de l'arrêt Singh pouvaient permettre d'appliquer l'EEA Order, en pratique, également aux conjoints des ressortissants britanniques retournant dans leur pays après avoir exercé leurs droits de libre circulation, cet arrêt n'a pas pour objet d'influer sur les droits de citoyenneté des nationaux dont ils bénéficient dans un État membre, mais d'indiquer la mesure dans laquelle les droits de circulation et d'établissement communautaires bénéficient à ces mêmes nationaux lorsqu'ils les ont exercés³². Comme la Cour le fait remarquer à juste titre, «[c]es droits ne peuvent pas produire leurs pleins effets si ce ressortissant peut être détourné de les exercer par les obstacles mis, dans son pays d'origine, à l'entrée et au séjour de son conjoint. C'est pourquoi le conjoint d'un ressortissant communautaire ayant fait usage de ces droits doit, lorsque ce dernier revient dans son pays d'origine, disposer au moins des mêmes droits d'entrée et de séjour que ceux que lui reconnaîtrait le droit communautaire si son époux ou son épouse choisissait d'entrer et de séjourner dans un autre État membre. *Les articles 48 et 52 du traité ne font pas pour autant obstacle à ce que les États membres appliquent aux conjoints étrangers de leurs ressortissants des règles d'entrée et de séjour plus favorables que celles prévues par le droit communautaire*»³³.

81. Au demeurant, selon ce que soutient le gouvernement du Royaume-Uni, même en application des EEA Regulations, l'assimilation de la situation des ressortissants du Royaume-Uni et des membres de leur

30 — «On entend par *ressortissant de l'EEE* tout ressortissant d'un État partie contractante à l'accord sur l'Espace économique européen *autre que* le Royaume-Uni» (souligné par moi).

31 — Précité au point 19.

32 — Point 23 de l'arrêt Singh, précité au point 19.

33 — Ibidem (souligné par moi).

famille à celle du travailleur migrant communautaire n'opérerait que dans les cas de figure auxquels s'applique la jurisprudence Singh, dont aucun n'est pertinent pour la présente affaire.

82. Je n'ai, dans ces conditions, trouvé dans l'erreur que l'avocat général aurait commise en définissant le champ d'application personnel de l'EEA Order aucune indication susceptible d'affecter le raisonnement suivi par la Cour dans son arrêt du 11 avril 2000.

83. En conséquence, l'examen des éléments d'appréciation sur la base desquels le juge de renvoi suggère un nouvel examen de l'arrêt rendu par la Cour le 11 avril 2000 ne permet pas de conclure que les circonstances de la présente affaire révèlent une discrimination contraire à l'article 39 CE et/ou à l'article 7, paragraphe 2, du règlement n° 1612/68.

2. La première question préjudicielle

84. Au vu de la solution obtenue dans le cadre de la seconde question préjudicielle, il n'apparaît pas nécessaire de répondre à la première, dans la mesure où elle pourrait

être considérée comme recevable. Rappelons que, dans sa première question, le juge de renvoi souhaite, d'une part, connaître les mécanismes dont disposent la juridiction nationale et les parties au principal pour assurer que les obligations découlant de l'article 6 de la convention de Rome soient remplies tout au long de la procédure; ce problème de nature hypothétique est irrecevable faute de toute infraction concrète à cet instrument; d'autre part, il voudrait savoir si la procédure suivie devant la Cour dans la présente affaire était conforme aux exigences de l'article 6 de la convention et, dans la négative, si cette situation a une incidence sur la validité du premier arrêt; l'examen de la question précédente permet de répondre par la négative sur ce dernier point.

85. J'essaierai cependant de fournir au juge de renvoi quelques indications utiles relatives à la manière dont la Cour assure le respect non pas — de façon globale et abstraite — des exigences procédurales découlant de l'article 6, mais de celles qui semblent être l'objet de sa préoccupation³⁴.

86. Or, il ressort de l'ordonnance de renvoi que l'Adjudicator a fait sienne l'argumentation de M. Kaba selon laquelle les conclusions de l'avocat général reposent sur une compréhension erronée du droit

³⁴ — La Commission propose elle aussi que la première partie de cette question soit légèrement reformulée et qu'elle se réfère aux mécanismes qui garantissent un procès équitable dans une situation procédurale telle que celle décrite dans la seconde ordonnance de renvoi.

national applicable et sur une appréciation des faits au principal différente de celle effectuée par le juge national. À partir de cette constatation, l'Adjudicator s'interroge sur les bases sur lesquelles la Cour s'est fondée pour parvenir à son arrêt et, en particulier, sur le point de savoir si elle s'est fondée sur des malentendus et si la procédure devant la Cour a satisfait à l'exigence d'un procès équitable, consacrée à l'article 6 de la convention.

Ainsi qu'il ressort de la lecture de l'ordonnance de renvoi dans son ensemble, la question qui se pose concrètement est celle de la conformité aux exigences de la convention, telles qu'interprétées par la Cour européenne des droits de l'homme, de la procédure devant le juge communautaire, laquelle n'accorde pas aux parties un droit absolu de répondre aux conclusions de l'avocat général.

87. La Cour a déjà fourni une réponse à ces interrogations dans certaines décisions antérieures.

88. La question préalable relative au rôle dévolu, dans le cadre communautaire, à la convention ainsi qu'à son interprétation par la Cour européenne des droits de l'homme fait l'objet d'une jurisprudence bien établie, selon laquelle les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure

le respect, et ce en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré³⁵. La convention revêt, à cet égard, une signification particulière³⁶.

89. Alors même que le respect des droits fondamentaux, tels qu'ils sont inscrits dans les dispositions de fond de la convention, constitue dès lors une condition de la légalité des actes communautaires, l'Union

35 — L'arrêt du 12 novembre 1969, *Stauder* (29/69, Rec. p. 419), est le premier qui, conformément aux conclusions de l'avocat général Roemer, a résolu d'apprécier la validité d'un acte communautaire au regard des «droits fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit communautaire, dont la Cour assure le respect». Bien que les conclusions susmentionnées de M. Roemer se fussent déjà référées aux «notions qualitatives communes du droit constitutionnel national, en particulier, des droits nationaux fondamentaux (qui font) partie intégrante non écrite du droit communautaire», la Cour ne s'est prononcée sur les sources d'inspiration permettant de dégager les principes généraux du droit que quelque temps après. L'arrêt du 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft* (11/70, Rec. p. 1125), évoque les «traditions constitutionnelles communes aux États membres», conformément aux conclusions de l'avocat général Duthellier de Lamothe, qui a reconnu que les principes fondamentaux des droits nationaux «contribuent à former ce substratum philosophique, politique et juridique commun aux États membres à partir duquel se dégage de façon prétorienne un droit communautaire non écrit dont l'un des buts essentiels est précisément d'assurer le respect des droits fondamentaux de l'individu». L'arrêt du 14 mai 1974, *Nold/Commission* (4/73, Rec. p. 491), mentionne «les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré». L'arrêt du 28 octobre 1975, *Rutili* (36/75, Rec. p. 1219), est le premier qui recourt de manière explicite aux dispositions concrètes de la convention comme élément d'interprétation en vue de mettre en œuvre la protection des droits fondamentaux dans le cadre communautaire.

36 — Voir, parmi de nombreux autres, les arrêts du 18 juin 1991, *ERT* (C-260/89, Rec. p. I-2925, point 41), et, en ce qui concerne l'article 6 de la convention, l'arrêt du 29 mai 1997, *Kremzow* (C-299/95, Rec. p. I-2629, point 14), ainsi que les conclusions de l'avocat général Léger du 3 février 1998, dans l'affaire *Baustahlgewebe/Commission* (arrêt du 17 décembre 1998, C-185/95 P, Rec. p. I-8417 et suiv., I-8422, point 24).

européenne n'est pas soumise en tant que telle au mécanisme de contrôle établi par cet instrument³⁷. Bien qu'elle dispose d'un ordre juridique autonome³⁸, la Communauté n'a pas cherché à adhérer à la convention. S'il est vrai que, comme la Cour l'a déclaré³⁹, cette adhésion, de par son envergure constitutionnelle, nécessiterait une modification préalable du traité, il n'en reste pas moins que les États membres n'ont pas manifesté leur volonté de procéder à une telle modification, alors qu'ils ont eu des occasions pour le faire⁴⁰.

Toutefois, la Cour accorde la plus grande attention à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁴¹.

37 — Voir, en ce sens, les conclusions de l'avocat général Cosmas du 6 juillet 1999 dans l'affaire Pays-Bas et Van der Wal/Commission (arrêt du 11 janvier 2000, C-174/98 P et C-189/98 P, Rec. p. I-1, I-3, point 31).

38 — Voir notamment l'arrêt du 5 février 1963, Van Gend et Loos (26/62, Rec. p. 1), et l'avis du 14 décembre 1991 (1/91, Rec. p. I-6079, point 21).

39 — Avis du 28 mars 1996 (2/94, Rec. p. I-1759, point 35).

40 — Je me réfère naturellement aux conférences ayant abouti à l'adoption des traités d'Amsterdam (1997) et de Nice (2000).

41 — Voir, à titre d'exemples, les arrêts du 30 avril 1996, P/S (C-13/94, Rec. p. I-2143, point 16); du 12 décembre 1996, × (C-74/95 et C-129/95, Rec. p. I-6609, point 25); Baustahlgewebe/Commission (précité à la note 36, point 29); du 27 novembre 2001, Z/Parlement (C-270/99 P, Rec. p. I-9197, point 24), ainsi que les conclusions des avocats généraux Lenz, du 15 juin 1988, dans l'affaire Bergemann (arrêt du 22 septembre 1988, 236/87, Rec. p. 5125, 5132, point 29), et du 16 juin 1994, dans l'affaire TV10 (arrêt du 5 octobre 1994, C-23/93, Rec. p. I-4795, I-4797, points 76 et suiv.), van Gerven, du 5 décembre 1989, dans l'affaire Hansen (arrêt du 10 juillet 1990, C-326/88, Rec. p. I-1990, I-2911, I-2919, point 14), Darmon, du 7 février 1991, dans l'affaire Al-Jubail Fertilizer/Conseil (arrêt du 27 juin 1991, C-49/88, Rec. p. I-3187, I-3205, points 111 et 112), Ruiz-Jarabo, du 26 novembre 1996, dans l'affaire Shingara et Radiom (arrêt du 17 juin 1997, C-65/95 et C-111/95, Rec. p. I-3343, I-3345, point 71), Tesouro, du 13 mars 1997, Familiapress (arrêt du 26 juin 1997, C-368/95, Rec. p. I-3689, I-3692, point 28), Jacobs, du 28 janvier 1999, dans l'affaire Albany (arrêt du 21 septembre 1999, C-67/96, Rec. p. I-5751, I-5754, points 144 et suiv.), La Pergola, du 18 mai 1999, dans l'affaire Sirdar (arrêt du 26 octobre 1999, C-273/97, Rec. p. I-7403, I-7405, point 24), et Mischo, du 20 septembre 2001, dans l'affaire Roquette Frères (C-94/00, arrêt du 22 octobre 2002, Rec. p. I-9011, p. I-9015, point 33).

90. L'article 6, paragraphe 1, de la convention prévoit que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le principe général de droit communautaire selon lequel toute personne a droit à un procès équitable s'inspire de cette disposition⁴².

91. La Cour admet en outre comme inhérent à la notion de procès équitable le principe général qui interdit de fonder une décision judiciaire sur des faits ou documents dont les parties, ou l'une d'entre elles, n'ont pu prendre connaissance et sur lesquelles elles n'ont donc pas été en mesure de prendre position⁴³.

92. Toutefois, par sa nature même, la technique qui consiste à soumettre les allégations des parties et les éléments de preuve qu'elles apportent à un débat contradictoire n'est pas soumise à des exigences à caractère absolu. Il peut ne pas s'agir d'autre chose que d'un instrument destiné à faciliter la tâche de l'administration de la justice et à englober l'en-

42 — Arrêt Baustahlgewebe/Commission, précité à la note 36, point 21.

43 — Arrêts du 22 mars 1961, SNUPAT/Haute Autorité (42/59 et 49/59, Rec. p. 101, 156), et du 10 janvier 2002, Plant e.a./Commission (C-480/99 P, Rec. p. I-265, point 24).

semble des questions, aussi bien de fait que de droit, sur lesquelles le juge doit se prononcer. Tel est typiquement le cas dans les ordres juridiques du système anglo-saxon où les «adversarial proceedings» se veulent imperméables à tout élément, jugé «inquisitoire», qui pourrait avoir une incidence sur la solution du litige alors qu'il n'aurait pas été soulevé par les parties. Dans les ordres juridiques continentaux, le champ de la contradiction dans la procédure est plus limité: d'une part, les juridictions observent la maxime «jura novit curia», ce qui permet de faire l'économie des questions de pure application du droit; d'autre part, la présomption d'impartialité de la juridiction s'étend à des actes tels qu'une demande de rapport interne ou l'administration d'une preuve déterminée, ce qui, ici également, réduit la nécessité d'un débat⁴⁴.

93. Pour ce qui est du principe général de droit communautaire, qui doit s'inspirer de traditions juridiques disparates, les exigences d'une procédure contradictoire ne devront faire l'objet d'une protection judiciaire particulière que lorsque leur violation portera atteinte à un droit fondamental, c'est-à-dire lorsqu'elle entraînera une situation empêchant une partie de se défendre. Le champ d'application typique des règles du contradictoire, ce sont les éléments de conviction ou de preuve qu'une partie soumet à l'examen de la juridiction. En effet, ces éléments, qui, par définition, sont extérieurs à celle-ci, ne sont pas couverts par la présomption d'impartialité et d'in-

dépendance. Les prendre en considération sans un débat préalable porterait atteinte aux droits de la défense⁴⁵.

94. À l'inverse, il n'est pas nécessaire de soumettre au débat contradictoire ce qui est déclaré par un magistrat, dont l'impartialité et l'indépendance sont acquises, *dans le cadre de l'exercice de sa fonction juridictionnelle*.

95. Tel est l'avis du Conseil d'État (France), au sein duquel le commissaire du gouvernement accomplit une mission analogue à celle de l'avocat général à la Cour⁴⁶. Selon la Haute Assemblée:

«Le principe du contradictoire, qui tend à assurer l'égalité des parties devant le juge, implique la communication à chacune des parties de l'ensemble des pièces du dossier, ainsi que, le cas échéant, des moyens relevés d'office. Ces règles sont applicables à l'ensemble de la procédure d'instruction à laquelle il est procédé sous la direction de la juridiction. Mais le commissaire du gouvernement, qui a pour mission d'exposer les questions que présente à juger chaque

45 — Ibidem, points 35 et 37.

46 — Le commissaire du gouvernement a d'ailleurs servi de modèle au concept de l'avocat général communautaire. Toutefois, il convient de relever certaines différences non négligeables, telles que la participation de l'avocat général à toutes les affaires soumises à la Cour — et non pas exclusivement aux affaires contentieuses — la publication de ses conclusions en même temps que l'arrêt ou la non-participation de l'avocat général au délibéré.

44 — Voir mes conclusions dans l'affaire Plant e.a./Commission, précitée, point 34.

recours contentieux et de faire connaître, en formulant en toute indépendance ses conclusions, son appréciation, qui doit être impartiale, sur les circonstances de fait de l'espèce et les règles de droit applicables ainsi que son opinion sur les solutions qu'appelle, suivant sa conscience, le litige soumis à la juridiction à laquelle il appartient, prononce ses conclusions après la clôture de l'instruction à laquelle il a été procédé contradictoirement. *Il participe à la fonction de juger dévolue à la juridiction dont il est membre.* L'exercice de cette fonction n'est pas soumis au principe du contradictoire applicable à l'instruction. Il suit de là que, pas plus que la note du rapporteur ou le projet de décision, les conclusions du commissaire du gouvernement — qui peuvent d'ailleurs ne pas être écrites — n'ont pas à faire l'objet d'une communication préalable aux parties, lesquelles n'ont pas davantage à être invitées à y répondre»⁴⁷.

96. La Cour s'est elle aussi prononcée en ce sens dans son ordonnance du 4 février 2000, *Emesa Sugar*⁴⁸; confrontée à une demande de présenter des observations sur les conclusions de l'avocat général auteur de ces lignes, la Cour a décidé d'exposer le fondement de sa doctrine.

97. À cet effet, elle a commencé par évoquer le statut et le rôle de l'avocat général dans le système de l'organisation

judiciaire établi par le traité CE ainsi que par le statut CE de la Cour de justice, et précisé par son règlement de procédure.

98. Comme au sein du Conseil d'État, il existe un lien étroit, tant organique que fonctionnel, entre l'avocat général et la Cour dont il fait partie; dès lors, les exigences de la procédure contradictoire ne lui sont pas applicables.

99. La décision de principe que constitue l'ordonnance *Emesa Sugar* reconnaît que la Cour est composée de juges et d'avocats généraux (articles 221 CE et 222 CE), tous soumis à des conditions ainsi qu'à une procédure de nomination identiques (article 223 CE) et au même statut (titre I du statut CE de la Cour de justice), notamment en ce qui concerne l'immunité et les causes de récusation, ce qui leur garantit pleine impartialité et entière indépendance.

100. Les avocats généraux ne sont, de loin, pas comparables à un ministère public ni à des modèles analogues. Il n'existe entre eux aucun lien de subordination⁴⁹, ils ne constituent pas un parquet, ne relèvent

47 — Arrêt du Conseil d'État du 29 juillet 1998, *Esclatine*, Rec. p. 320, conclusions du commissaire du gouvernement M. Chauvaux (souligné par moi).

48 — C-17/98, Rec. p. I-665.

49 — Le premier avocat général répartit les nouvelles affaires entre ses collègues et exerce une fonction représentative, mais ne peut en rien intervenir dans le travail juridictionnel des avocats généraux.

d'aucune autorité et ne sont pas chargés de la défense de quel que intérêt que ce soit⁵⁰.

101. L'ordonnance Emesa Sugar déclare également que le rôle des avocats généraux est de présenter publiquement, en toute impartialité et en toute indépendance, des conclusions motivées sur les affaires soumises à la Cour (article 222 CE), en vue de l'assister dans l'accomplissement de sa mission qui est d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité.

102. Bien que, formellement, les conclusions soient présentées au cours de la phase orale de la procédure, cette circonstance ne revêt aucune importance, car elle est dépourvue de conséquences pratiques⁵¹. Ce qui est véritablement significatif, c'est que, ainsi qu'il ressort de l'article 18 du

50 — La Cour précise qu'«[il] ne s'agit donc pas d'un avis destiné aux juges ou aux parties qui émanerait d'une autorité extérieure à la Cour ou "emprunte[r]ait son autorité à celle [d'un] ministère public [dans la version anglaise de l'arrêt: "procureur general's department"]"... mais de l'opinion individuelle, motivée et exprimée publiquement, d'un membre de l'institution elle-même». Selon l'ordonnance de renvoi, le demandeur a soutenu devant l'Adjudicator que la Cour, dans l'affaire Emesa Sugar, devait conclure qu'il y avait eu violation de l'article 6 et qu'elle a «commis une erreur dans son interprétation de la jurisprudence de la Cour des droits de l'homme, vraisemblablement en raison du caractère peu abondant de la jurisprudence invoquée par la demanderesse dans cette affaire» (souligné par moi). Cette tentative d'explication donne une idée exacte de la notion de procédure contradictoire, telle qu'elle est comprise dans les ordres juridiques relevant de la «common law», qui ignorent ou relativisent l'adage «jura novit curia»: le juge — en l'occurrence la Cour — aurait interprété de façon erronée une question de droit au motif qu'elle n'a pu prendre en considération des éléments de droit non invoqués par les parties.

51 — Il convient plutôt de lui donner une portée historique, peut-être liée à la vieille coutume qui consistait pour le commissaire du gouvernement près le Conseil d'État à «conclure oralement». De nos jours, les conclusions sont toujours présentées par écrit.

statut CE de la Cour de justice et de l'article 59 de son règlement de procédure, les conclusions constituent le terme de la procédure orale et ouvrent la phase du délibéré⁵².

103. L'ordonnance Emesa Sugar conclut en déclarant que l'avocat général participe ainsi publiquement et personnellement au processus d'élaboration de la décision de la Cour et, partant, à l'accomplissement de la fonction juridictionnelle confiée à cette dernière. Les conclusions sont d'ailleurs publiées avec l'arrêt. Eu égard à la nature juridictionnelle de sa collaboration, ses actes ne sont pas susceptibles d'un débat contradictoire.

104. Il est vrai que, dans son arrêt du 7 juin 2001, Kress c. France⁵³, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé, en appréciant notamment la compatibilité avec l'article 6, paragraphe 1, de la convention de l'impossibilité pour les parties de répliquer aux conclusions du commissaire du gouvernement, que «(n)ul n'a jamais mis en doute l'indépendance ni l'impartialité du

52 — Arrêt du 6 octobre 1982, Alvarez/Parlement (206/81, Rec. p. 3369, point 9).

53 — Arrêt non encore publié. Voir les analyses de Benoit-Rohmer, F., «Le commissaire du gouvernement auprès du Conseil d'État, l'avocat général auprès de la Cour de justice des Communautés européennes et le droit à un procès équitable», *Revue trimestrielle de droit européen*, 2001, n° 4, p. 727 et suiv.; et Alonso García, R., «El enjuiciamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del funcionamiento contencioso del Consejo d'État y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en concreto, del papel desempeñado, respectivamente, por el Comisario del Gobierno y por el Abogado General)», *Revista Española de Derecho Europeo*, 2002, n° 1, p. 1 et suiv.

commissaire du gouvernement, et la Cour estime qu'au regard de la convention, son existence et son statut organique ne sont pas en cause. Toutefois la Cour considère que l'indépendance du commissaire du gouvernement et le fait qu'il n'est soumis à aucune hiérarchie, ce qui n'est pas contesté, ne sont pas en soi suffisants pour affirmer que la non-communication de ses conclusions aux parties et l'impossibilité pour celles-ci d'y répliquer ne seraient pas susceptibles de porter atteinte aux exigences d'un procès équitable»⁵⁴. Ce qui permet aux juges de Strasbourg de réitérer leur jurisprudence selon laquelle «la notion de procès équitable implique aussi en principe le droit pour les parties à un procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation soumise au juge, fût-ce par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision, et de la discuter»⁵⁵.

105. Plutôt que protéger un droit fondamental, il semble que l'on voudrait imposer une vision unique de l'organisation de la procédure sans en expliquer la nécessité au-delà de la «théorie des apparences»⁵⁶. On peut légitimement se demander — comme le font les sept juges ayant signé l'opinion dissidente — si l'on ne va pas aux fins de la convention, au-delà des limites du «contrôle européen» au regard des spécificités nationales, lesquelles restent

légitimes pour autant qu'elles satisfassent aux obligations de résultat découlant des exigences conventionnelles. On peut également citer, à cet égard, la remarque formulée par le juge Martens dans son opinion dissidente émise avec l'arrêt du 30 octobre 1991, *Borgers c. Belgique*⁵⁷, selon laquelle «[l]a convention ne vise pas à uniformiser le droit mais énonce des directives et des normes qui, comme telles, supposent une certaine liberté des États membres. D'autre part, son préambule semble inviter la Cour à développer des normes communes. Ces tendances contradictoires créent une certaine tension qui commande à la Cour d'agir avec prudence et de veiller à éviter les ingérences dénuées de justification convaincante».

106. Personnellement, je suis d'avis que, si les apparences d'équité d'une procédure revêtent une certaine importance, la «perception subjective de la réalité juridique par un profane»⁵⁸ atteint rarement un degré de pertinence tel qu'elle constitue un élément essentiel d'un droit fondamental. Il est tout d'abord difficile de connaître la nature exacte des apparences dont la protection est concrètement visée. En outre, il ne semble pas non plus qu'il existe, eu égard à son caractère éminemment subjectif, une méthode fiable permettant de déterminer les circonstances dans lesquelles un acte de procédure donné peut créer une apparence d'iniquité⁵⁹. En cette matière, l'existence

54 — Point 71.

55 — *Ibidem*, point 74.

56 — Théorie élaborée par la Cour européenne des droits de l'homme à partir de l'adage «justice must not only be done; it must also be seen to be done» (arrêt *Delcour c. Belgique* du 17 janvier 1970, série A n° 11, § 31), qui consiste à attribuer une pertinence juridique déterminante à l'impression que peut faire sur un justiciable non averti l'équité d'un procès. Elle a été, à juste titre, vivement critiquée, y compris par d'éminents membres de cette institution elle-même.

57 — Série A n° 214-B, p. 25, § 4.2.

58 — Selon l'expression très parlante employée par le juge Martens, *loc. cit.*

59 — Il est significatif que la Cour européenne des droits de l'homme n'ait même pas essayé d'esquisser les critères d'appréciation de ces apparences.

de traditions juridiques nationales diverses et le niveau de connaissance de celles-ci que l'on peut attribuer à l'intéressé devront, par leur nature même, être soigneusement soupesés. Il sera difficile d'éviter un examen limité au cas d'espèce concret, puisque la perception de la réalité peut varier sensiblement d'une personne à l'autre⁶⁰. En outre, l'exercice consistant à apprécier le respect d'une norme fondamentale requiert, d'une manière générale, que l'on mette en balance les différents intérêts en jeu, soit, en l'occurrence, l'éventuelle nécessité de protéger les apparences, d'une part, et les répercussions que cette protection peut avoir sur l'administration de la justice, d'autre part⁶¹.

avant l'audience; d'autre part, les parties peuvent faire parvenir à la juridiction un mémoire en réplique à ces conclusions; en outre, si le commissaire du gouvernement invoquait à l'audience un moyen soulevé par les parties, le président surseoirait à statuer pour mettre les parties en mesure de présenter leurs observations à cet égard.

107. Dans l'affaire *Kress c. France*, la Cour européenne des droits de l'homme n'a cependant pas retenu une violation de la convention en ce qui concerne l'impossibilité de répliquer aux conclusions du commissaire du gouvernement, puisqu'elle a estimé que la procédure devant le Conseil d'État offrait des garanties suffisantes de respect du principe du contradictoire, tel qu'elle l'entendait. D'une part, les avocats peuvent demander au commissaire du gouvernement, s'ils le souhaitent, de leur indiquer le sens général de ses conclusions

108. Devant notre Cour également, les justiciables disposent de garanties non négligeables pour protéger pareils droits de la défense. En effet, au regard de la finalité même du contradictoire, qui est d'éviter que la Cour puisse être influencée par des arguments qui n'auraient pas pu être discutés par les parties, la Cour peut d'office ou sur proposition de l'avocat général, ou encore à la demande des parties, ordonner la réouverture de la procédure orale, conformément à l'article 61 de son règlement de procédure, si elle considère qu'elle est insuffisamment éclairée ou que l'affaire doit être tranchée sur la base d'un argument qui n'a pas été débattu entre les parties⁶². C'est la formation de jugement qui se prononce sur une telle réouverture, soit en statuant par ordonnance soit en joignant l'incident au

60 — Ce qui permet de se demander si la solution adoptée, par exemple, dans l'arrêt *Kress c. France* aurait été la même si le demandeur avait été, non pas le conseiller municipal d'une petite commune, mais un spécialiste du contentieux administratif français.

61 — Comme le dit le juge Martens (opinion dissidente jointe à l'arrêt *Borgers c. Belgique*, précité, § 3.4): «Pour déterminer si des craintes de partialité sont objectivement justifiées, il faut se livrer à une étude scrupuleuse de la réalité objective par-delà les apparences. Semblable appréciation inclura fréquemment une mise en balance d'intérêts, car l'enjeu réside souvent non seulement dans la confiance que les tribunaux doivent inspirer, mais aussi dans l'intérêt pour le public de disposer d'une organisation judiciaire rationnelle et fonctionnant sans heurts».

62 — Ordonnance *Emesa Sugar*, précitée, point 18. Notons que cette protection contre la «surprise judiciaire» («Überraschungsschutz») s'impose également à la Cour elle-même en ce qui concerne son arrêt.

fond, par décision sommairement motivée⁶³. Enfin, il convient d'ajouter que, dans la pratique, tout acte déposé par les parties après la présentation des conclusions fait l'objet d'un examen par l'avocat général, le juge rapporteur et le président de la formation de jugement, afin d'examiner s'il peut être considéré comme une demande de réouverture de la procédure orale.

Il est évident que, pour statuer sur la réouverture de la procédure orale, la Cour — et il ne pourrait en être autrement — se

livre à une *appréciation d'ordre juridique* consistant à examiner, d'une part, si l'avocat général a formulé des arguments qui n'ont pu être discutés par les parties (au nombre desquels il convient de compter les éventuelles erreurs sur les circonstances de fait ou de droit ayant fondé son argumentation) et, d'autre part, si ces arguments sont susceptibles d'influencer la décision de la Cour, autrement dit s'il ne s'agit pas, par exemple, de questions mineures, marginales ou connexes. Si la Cour estime que ces conditions sont remplies, il ne fait pas de doute que les parties disposent d'un *véritable droit à la réouverture de la procédure orale*. C'est ainsi qu'il y a lieu d'interpréter à présent l'article 61 du règlement de procédure.

63 — Voir l'ordonnance du 22 janvier 1992, Legros e.a. (C-163/90, non publiée au Recueil), et l'arrêt du 16 juillet 1992, Legros e.a. (C-163/90, Rec. p. I-4625); l'ordonnance du 9 décembre 1992, Meng (C-2/91, non publiée au Recueil), et l'arrêt du 17 novembre 1993, Meng (C-2/91, Rec. p. I-5751); l'ordonnance du 13 décembre 1994, Peterbroeck (C-312/93, non publiée au Recueil), et l'arrêt du 14 décembre 1995, Peterbroeck (C-312/93, Rec. p. I-4599); l'ordonnance du 14 octobre 1997, Commission/Allemagne (C-191/95, non publiée au Recueil), et l'arrêt du 29 septembre 1998, Commission/Allemagne (C-191/95, Rec. p. I-5449); l'arrêt du 18 décembre 1997, Tabouillot (C-284/96, Rec. p. I-7471, points 20 et 21); l'ordonnance du 17 septembre 1998, Verkooijen (C-35/98, non publiée au Recueil), et l'arrêt du 6 juin 2000, Verkooijen (C-35/98, Rec. p. I-4071); l'ordonnance du 26 mars 1999, Commission/Belgique (C-203/98, non publiée au Recueil), et l'arrêt du 8 juillet 1999, Commission/Belgique (C-203/98, Rec. p. I-4899); l'ordonnance du 23 septembre 1998, Sürül (C-262/96, non publiée au Recueil), et l'arrêt du 4 mai 1999, Sürül (C-262/96, Rec. p. I-2685); l'ordonnance du 24 septembre 1999, Amengual Far (C-12/98, non publiée au Recueil), et l'arrêt du 3 février 2000, Amengual Far (C-12/98, Rec. p. I-527); les arrêts du 10 février 2000, Deutsche Telekom (C-50/96, Rec. p. I-743, points 19 à 24); Deutsche Telekom (C-234/96 et C-235/96, Rec. p. I-799, points 25 à 30); Deutsche Post (C-270/97 et C-271/97, Rec. p. I-929, points 23 à 32); l'ordonnance du 30 septembre 1999, Commission/Van Balkom (C-156/97, non publiée au Recueil), et l'arrêt du 17 février 2000, Commission/Van Balkom (C-156/97, Rec. p. I-1095); l'ordonnance du 25 octobre 1999, Kögler/Cour de justice (C-82/98 P, non publiée au Recueil), et l'arrêt du 25 mai 2000, Kögler/Cour de justice (C-82/98 P, Rec. p. I-3855); l'ordonnance du 5 octobre 1999, Eridania (C-289/97, non publiée au Recueil), et l'arrêt du 6 juillet 2000, Eridania (C-289/97, Rec. p. I-5409); l'ordonnance du 16 décembre 1999, Commission/Pays-Bas (C-341/97, non publiée au Recueil), et l'ordonnance du 13 septembre 2000, Commission/Pays-Bas (C-341/97, Rec. p. I-6611); l'ordonnance Emesa Sugar, précitée (points 19 et 20); l'arrêt du 19 février 2002, Wouters e. a. (C-309/99, Rec. p. I-1577, points 40 à 43); l'ordonnance du 29 mars 2001, SIVU (C-172/97 OP, non publiée au Recueil), et l'arrêt du 2 octobre 2001, SIVU (C-172/97 OP, Rec. p. I-6699).

109. Reconnaître systématiquement aux parties le droit de formuler des observations en réponse aux conclusions de l'avocat général, avec pour corollaire le droit pour les autres intéressés, parties principales ou intervenantes, de répliquer à ces observations — sous peine d'enfreindre les exigences réelles de la procédure contradictoire⁶⁴ —, se heurterait à d'importantes difficultés et allongerait la durée d'une procédure déjà très longue. À cela s'ajoutent les contraintes spécifiques inhérentes à la procédure judiciaire communautaire, liées à son régime linguistique complexe et à la distance géographique, qui rendent difficilement concevable l'organisation

64 — Voir, en ce qui concerne la procédure devant le Conseil d'État, Gohin, O., «La contradiction dans la procédure administrative contentieuse», *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, Paris, 1988, p. 338 et 339.

d'une nouvelle audience publique à seule fin d'entendre les réactions des parties aux conclusions de l'avocat général⁶⁵.

110. Donner aux parties la parole en dernier dans la procédure empêcherait l'avocat général d'exercer la fonction pour laquelle il a été institué, dans la mesure où l'efficacité de l'analyse qu'il effectue pour assister la Cour dans sa mission d'assurer le respect du droit exige qu'il dispose de tous les éléments soumis à l'examen de ceux qui sont appelés à statuer définitivement sur l'affaire. Cela réduirait en outre la portée spécifique des conclusions comme élément jurisprudentiel, faute de disposer des données complètes du litige sur lequel il y a lieu de se prononcer, de sorte que les juges seraient privés de l'analyse qui a été effectuée par l'un des membres de la Cour et qui a été jusqu'à présent une source d'inspiration et un complément des arrêts. Enfin, l'avocat général, sachant que ses conclusions feraient l'objet d'une réponse des parties, les rédigerait inévitablement en calculant leurs réactions et ne les présenterait plus «en toute impartialité et en toute indépendance», comme l'impose l'article 222 CE.

111. S'il est exact que «les contraintes inhérentes à l'organisation judiciaire communautaire ne sauraient justifier la méconnaissance du droit fondamental à une procédure contradictoire»⁶⁶, il n'en est

pas moins vrai que ces contraintes poursuivent également des objectifs légitimes visant à une administration efficace de la justice dans le contexte propre de la Communauté et que, dès lors, il est à tout le moins permis de prendre en compte l'ensemble des intérêts en jeu, ainsi que de s'interroger sur les répercussions concrètes de l'instauration d'une exigence procédurale déterminée.

112. Si l'on accepte en conscience le principe selon lequel tout acte ou observation soumis au *juge appelé à statuer* doit pouvoir faire l'objet d'un débat entre les parties, et ce sur le fondement impalpable des apparences⁶⁷, on doit s'interroger sur la raison d'être de la participation de l'avocat général aux différentes phases de la procédure⁶⁸. L'avocat général est entendu tant au cours des phases écrites et

67 — «Les apparences ont ceci de pratique que l'on ne sait où elles s'arrêtent: c'est un concept étonnamment mou, et donc son usage en procédure ne laisse pas d'être périlleux» dit, sur un ton ironique, Chabano, D., «Théorie de l'apparence ou apparence de théorie, Humeurs autour de l'arrêt Kress», *Actualité juridique Droit administratif*, janvier 2002, p. 9 et suiv., en particulier p. 10.

68 — D'autres documents qui ne sont pas jusqu'à présent soumis à contradiction, car ils relèvent de l'impartialité et de l'indépendance de la Cour, tels que les différentes notes de la division «Recherche et documentation» (qui portent en général sur la comparaison entre les ordres juridiques des États membres, mais également sur toute question que la Cour soumet à l'examen de ce service), voire la transcription de l'audience, préparée à usage purement interne (voir le point 28 ci-dessus), dans la mesure où ils sont susceptibles, par nature, d'influencer la décision judiciaire, devront eux aussi être traduits et communiqués aux parties afin qu'elles les commentent, ce qui rendrait l'administration de la justice communautaire plus longue et plus onéreuse, tandis que leur suppression nuirait à sa qualité.

65 — Ordonnance Emesa Sugar, précitée, point 17.

66 — Ordonnance Emesa Sugar, précitée, point 18.

orale⁶⁹, que dans le cadre de nombreux autres incidents et questions de procédure⁷⁰, sans que l'on fournisse aux parties la moindre information sur le sens ou les raisons de sa proposition. Néanmoins, même dans ces phases procédurales, l'avocat général «assume un rôle réel dans la procédure»⁷¹. Il serait paradoxal que la théorie des apparences ait pour seule cible son intervention la plus publique et la plus transparente.

l'avocat général deviendrait ce qu'il n'a jamais été, à savoir une partie au procès, ce qui dénaturerait irrémédiablement son rôle organique et, partant, l'utilité de son institution et son existence même⁷².

113. Toutes ces interventions devraient être communiquées aux parties, pour leur permettre de présenter, si elles le souhaitent, leurs observations. Au bout du compte,

114. Il faut se demander si la protection contre une crainte subjective hypothétique de partialité justifie de telles conséquences.

69 — Avant l'adoption de décisions interlocutoires en matière d'irrecevabilité de la requête pour inobservation des conditions de forme (article 38, paragraphe 7, du règlement de procédure), de jonction (article 43), d'emploi d'une langue autre que la langue de procédure (article 29, paragraphe 2), de saisine du Tribunal de première instance d'une affaire ayant le même objet (article 47, troisième alinéa, du statut CE) ou de pourvoi manifestement irrecevable ou manifestement non fondé (article 119 du règlement de procédure). Les avocats généraux participent, personnellement et par écrit, à la réunion qui statue notamment sur la nécessité d'une audience, l'attribution, le cas échéant, à une formation de jugement et l'opportunité de mesures d'instruction. En ce qui concerne la preuve, l'avocat général est entendu avant que la Cour décide, par voie d'ordonnance, les mesures d'instruction, auxquelles il prend part (article 45, paragraphes 1 et 3, du règlement de procédure). L'avocat général est consulté lorsque la Cour ordonne la vérification de certains faits par témoins, lesquels peuvent être cités à sa demande et auxquels il peut poser des questions (article 47, paragraphes 1 et 4). L'élargissement ou le renouvellement de toute mesure d'instruction exige la consultation préalable de l'avocat général.

70 — Exclusion de conseils ou d'avocats de la procédure; rectification d'erreurs et d'inexactitudes dans les arrêts; litiges sur les dépens; demande d'assistance judiciaire gratuite; décisions de sursis à statuer; adoption de mesures provisoires; incidents de procédure; recours extraordinaire en révision; recours en interprétation d'arrêt; décision sur des demandes préjudicielles identiques à des demandes déjà tranchées par la Cour par ordonnance motivée se référant à l'arrêt antérieur.

71 — Voir, par exemple, Cour eur. D.H., arrêt Vermeulen c. Belgique du 20 février 1996, *Recueil des arrêts et décisions-I*, point 31 (qui renvoie à l'arrêt Borgers c. Belgique, précité au point 105).

On doit reconnaître aux systèmes juridiques la capacité d'adapter les garanties procédurales à leurs caractéristiques particulières. Dans le cadre spécifique de l'exercice de la fonction juridictionnelle dans une communauté de droit aussi particulière que l'Union européenne, l'avocat général, par ses conclusions, atténue le fait qu'une grande partie des décisions de la Cour sont adoptées en premier et dernier ressort, après un délibéré secret et sans possibilité d'émettre des opinions dissidentes. Sa contribution jurisprudentielle sert également à compléter un ordre juridique par nature fragmentaire, en promouvant, par exemple, la sauvegarde des libertés fondamentales dans l'Union européenne par le biais des principes généraux du droit communautaire⁷³ et en veillant chaque jour à

72 — Voir point 104 ci-dessus.

73 — Voir note 35.

attirer l'attention de la Cour sur ces questions⁷⁴.

115. Toutefois, quelle que soit l'importance que l'on peut attacher à ces raisons, mon opposition à l'institution d'un régime de ce type est d'une autre nature: je ne suis pas intimement convaincu que les exigences d'un procès équitable l'imposent. Au contraire, je pense que l'avocat général, tel qu'il est institué, et dont l'impartialité et l'indépendance — j'insiste sur ce point — ne peuvent appeler la moindre réserve, contribue à la publicité et à la transparence de la fonction juridictionnelle dévolue à la Cour; ses conclusions facilitent la compréhension des arrêts⁷⁵ et influencent l'élabo-

ration et le développement de la jurisprudence communautaire⁷⁶, ce qui enrichit le débat tant au sein de l'institution qu'auprès d'autres milieux intéressés. Sous ce dernier aspect, on peut affirmer que les conclusions de l'avocat général n'ont pas pour effet de mettre en échec, mais au contraire de renforcer, le principal objectif d'une procédure contradictoire⁷⁷. La véritable garantie pour les justiciables n'est pas que le juge soit soustrait à toute conviction, mais que leur cause ait été examinée avec toute la rigueur qu'elle mérite⁷⁸.

116. En définitive, j'estime que ni les exigences d'un procès équitable ni, à plus forte raison, les objectifs d'une bonne administration de la justice ne commandent que les parties aux procédures pendantes

74 — À propos de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée à Nice le 7 décembre 2000 (JO C 364, p. 1), qui contient un catalogue de droits et libertés plus large et plus moderne que la convention, les avocats généraux persistent, au sein de la Cour et sans manquer de reconnaître l'absence de valeur contraignante *autonome* de cet instrument, à mettre l'accent sur son évidente vocation à servir de paramètre de référence substantiel pour tous les acteurs de la scène communautaire (conclusions de l'avocat général Tizzano du 8 février 2001 dans l'affaire BECTU, arrêt du 26 juin 2001, C-173/99, Rec. p. I-4881, point 28), sur le fait qu'il a placé les droits qui en font l'objet au plus haut niveau des valeurs communes aux États membres et qu'il devrait constituer un instrument privilégié servant à l'identification des droits fondamentaux (conclusions de M. Léger du 10 juillet 2001 dans l'affaire Conseil/Hautala, arrêt du 6 décembre 2001, C-353/99 P, Rec. p. I-9565, points 82 et 83), ou sur la circonstance qu'il reflète de manière inestimable le dénominateur commun des valeurs juridiques primordiales dans les États membres, dont émanent à leur tour les principes généraux du droit communautaire (mes conclusions du 4 décembre 2001, dans l'affaire Überseering, C-208/00, pendante devant la Cour, point 59).

75 — L'absence d'opinions dissidentes au sein de la Cour, tout comme les contraintes inévitables propres à une juridiction internationale suprême ont souvent pour conséquence que les arrêts ne possèdent pas la clarté souhaitable ou contiennent des raisonnements par trop laconiques. Les conclusions, qui sont publiées avec l'arrêt, servent ainsi à éclairer le contenu et la portée de celui-ci. Les conclusions revêtent la forme d'une proposition motivée de solution du litige soumis à la Cour. Elles contiennent une analyse et un exposé exhaustifs des antécédents de fait de l'affaire et des arguments des parties, ainsi que de la jurisprudence pertinente. On y trouve en outre des références à la doctrine. Elles répondent en principe à toutes les questions de droit soulevées dans le litige, même si elles ne sont pas strictement nécessaires à sa solution. Enfin, elles contiennent un texte qui émane de la plume d'un seul auteur, ce qui permet un discours plus homogène que celui des arrêts, qui nécessitent l'accord de plusieurs juges.

76 — Les conclusions sont fréquemment citées par la doctrine et sont invoquées par les avocats des parties au soutien de leurs prétentions dans les litiges relatifs à l'application du droit communautaire portés devant la Cour et devant les juridictions nationales. Il est de même indiscutable que les conclusions des avocats généraux ont contribué à l'élaboration et au développement de la jurisprudence de la Cour. Quand les juges refusent d'opérer un revirement jurisprudentiel proposé par l'avocat général dans ses conclusions, la jurisprudence maintenue dans l'arrêt s'en trouve renforcée, à moins que la conviction de l'avocat général n'emporte celle de certains juges et que, dans des affaires ultérieures, ceux-ci ne deviennent majoritaires. En tout état de cause, la liberté dont jouissent les avocats généraux pour proposer des solutions jurisprudentielles, à titre individuel, s'est avérée dans la pratique communautaire comme constituant un contre-poids adéquat de la collégialité dans laquelle doivent travailler les juges pour l'élaboration de leurs arrêts.

77 — En ce qui concerne les conclusions du commissaire du gouvernement, voir Genevois, B., «Le commissaire du gouvernement et les exigences du procès équitable (l'arrêt Kress). Réconfortant et déconcertant», *Revue française de droit administratif*, 2001, n° 5, p. 995.

78 — Pour reprendre les termes employés par Bonichot, J.-C., et Abraham, R., («Le commissaire du gouvernement dans la juridiction administrative et la Convention EDH», *La Semaine Juridique*, Édition générale, 1998, n° 45 et 46, p. 1945 et suiv.), plus spécialement p. 1951), la rigueur dans l'examen du dossier vient de ce qu'il est vu et travaillé plusieurs fois de suite par des personnes différentes, dans des configurations différentes, avant de subir le crible d'une ultime discussion lancée par les conclusions.

devant le juge communautaire disposent, de manière générale, du droit de formuler des observations en réponse aux conclusions de l'avocat général.

117. Au demeurant, j'observe que, dans la présente affaire, M. Kaba a présenté des observations sur les conclusions du

30 septembre 1999 de l'avocat général La Pergola. Comme je l'ai démontré tout au long de l'examen de la seconde question, l'avocat général n'a formulé aucun argument que les parties n'auraient pu discuter et n'a commis aucune erreur significative sur les circonstances de fait ou de droit sur lesquelles il a fondé son argumentation. Dans ces conditions, la non-réouverture de la procédure orale devant la Cour n'a impliqué aucune atteinte aux droits de la défense.

VII — Conclusion

118. À la lumière de l'ensemble des considérations qui précèdent, je suggère à la Cour de répondre ainsi qu'il suit aux questions posées à titre préjudiciel par le juge de renvoi:

«1) L'analyse des éléments d'appréciation ayant conduit l'Immigration Adjudicator à suggérer un réexamen de l'arrêt de la Cour du 11 avril 2000, Koba (C-356/98, ne permet pas de conclure que les circonstances de la cause révèlent une discrimination contraire à l'article 39 CE ou à l'article 7, paragraphe 2, du règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté.

- 2) Les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. À cet effet, la Cour s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré. La convention européenne des droits de l'homme revêt, à cet égard, une signification particulière.

- 3) La non-réouverture de la procédure orale après la présentation des conclusions de l'avocat général La Pergola le 30 septembre 1999 n'a impliqué aucune atteinte aux droits de la défense du demandeur au principal, puisqu'elles ne contenaient aucun argument que les parties n'auraient pu discuter ni aucune erreur significative portant sur les circonstances pertinentes de fait ou de droit.»