CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. ALBERTO TRABUCCHI, PRÉSENTÉES LE 14 NOVEMBRE 1974 [1]

Monsieur le Président,

Messieurs les Juges,

Si, dans le passé, la tâche de la Cour a été d'affirmer un droit d'égalité en supprimant la discrimination entre homme et femme qui se rattachait à un certain usage de la qualification de chef de famille avec les conséquences qui en découlaient pour les fonctionnaires de sexe féminin, nous estimons qu'aujourd'hui, il importe de fixer les limites de cette reconnaissance : précisément parce que ce n'est que dans un cadre de rationalité et de fonctionnalité que la légalité du principe mérite d'être confirmée.

Deux femmes, fonctionnaires de la Commission, ont présenté les recours qui nous occupent aujourd'hui (affaires 21-74 et 37-74) et qui visent en substance à obtenir une même affirmation : elles demandent à la Cour d'interpréter l'article 4 de l'annexe VII au statut du personnel, de manière à reconnaître l'indemnité de dépaysement même aux fonctionnaires qui ont la nationalité du pays dans lequel ils exercent leur activité, lorsqu'ils ont acquis cette nationalité par mariage.

Rappelons que la règle en question reconnaît le droit à cette indemnité au fonctionnaire qui n'est pas citoyen de l'État dans lequel il exerce son activité ou qui, tout en ayant cette nationalité, est resté éloigné de ce pays pendant une période d'au moins dix ans.

Le bon sens, plus encore que l'application simple d'une disposition réglementaire claire, nous conduit à exclure toute incertitude quant à la solution, que nous vous proposons, de rejeter les recours. En ce qui concerne l'argumentation juridique, la seule qui revête de l'importance pour la Cour, rappelons quelques principes élémentaires conformes à la mission d'affirmation du droit qui est reconnue à cette juridiction.

La disposition que nous examinons attribue l'indemnité en question en fonction d'une situation de droit qui se concrétise en un « *status* », l'ancien « *status civitatis* », considéré ici sous son aspect négatif d'appartenance à une nationalité étrangère. En principe, seul l'étranger est dépaysé dans un État qui n'est pas le sien et c'est donc à lui que sera due cette reconnaissance économique qui peut le dédommager partiellement des inconvénients résultant du fait de vivre en dehors de son milieu naturel. En revanche, celui qui possède le « *status* » de citoyen du pays dans lequel il est appelé à travailler ne pourra pas, en principe, bénéficier de ces avantages.

Telle est la règle qui ne subit que deux exceptions. Tout d'abord, il existe une restriction du droit à l'indemnité de l'étranger lui-même, qui est exclu soit lorsqu'il a été antérieurement citoyen de l'État considéré, soit lorsqu'il a de façon habituelle vécu ou exercé son activité professionnelle principale sur le territoire européen du même État pendant une période de cinq ans expirant six mois avant son entrée en fonction, à moins qu'il ait exercé une activité pour le compte d'un autre État ou d'une organisation internationale.

Il existe ensuite une exception qui aboutit en revanche à élargir le cadre d'application de l'indemnité, en faveur du citoyen qui a habité hors du territoire européen de l'État considéré, pendant une période de dix ans expirant lors de son entrée en fonction. Cette exception est étroitement limitée, puisqu'elle ne comprend pas les citoyens qui ont exercé, à l'étranger, des fonctions publi-

1 — Traduit de l'italien.

ques pour le compte soit d'un État soit d'une organisation internationale.

Examinons en premier lieu la « *ratio* » du principe de base, qui fait appel au critère de la nationalité.

Comme tout droit de « *status* », la nationalité est la qualification juridique d'un sujet, à laquelle correspond un ensemble de droits, d'obligations, de capacités, ou de limitations habituellement réglementés par l'ordre juridique. Dans notre cas, la législation communautaire s'est référée à ce « *status* » pour exclure que celui qui le possède puisse bénéficier d'un droit spécial attribué en principe aux seuls ressortissants étrangers. Ce « *status* » de citoyen est donc pris comme une condition étrangère à des qualifications propres du droit communautaire, qui, même dans son cadre, ne lui attribue que quelques conséquences spécifiques. Comme nous l'avons vu, la référence à la nationalité d'origine, faite par la règle du statut à l'égard de celui qui ne possède pas actuellement la nationalité de l'État de résidence, sert non pas à étendre mais à limiter le droit du non-citoyen à bénéficier de l'indemnité ; tandis qu'elle peut avoir pour effet d'élargir le cadre d'application de la règle prévue en faveur de l'étranger exclusivement dans le cas où le droit est exceptionellement reconnu au citoyen lui-même.

La loi communautaire distingue la situation du citoyen uniquement dans ce cadre limité à titre d'exception, et nous ne sommes donc pas autorisé à nous prévaloir de cette distinction en dehors des cas et en vue d'obtenir des effets autres que ceux limitativement prévus, conformément à l'ancienne maxime « *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* ».

Dès lors que la loi communautaire prend comme point de référence un « *status* », nous ne pouvons pas discerner quels sont les avantages et les désavantages liés à cette qualification ; ici aussi, rappelons un critère fondamental de logique juridique : « *ubi commoda ibi incommoda* ». En réalité, il est clair que si, par hypothèse, nous envisageons le cas d'un avantage qui serait reconnu aux citoyens du pays où l'un a sa résidence, cet avantage serait à bon droit invoqué par quiconque, sur la seule base de la possession de l'état de citoyen, même si la nationalité a été acquise *ipso jure* du fait du mariage.

Dans un système de légalité, les dispositions normatives sont toujours liées à des catégories ; c'est là une conséquence de l'État de droit, et une fois que la loi prévoit la catégorie, l'application de la loi elle-même doit être générale si l'on ne veut pas abandonner la voie classique qui offre des garanties fondamentales. Si seul l'étranger a le droit, par exemple, en venant à Ispra, d'obtenir certains avantages liés à son statut de nationalité, il est clair que les mêmes avantages pourront être réclamés par le citoyen de la Savoie ou du sud de la Bavière et non pas, en revanche, par celui qui avait sa résidence normale en Sicile même si, dans l'hypothèse envisagée, celui-ci se trouve, dans le lieu de travail, plus éloigné par rapport à son lieu d'origine que le citoyen français ou allemand.

En déterminant les catégories des sujets appelés à bénéficier de l'indemnité en question, la loi fait à la règle — il est vrai — l'exception déjà indiquée qui exclut celui qui est déjà citoyen du pays où il est appelé à travailler. Mais, même abstraction faite du principe fondamental, selon lequel les exceptions ne doivent pas être étendues au-delà des cas de principe, il paraît clair que les raisons pour lesquelles le législateur a reconnu l'indemnité même au citoyen qui était resté hors de son pays au cours des dix dernières années ne pourraient pas être invoquées, même par analogie, dans les cas qui nous occupent. Le législateur a prévu, il est vrai, l'hypothèse de l'expatrié resté éloigné pendant dix ans, hypothèse cependant bien différente de celle du nouveau citoyen, même s'il est devenu tel depuis très peu de temps. Le cas du citoyen qui, après être resté hors de sa patrie pendant très longtemps, n'y retourne que pour occuper un poste communautaire, est bien différent de la situation de la femme qui, par mariage,

est devenue citoyenne du pays sur le territoire duquel l'engagement ou la continuation d'une activité ne la place pas en dehors de ce qui, même sur le plan territorial, est une conséquence de la nouvelle situation résultant de son mariage.

Dans l'affaire 21-74, nous avons, il est vrai, le cas d'une double nationalité : l'intéressée prétend qu'elle peut faire valoir l'autre nationalité pour obtenir l'avantage lié au fait de se sentir dépaysée. Mais elle oublie ainsi que c'est le caractère d'étrangère au pays de résidence qui vaut comme point de référence pour reconnaître l'avantage, alors que la requérante est également citoyenne de ce pays.

Dans l'affaire 37-74, la requérante observe que la nationalité acquise *ex lege* par la femme mariée en Belgique (nationalité que — remarquons-le — l'intéressée aurait pu dans ce cas éviter d'acquérir) a un contenu différent et plus restreint que la nationalité pleine acquise selon un des autres modes prévus par la loi. Elle voudrait soutenir par là que celui qui applique le droit communautaire pourrait dépasser le critère formel de l'attribution d'un « *status civitatis* » pour analyser l'ensemble de facultés et de droits qui sont liés à un type de nationalité qu'elle considère comme étant d'ordre mineur. Mais considérer le contenu concret de cette attribution de nationalité peut avoir une signification là où la loi le prévoit expressément ; en dehors de ces prévisions, il reste toujours en revanche à appliquer le concept que la nationalité est une institution globale, qui a été adoptée par le législateur communautaire, non en raison de son contenu légal concret, mais comme critère de référence en vue d'une application cohérente de l'indemnité de dépaysement.

Comme nous l'avons mentionné au début de ces conclusions, on parle enfin d'une discrimination au détriment des femmes mariées, contraire au principe fondamental d'égalité entre les sexes (qui, il n'est pas nécessaire de le rappeler, est hors de toute discussion) lequel est inhérent à l'ordre juridique communautaire : discrimination, parce que l'homme, en se mariant, n'acquiert pas automatiquement la nationalité de la femme et il ne perdrait donc jamais les avantages liés au « *status* » qu'il possédait avant son mariage. Mais, comme nous l'avons déjà indiqué, le droit communautaire ne peut pas refaire le monde des rapports sociaux et humains selon son point de vue ; si la loi nationale prévoit une forme d'acquisition de la nationalité et y rattache les conséquences normales d'un « *status* » qui se concrétise par un ensemble de droits et d'obligations, le législateur communautaire accepte licitement cette situation, telle qu'il la trouve, comme point de référence ; et il le fera lorsqu'elle n'est pas, en elle-même, en contradiction avec un droit humain fondamental, comme le serait une discrimination fondée sur le fait de l'appartenance à l'un ou à l'autre sexe. Le droit communautaire ne peut pas s'opposer à ce qu'en réglementant ses rapports internes, chaque État tienne compte du principe de l'unité familiale selon une conception qui lui est propre et qui, socialement, n'est pas contraire à l'ordre public communautaire. Sous un angle différent, M. l'avocat général Mayras, lui aussi, a exclu, dans l'affaire 33-72 (Gunnella, Recueil 1973, p. 485) que la référence au critère de nationalité pour l'indemnité de dépaysement soit contraire au principe d'égalité de traitement entre les fonctionnaires des deux sexes affirmé dans les arrêts rendus dans les affaires 20 et 32-71 (Sabbatini-Bauduin, Recueil 1972, p. 345 et 353).

Observons enfin que si la référence au critère de nationalité peut, comme cela s'est déjà produit pour celui de chef de famille, comporter parfois un désavantage pour les femmes fonctionnaires qui contractent mariage, il existe entre les deux cas, une différence fondamentale. Alors que le fait, pour la femme, de faire partie d'une nouvelle famille à la suite de son mariage peut laisser tout à fait inchangée sa situation d'étrangère par rapport à l'État de résidence, et que la perte automatique de l'indemnité de

dépaysement par le seul fait du mariage ne se justifiait donc pas, le cas dans lequel la femme, fonctionnaire, acquiert la nationalité du pays dans lequel elle travaille est bien différent. La cause juridique même de l'indemnité, qui en constitue la justification rationnelle, comme la Cour l'a indiqué à l'attendu n° 11 des arrêts cités (Sabbatini-Bauduin, Recueil cité, p. 35, et p. 370) fait ici défaut.

Dans ce cas également, seule une disposition dérogatoire expresse du législateur pourrait attribuer l'indemnité en question ; ce serait de toute manière un bénéfice anormal que l'on ne pourrait même plus qualifier d'indemnité de dépaysement. La contradiction ne permet pas d'attribuer à celui qui possède la nationalité du pays où il travaille des bénéfices spéciaux reconnus aux étrangers, sauf le cas exceptionnellement considéré d'un éloignement antérieur du pays durant plus de dix ans. Plus encore, le principe de l'égalité de traitement exigerait que cette considération plus large (qui aboutirait, en substance, à remplacer le critère juridique de la nationalité par un autre critère de fait) soit étendue à tous ceux qui, pour une raison quelconque, possèdent actuellement ou ont possédé initialement une nationalité autre que celle du pays où ils exercent leur activité.

Nous concluons donc au rejet des deux recours comme non fondés et à l'application de l'article 70, en ce qui concerne les dépens.