# CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. ANTONIO LA PERGOLA

présentées le 19 septembre 1996 *

1. Par le présent recours, la Commission (ci-après également la « requérante ») demande que soit constaté le manquement de la République fédérale d'Allemagne (ci-après également la « défenderesse »), qui découlerait de la non-transposition, dans l'ordre juridique interne, des règles inscrites dans les directives du Conseil 90/364/CEE [1] et 90/365/CEE [2] (ci-après également les « directives »). La République fédérale d'Allemagne conteste l'appréciation faite par la Commission en l'espèce, en prétendant qu'elle a correctement transposé dans son ordre juridique interne le contenu normatif de ces directives.

2. Avant d'examiner au fond les arguments des parties, il convient de préciser le cadre normatif dans lequel s'inscrit la présente question, en renvoyant au rapport du juge rapporteur pour des références plus spécifiques.

## Le cadre normatif

3. Les règles communautaires dont la transposition est litigieuse (voir l'article 1[er] de chaque directive) visent à accorder le droit de séjour « aux ressortissants des États membres qui ne bénéficient pas de ce droit en vertu d'autres dispositions du droit communautaire, ainsi qu'aux membres de leur famille » (90/364), de même qu'à tout ressortissant d'un État membre « qui a exercé dans la Communauté une activité en tant que travailleur salarié ou non salarié, ainsi qu'aux membres de sa famille » (90/365).

Le bénéfice de ce droit dépend, dans le cas de la directive 90/364, de la condition que les intéressés disposent, « pour eux-mêmes et pour les membres de leur famille, d'une assurance maladie couvrant l'ensemble des risques dans l'État membre d'accueil et de ressources suffisantes pour éviter qu'ils ne deviennent, pendant leur séjour, une charge pour l'assistance sociale de l'État membre d'accueil ». En ce qui concerne la directive 90/365, les intéressés doivent bénéficier « d'une pension d'invalidité, de préretraite ou de vieillesse ou d'une rente d'accident de travail ou de maladie professionnelle de niveau suffisant pour qu'ils ne deviennent pas, pendant leur séjour, une charge pour l'assistance sociale de l'État membre d'accueil, et à condition qu'ils disposent d'une assurance maladie couvrant l'ensemble des risques dans l'État membre d'accueil ».

4. Il est prévu à l'article 2 des deux directives que « le droit de séjour est constaté par la

* Langue originale: l'italien.

1 — Directive du 28 juin 1990 relative au droit de séjour (JO L 180, p. 26).

2 — Directive du 28 juin 1990 relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle (JO L 180, p. 28).

délivrance d'un document dénommé 'carte de séjour de ressortissant d'un État membre de la CEE', dont la validité peut être limitée à cinq ans, renouvelable ».

En outre, l'article 5 des deux directives énonce:

« Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 30 juin 1992. Ils en informent immédiatement la Commission. »

5. Quant à la législation nationale, les règles pertinentes sont fondamentalement au nombre de deux:

L'article 2, paragraphe 2, de l'Ausländergesetz (loi relative aux étrangers) [3] prévoit que la loi elle-même ne s'applique aux étrangers qui bénéficient de la libre circulation en vertu du droit communautaire « que dans la mesure où le droit communautaire et la loi relative au séjour CEE ne comportent pas de dispositions dérogatoires ».

Par ailleurs, l'article 15 bis de l'Aufenthaltsgesetz/EWG [4] (loi relative au séjour CEE) dispose en son paragraphe 3 (ajouté en 1993):

« (3) Le ministre fédéral de l'Intérieur peut, par décret avec l'accord du Bundesrat, prendre des dispositions relatives à l'entrée et au séjour de personnes... dans la mesure nécessaire pour l'application des directives du Conseil des Communautés européennes sur:

1. le droit de séjour conformément à la directive 90/364/CEE du Conseil, du 28 juin 1990...

2. le droit de séjour des travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle conformément à la directive 90/365/CEE du Conseil, du 28 juin 1990... ».

3 — Gesetz über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet, dans la version du Gesetz zur Neuregelung des Ausländerrechts du 9 juillet 1990 (*BGBl.* I, p. 1354), modifiée par le Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Neuregelung des Ausländerrechts du 12 octobre 1990 *BGBl.* I, p. 2170).

4 — Gesetz über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft du 22 juillet 1969 (*BGBl.* I, p. 927), dans la version de la communication du 31 janvier 1980 (*BGBl.* I, p. 116, *BGBl.* III, p. 26-2). L'article 15 bis, paragraphe 3, disposition pertinente dans la présente espèce, a été ajouté par l'EWR-Ausführungsgesetz du 27 avril 1993 (*BGBl.* I, p. 512, 528).

## En fait

6. A l'expiration du délai de transposition fixé à l'article 5, précité, des directives, la Commission n'avait reçu de la défenderesse aucune communication conforme à l'obligation inscrite dans cette disposition. Par lettre du 14 octobre 1992, la Commission a donc invité le gouvernement allemand à présenter ses observations, conformément à l'article 169 du traité, en lui accordant à cette fin un délai de deux mois.

7. Dans la réponse datée du 17 décembre 1992 (transmise à la Commission par lettre du 5 janvier 1993), le gouvernement allemand précisait que le ministre fédéral de l'Intérieur avait informé les ministres de l'Intérieur des Länder, par une circulaire du 30 juin 1992, qu'un permis de séjour devait être accordé, au titre de la législation allemande relative aux étrangers, aux catégories de personnes visées par les deux directives. Il était déclaré dans la lettre que la réglementation communautaire était donc, en réalité, transposée dans l'ordre juridique interne. Il était toutefois ajouté que le gouvernement allemand avait l'intention d'intégrer ladite réglementation, également de manière formelle, en introduisant un nouveau paragraphe (le paragraphe 3 précité) à l'article 15 bis de la loi relative au séjour CEE. Cette nouvelle règle devait attribuer au ministre fédéral de l'Intérieur une compétence spécifique pour adopter, avec l'accord du Bundesrat, les décrets nécessaires à l'application, dans l'ordre juridique interne, des directives 90/364 et 90/365.

8. Les parties ont ensuite échangé une correspondance abondante. Le 23 avril 1993, la Commission a envoyé à la défenderesse une lettre concernant la transposition de la directive 90/366/CEE [5]. Par lettre du 5 mai 1993, le gouvernement allemand a transmis à la Commission une communication du 31 mars 1993 relative à la transposition des directives en cause, ainsi que de la directive 90/366. Enfin, le 2 juin, le gouvernement allemand a fait parvenir à la Commission une communication, du 20 mai 1993, en réponse, en ce qui concerne la directive 90/366, à la lettre précitée de la requérante, du 23 avril.

9. Le 22 septembre 1993, la Commission a adressé un avis motivé à la République fédérale d'Allemagne dans lequel — estimant, sur la base des observations de l'administration allemande en réponse à sa lettre précédente, que la transposition annoncée des règles communautaires dans la législation nationale relative au séjour CEE n'avait pas encore été effectuée — elle invitait la défenderesse à adopter les mesures nécessaires à cette transposition dans un délai de deux mois à partir de la date de notification de l'avis.

10. Dans ses observations sur l'avis motivé du 24 novembre 1993, le gouvernement allemand fait valoir que l'appréciation de la Commission en ce qui concerne le manquement allégué avait déjà été contestée dans la communication du 31 mars 1993. En effet, il avait été affirmé à cette occasion que la référence expresse au principe de la primauté du

5 — Directive du Conseil, du 28 juin 1990, relative au droit de séjour des étudiants (JO L 180, p. 30).

droit communautaire sur le droit national, figurant dans la clause générale introduite à l'article 2, paragraphe 2, de l'Ausländergesetz, rendait superflue l'adoption de mesures spécifiques de transposition. La disposition adoptée aurait en effet été rédigée dans le but précis de constituer une règle « ouverte », permettant d'adapter la réglementation nationale à des développements éventuels de la réglementation communautaire découlant de nouvelles directives, ou également à des principes résultant d'arrêts éventuels de la Cour. Il était en outre répété que, pour des raisons d'uniformité normative uniquement, les règles allemandes relatives au séjour CEE (comportant déjà, était-il spécifié, les dispositions du droit communautaire en matière de libre circulation) auraient été complétées, à l'occasion de l'adoption des règles d'application de l'accord sur l'Espace unique européen, par des décrets ministériels concernant les directives litigieuses [6].

11. Par son recours formé le 24 mars 1995, la Commission a demandé à la Cour a) de constater que, en ne prenant pas dans le délai prescrit, ou en ne communiquant pas immédiatement à la Commission, toutes les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la directive, la défenderesse a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du traité, et b) de condamner la République fédérale d'Allemagne aux dépens.

12. Dans son mémoire en défense et sa réplique, la défenderesse a conclu au rejet du recours et à la condamnation de la Commission aux dépens. Les arguments fondant ces conclusions concernent aussi bien la recevabilité que le bien-fondé du recours. Nous examinerons, dans cet ordre, l'un et l'autre de ces aspects.

## La recevabilité

13. En ce qui concerne le premier moyen, le gouvernement allemand fait valoir que la Commission allègue, au stade du recours, des arguments de droit qui n'ont pas été invoqués au cours de la procédure précontentieuse préalable. Le recours devrait donc être jugé irrecevable [7]. Pour être plus précis, la partie défenderesse estime que, dans l'avis motivé, la requérante a constaté le manquement déféré ensuite à la Cour, en se bornant à relever que les mesures de transposition annoncées dans les lettres des 5 janvier et 2 juin 1993 n'ont été ni adoptées ni communiquées.

14. La Commission aurait toutefois omis de se prononcer sur la communication officielle du gouvernement allemand, du 31 mars 1993, excipant de la transposition sur la base du

6 — Voir les communications de la République fédérale d'Allemagne aux services juridiques du Conseil et de la Commission, du 31 mars 1993 (point 2).

7 — Conformément à l'arrêt du 12 janvier 1994, Commission/Italie (C-296/92, Rec. p. I-1), établissant que, dans les procédures en application de l'article 169 du traité, la requête ne peut être fondée sur des griefs autres que ceux indiqués dans l'avis motivé.

principe de la primauté du droit communautaire, établie dans la norme de renvoi inscrite dans la réglementation nationale relative aux étrangers. Un tel argument n'aurait fait l'objet d'un débat qu'au moment du recours, la requérante ayant estimé que de telles modalités de transposition ne satisfaisaient pas aux critères établis par la Cour [8].

15. La Commission estime pour sa part que l'objet du recours n'a pas changé au cours de la procédure et qu'il s'agit toujours de l'absence de transposition des directives dans l'ordre juridique national. Par ailleurs, contrairement aux affirmations de la défenderesse, l'avis motivé n'aurait aucunement omis de prendre en considération les arguments invoqués par cette dernière dans ses lettres des 5 janvier et 2 juin 1993. La Commission affirme qu'elle n'a tout simplement pas estimé devoir partager lesdits arguments. Il n'était donc pas nécessaire, selon la requérante, d'examiner dûment les arguments de la défenderesse, tant au fond, car les éléments invoqués n'étaient pas des actes de nature à justifier l'infraction contestée, que pour des raisons d'économie de procédure, car elle attendait que la défenderesse adopte dans les délais prescrits les actes normatifs nécessaires à la transposition correcte de la directive.

16. Telles sont les positions des parties en ce qui concerne la recevabilité du recours. Elles supposent chacune, à notre avis, une conception différente de la procédure précontentieuse. Dans l'optique de la requérante, cette procédure, compte tenu de son objectif, serait limitée à préciser les termes de la violation contestée. Pour la défenderesse, au contraire, elle devrait être le cadre d'un débat véritable permettant aux États intéressés non seulement de faire valoir leurs observations, mais également d'obtenir de la Commission une réponse appropriée aux observations qu'ils ont présentées à la suite de la mise en demeure. Ce n'est qu'à travers un tel « débat préalable sur la thèse défendue par l'État membre » que la procédure pourrait efficacement poursuivre l'objectif d'amener cet État à mettre fin à son comportement contraire au traité, en évitant ainsi la procédure juridictionnelle [9].

17. Cette affaire pose donc un problème qui présente également une importance pratique non négligeable. Quel est le rapport qui lie la Commission et les États membres pendant la procédure précontentieuse? On ne saurait se dissimuler que la réponse à cette question affecte la détermination des obligations qui pèsent sur les parties concernées au cours du déroulement, en bonne et due forme, de la procédure et de la façon dont la Commission peut efficacement poursuivre la finalité qui a inspiré les règles inscrites à l'article 169 du traité.

18. Il convient donc, pour déterminer celle des deux optiques exposées ci-dessus à retenir en l'espèce, de définir avant tout la fina-

8 — Les arrêts invoqués par la requérante pour la détermination de ces critères sont les suivants: arrêts du 15 mars 1990, Commission/Pays-Bas (C-339/87, Rec. p. I-851, notamment p. I-880), et du 30 mai 1991, Commission/Allemagne (C-361/88, Rec. p. I-2567).

9 — Voir la duplique du gouvernement allemand, point 4.

lité de la procédure précontentieuse. A notre avis, cette dernière a un double objectif [10]. En premier lieu, en prévoyant que cette étape devait être inspirée par le principe du contradictoire, on a voulu délimiter l'objet du litige, en préciser les aspects juridiques et matériels, et mettre l'État auquel le manquement est reproché en mesure de préparer efficacement sa défense [11]. Comme la Cour l'a précisé, le fait de satisfaire à cette finalité constitue « une garantie essentielle voulue par le traité et son observation est une forme substantielle de la régularité de la procédure constatant un manquement d'un État membre » [12].

19. Sa seconde fonction est au contraire de favoriser — grâce à la « force maïeutique de la contradiction » [13] — une éventuelle solution non contentieuse, pour éviter, conformément à ce qui constitue en tout état de cause le but essentiel de la procédure d'infraction, de saisir la Cour [14].

20. Les deux aspects fonctionnels décrits ci-dessus doivent être considérés en tenant compte de la gravité de l'issue possible de la procédure concernée. Il s'agit en effet de sanctionner le comportement d'un État membre. Une telle décision peut entraîner la mise en œuvre de la responsabilité même de l'État déclaré en manquement. Comme l'a justement précisé l'avocat général M. Gand à une autre occasion, « avec toute la marge d'incertitude que comporte l'appréciation d'un comportement, [le censurer] est une responsabilité qui ne doit pas être endossée à la légère » [15]. La doctrine est du même avis. « La *gravité* de la constatation du manquement — a-t-on écrit — exige que les États membres bénéficient des *garanties procédurales effectives* » [16].

21. Après avoir ainsi défini le cadre conceptuel dans lequel s'inscrit la phase précontentieuse, il convient de se demander quelles sont les obligations qui incombent à la Commission au cours de ladite phase. Il convient donc de savoir si la Commission devait, dans le cadre de l'avis motivé, apporter une réponse appropriée aux observations présentées par l'État membre pour répondre aux termes de la lettre de mise en demeure.

22. Quelles remarques peut-on formuler sur les arguments présentés par le gouvernement allemand en ce qui concerne la recevabilité? En premier lieu, l'objet du recours — c'est-à-dire la non-transposition des directives dans l'ordre juridique national — est toujours resté identique tout au long de la procédure. La lettre de mise en demeure, l'avis

10 — Arrêt du 2 juillet 1996, Commission/Luxembourg (C-473/93, Rec. p. I-3207, point 19).

11 — Arrêt du 2 février 1988, Commission/Belgique (293/85, Rec. p. 305, point 13).

12 — Arrêt du 8 février 1983, Commission/Royaume-Uni (124/81, Rec. p. 203, point 6).

13 — Cette citation est de F. Benvenuti, « Contraddittorio » (Dir. amm.), *EDD*, vol. II, p. 743.

14 — Voir en ce sens l'arrêt du 1er mars 1966, Lütticke (48/65, Rec. p. 27, 39): « La partie de la procédure précédant la saisine de la Cour constitue une phase précontentieuse destinée à *inviter* l'État membre à se conformer au traité » (les italiques ont été ajoutés par l'auteur).

15 — Conclusions de l'avocat général M. Gand sous l'arrêt du 17 février 1970, Commission/Italie (31/69, Rec. p. 25, 37, notamment p. 45).

16 — Voir G. Vandersanden et A. Barav, *Contentieux communautaire*, Bruxelles, 1977, p. 115. (Les italiques ont été ajoutées par nous).

motivé et le recours sont en effet clairement centrés sur ce point [17]. Cela dit, nous estimons que, pour les raisons données ci-après, la Commission n'a pas omis de fournir une appréciation juridique explicite des allégations de la défenderesse en ce qui concerne le mode de transposition que cette dernière avait retenu.

23. La première intervention (en termes de chronologie) du juge communautaire en application de l'article 169 fournit des indications utiles à cet égard [18]. Il a été précisé dans l'arrêt rendu alors que l'avis motivé devait indiquer de manière cohérente les raisons ayant amené la Commission à la conviction que l'État intéressé avait manqué à ses obligations. Ces précisions étaient destinées à répondre à une exception d'irrecevabilité soulevée par le gouvernement italien, prétendant que la Commission n'avait pas tenu compte de « la pertinence des arguments » qu'il avait présentés pour justifier ses actes. La Cour a rejeté cette objection en se ralliant aux arguments de l'avocat général M. Lagrange. Dans ses conclusions, celui-ci avait notamment indiqué que « l'avis motivé est uniquement destiné à préciser le point de vue de la Commission afin d'éclairer le gouvernement intéressé et, éventuellement, la Cour » [19].

24. On retrouve à de nombreux égards cette prise de position dans l'affaire Lütticke, postérieure [20]. L'article 169, y déclare la Cour, ne confère à la Commission que la faculté d'émettre un avis motivé et de former des recours. Nous ne sommes donc pas en présence d'un pouvoir tel que celui que lui confère, par exemple, l'article 90, paragraphe 3, du traité d'adopter des mesures contraignantes et pour lesquelles, à juste titre, les droits de la défense des destinataires de la mesure ont été interprétés de manière extensive [21]. L'importance du principe du contradictoire et la nécessité de le respecter doivent, elles aussi, être appréciées à la lumière de cette différence.

25. Nous admettons toutefois, d'ailleurs, que la phase précontentieuse comporte, parmi ses caractéristiques, l'obligation de

17 — La présente espèce est tout à fait différente de celle, invoquée par la défenderesse (arrêt du 12 janvier 1994, Commission/Italie, précité). En effet, dans cette dernière affaire, l'irrecevabilité avait été prononcée parce que l'avis motivé et la requête comportaient deux griefs substantiellement différents l'un de l'autre. Dans le premier de ces actes, il était reproché à la République italienne d'avoir manqué aux obligations résultant de la directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO 2 185, p. 5), en ce qu'une administration territoriale avait indûment attribué un marché selon la procédure du marché de gré à gré et omis la publication d'un avis d'appel d'offres dans le *Journal officiel des Communautés européennes*; en revanche, dans le recours, il était reproché à la République italienne d'avoir manqué à son obligation de contrôle de l'application effective de la directive par les administrations territoriales et d'avoir omis d'intervenir pour supprimer les effets de ce défaut d'application. Comme on le voit, les aspects mis en valeur dans les deux actes différaient par leur nature.

18 — Arrêt du 19 décembre 1961, Commission/Italie [7/61, Rec. p. 633; voir, en particulier, la section B — Quant à la recevabilité, sous a), p. 654].

19 — Conclusions de l'avocat général M. Lagrange dans l'affaire 7/61 (Rec. p. 661 et notamment p. 673). L'avis motivé se distingue donc de la lettre de mise en demeure dans la mesure où celle-ci « a pour but de circonscrire l'objet du litige et d'indiquer à l'État membre qui est invité à présenter ses observations les éléments nécessaires à la préparation de sa défense » (arrêt du 11 juillet 1984, Commission/Italie, 51/83, Rec. p. 2793, point 4).

20 — Arrêt cité à la note 14 (notamment p. 39).

21 — Arrêt du 12 février 1992, Pays-Bas e. a. /Commission (C-48/90 et C-66/90, Rec. p. I-565).

prendre en considération les arguments avancés par la défenderesse. Il reste que l'avis motivé de la Commission en l'espèce fait référence expresse aux communications du gouvernement allemand contestant l'appréciation du manquement qui lui est reproché. La teneur même de l'avis motivé montre en effet sans aucune ambiguïté que, selon la Commission, les autorités allemandes étaient tenues d'adopter des dispositions spécifiques pour transposer les directives en cause. Cela signifie que la Commission jugeait insuffisantes, aux fins de la transposition, les mesures considérées en revanche comme pleinement appropriées par la défenderesse.

26. Nous estimons donc que le gouvernement allemand a été mis en mesure de faire valoir son propre point de vue. Aussi bien la lettre de mise en demeure que l'avis motivé lui offraient des délais appropriés à cet effet. D'autre part, comme nous l'avons dit, il ressortait clairement de l'avis motivé que la Commission jugeait insuffisante la transposition réalisée par le biais de l'article 2, paragraphe 2, de la loi sur les étrangers. L'adoption d'autres règles normatives appropriées était considérée comme nécessaire (d'ailleurs, selon ce qu'a affirmé la défenderesse, de telles mesures étaient en cours d'élaboration).

27. Essayons de mieux préciser pourquoi le comportement de la Commission est licite. L'avis motivé de cette institution ne peut être considéré comme un acte dont la fonction est de répondre pleinement aux arguments avancés, dans ses observations, par l'État membre en cause. Il vise au contraire à préciser la position de la Commission pour permettre à l'État membre de préparer sa défense et à la Cour de rendre son jugement. Il est vrai que la Commission n'a explicité son appréciation en ce qui concerne le caractère inapproprié de la transposition qu'au stade du recours. Mais elle n'a enfreint par là aucune prescription ou garantie procédurale. En présence d'un avis motivé qui fait apparaître clairement les moyens de droit et de fait qui plaident dans le sens du manquement, la défenderesse ne saurait invoquer un intérêt juridiquement protégé à un débat contradictoire complet.

28. Nous estimons donc qu'il est nécessaire de fonder l'appréciation de la recevabilité sur les éléments qui peuvent se déduire de la jurisprudence de la Cour: l'objet du litige qui reste inchangé pendant toute la durée de la procédure fondée sur l'article 169; l'existence de délais appropriés permettant à un État membre tant de se conformer aux obligations qui lui sont imposées par le droit communautaire que de préparer efficacement sa défense contre les griefs formulés par la Commission [22]; l'existence d'une motivation cohérente en ce qui concerne aussi bien l'analyse des faits que l'analyse juridique, à l'appui de l'éventuel avis motivé [23]; l'indication éventuelle des mesures que l'État membre doit adopter pour transposer correctement la directive dans son ordre interne [24]. A notre avis, de telles exigences sont satisfaites en l'espèce. En conséquence, la défenderesse a bénéficié des garanties procédurales

22 — Arrêt du 2 février 1988, Commission/Belgique (cité à la note 11), point 14.

23 — Arrêt du 19 décembre 1961, Commission/Italie (cité à la note 18).

24 — Arrêt du 12 juillet 1973, Commission/Allemagne (70/72, Rec. p. 813, point 13).

imposées par la « gravité » de la procédure. Nous concluons en conséquence que la Cour devrait rejeter la demande formulée par la défenderesse et déclarer le recours recevable.

## Au fond

29. Quant au fond, la défenderesse estime avoir transposé les directives en question d'une manière correspondant aux critères établis par la jurisprudence de la Cour [25].

30. Trois arguments sont invoqués à l'appui de cette thèse. Il s'agit en premier lieu de la référence, à l'article 2, paragraphe 2, de l'Ausländergesetz, au principe de la primauté du droit communautaire, ce qui entraînerait la limitation automatique du champ d'application des règles nationales — et donc la reconnaissance du droit d'obtenir le permis de séjour — aux personnes dont la situation est réglementée par les directives en cause.

En deuxième lieu, les administrations compétentes des Länder auraient été dûment informées de la nécessité de donner pleine application aux dispositions communautaires dans le délai prescrit pour leur transposition dans l'ordre interne. Cela aurait amené les autorités compétentes à apprécier, cas par cas, l'existence des conditions nécessaires à la naissance du droit de séjour, de manière à assurer la mise en œuvre effective de la directive.

Enfin, selon la partie défenderesse, il convient de tenir compte du caractère directement exécutoire, en substance, de la règle en question. Les particuliers ont, nous dit-on, un accès facile à la législation communautaire et ils sont en mesure, même dans le cas d'un simple renvoi à l'ordre juridique communautaire tel que celui qui figure dans la législation allemande, d'avoir une connaissance claire et précise de leurs droits.

31. Les arguments du gouvernement allemand n'emportent pas notre conviction. La partie défenderesse invoque la jurisprudence constante de la Cour, selon laquelle la transposition d'une directive dans le droit national n'implique pas nécessairement la reprise formelle et textuelle de ses dispositions en une disposition légale expresse et spécifique. Il convient toutefois de citer la jurisprudence dans son sens complet et correct. Selon la Cour, il importe que le contexte juridique général « assure effectivement la pleine application de la directive d'une façon suffisamment claire et précise, afin que, au cas où la directive vise à créer des droits pour les particuliers, les bénéficiaires soient mis en mesure de connaître la plénitude de leurs droits et de s'en prévaloir, le cas échéant, devant les juridictions nationales » [26].

25 — Ces critères sont tirés de l'arrêt du 30 mai 1991, Commission/Allemagne (C-361/88, Rec. p. I-2567, notamment p. I-2600).

26 — Arrêt du 30 mai 1991, Commission/Allemagne (cité à la note 25), point 15.

32. Or, nous ne pensons pas que les mesures de transposition adoptées dans l'ordre juridique allemand satisfont à de telles exigences. Pour les autres dispositions communautaires en matière de liberté de circulation, il y a eu une transposition spécifique dans la réglementation allemande en ce qui concerne le séjour CEE (Aufenthaltsgesetz/EWG) [27]. Cela confirme le bien-fondé du point de vue exprimé par la Commission quant aux directives à transposer en l'espèce. Le « contexte juridique général » sera en effet constitué, pour certaines catégories de sujets, par des droits expressément transposés dans l'ordre juridique national. Pour d'autres catégories de sujets, les droits devront au contraire être déduits de la réglementation communautaire, à laquelle il est renvoyé. Une telle dualité de traitement — également et surtout parce qu'en l'espèce les directives confèrent des droits aux particuliers — fait obstacle à ce que les intéressés connaissent la plénitude de leurs droits et puissent faire valoir ces droits devant les juridictions nationales.

33. Nous ne sommes par ailleurs pas vraiment convaincu, non plus, par l'argument selon lequel les particuliers pourraient connaître le texte d'une directive grâce à sa publication au *Journal officiel des Communautés européennes*.

Partager une telle opinion reviendrait à sous-estimer l'obligation de transposition qui s'impose au législateur national. Bien sûr, pour savoir quels sont leurs droits, les particuliers peuvent toujours remonter aux sources pertinentes. Cela n'empêche pas, toutefois, que, lorsque la transposition est nécessaire, elle doit intervenir dans la forme appropriée et non pas autrement [28]. D'ailleurs, comme l'a précisé l'avocat général M. Mischo dans l'affaire Emmott, « la publication des directives au *Journal officiel des Communautés européennes* ... est fondamentalement différente de celle dont font l'objet les actes obligatoires pour les particuliers. Il ne s'agit pas d'une 'publication légale', ayant des effets juridiques, comme dans le cas des règlements, mais seulement d'une publication pour information » [29]. Il ne nous est pas possible à cet égard de constater le prétendu caractère directement exécutoire des actes en examen en l'espèce. Nous sommes de toute façon en présence de directives, même si elles sont détaillées, et aussi bien les règles du traité que l'article 5, précité, des directives en cause prévoient expressément l'obligation de transposer. Les droits reconnus par le législa-

27 — Il en est ainsi pour la directive 93/96/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative au droit de séjour des étudiants (JO L 317, p. 59). Même en relation avec cette directive, il subsiste, selon la Commission, des problèmes de transposition analogues à ceux constatés en ce qui concerne les directives 90/364 et 90/365.

28 — Le raisonnement du gouvernement allemand en ce qui concerne l'article 8 A du traité ne semble pas facile à comprendre. Aux termes de cet article, le droit de circuler librement est reconnu « sous réserve des limitations et conditions prévues par le présent traité et par les dispositions prises pour son application ». Le droit est donc reconnu dans les limites que lui fixent le traité lui-même et le droit communautaire dérivé. La défenderesse se fonde sur cette formulation pour prétendre que les citoyens doivent connaître le droit sanctionné à l'article 8 A grâce au renvoi au droit dérivé. Cela légitimerait ainsi le renvoi figurant dans la réglementation allemande qui consiste en substance à demander aux particuliers de connaître leur droit de séjour directement à partir des directives 90/364 et 90/365. Or, un tel raisonnement me semble défectueux dans la mesure où il réunit deux aspects qui sont différents et qui doivent le demeurer. En ce qui concerne la norme du traité, elle se limite à consacrer un droit, en spécifiant simultanément la portée de ses limites éventuelles, soit par référence directe à d'autres règles du traité, soit par référence aux dispositions adoptées par les institutions en application du traité. Comme on peut facilement le comprendre, il s'agit d'un aspect totalement différent de celui concernant la mise en œuvre des directives. Cette mise en œuvre est une opération qui comporte l'obligation de transposition de la règle communautaire dans l'ordre juridique interne et à laquelle on ne peut opposer, sauf à dénaturer la distinction entre les actes communautaires inscrite à l'article 189 du traité, la possibilité des particuliers de connaître directement les règles communautaires.

29 — Conclusions dans l'affaire C-208/90 (Rec. 1991, p. I-4269, I-4284, point 27).

teur communautaire doivent donc, comme nous l'avons dit, résulter du contexte normatif national avec une clarté suffisante — c'est à cela que sert la transposition — et sans qu'il soit donc nécessaire de renvoyer aux normes communautaires à transposer.

34. Il y a un autre aspect à prendre en considération. Si le gouvernement allemand a complété, en 1993, les règles relatives au séjour par une habilitation du ministre de l'Intérieur à adopter des décrets d'application des règles communautaires, c'était dans le but de fournir à l'administration nationale une base juridique unitaire [30]. Or, même si l'on accepte le point de vue de la défenderesse selon lequel les règles préexistantes devaient être considérées comme déjà suffisantes pour satisfaire aux obligations de transposition, il n'en subsiste pas moins l'exigence de présentation claire et méthodique, dans l'ordre juridique interne, du domaine traité par la directive. C'est là une autre raison d'estimer que la transposition effectuée en l'espèce était insuffisante, au moins en ce qui concerne l'aspect que nous venons d'évoquer. Les mesures adoptées, sans celles demandées par la Commission, ne seraient en effet pas en mesure de constituer ce « cadre légal précis » que les États membres doivent établir, conformément à la jurisprudence de la Cour, pour garantir la pleine application des directives [31]. Il convient en outre d'observer que cet argument se trouve implicitement confirmé par la circonstance que la délégation prévue dans l'acte normatif n'a pas encore été utilisée par l'autorité administrative allemande pour régler la situation des résidents concernés par les directives, lesquelles n'ont toujours pas été mises en œuvre. Cela appuie la thèse du manquement de la défenderesse — manquement partiel si l'on veut, mais néanmoins illicite — aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 5 des directives.

35. Enfin, nous sommes d'accord avec la Commission en ce qui concerne l'autre argument avancé par la défenderesse. Cette dernière fait valoir qu'elle a appelé l'attention des autorités des Länder sur la nécessité d'attribuer des permis de séjour également aux ressortissants dont la situation est réglée par les directives en cause. Les circulaires administratives n'ont toutefois pas des effets juridiques directs sur les particuliers. Elles ne peuvent donc satisfaire directement à l'exigence, que la Cour considère comme absolue, de garantir à l'individu la pleine connaissance de ses droits qui lui permet d'en demander la protection devant les juridictions nationales.

36. Pour toutes ces raisons, il convient donc de conclure que les dispositions des directives dont la mise en œuvre est litigieuse n'ont pas été transposées avec la spécificité, la précision et la clarté nécessaires, selon la jurisprudence de la Cour, pour garantir pleinement la sécurité du droit et la certitude des situations juridiques subjectives dont le bénéfice est reconnu aux particuliers.

30 — Voir la communication du gouvernement allemand, du 23 novembre 1993, qui renvoie par ailleurs à la communication du 31 mars 1993.

31 — Voir l'arrêt du 30 mai 1991, Commission/Allemagne (cité à la note 25), point 24.

## Conclusions

En résumé, nous proposons à la Cour de:

1) déclarer recevable le recours formé par la Commission en vue de faire constater le manquement de la République fédérale d'Allemagne en raison de la non-transposition des directives du Conseil, du 28 juin 1990, 90/364/CEE, relative au droit de séjour, et 90/365/CEE, relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle;

2) déclarer que, en n'adoptant pas, dans les délais requis, toutes les dispositions nécessaires pour conformer la loi nationale aux directives 90/364 et 90/365, la République fédérale d'Allemagne a manqué aux obligations de transposition qui lui incombent;

3) condamner la République fédérale d'Allemagne aux dépens.