

La libre circulation des personnes dans et vers l'Union européenne^(*)

Jean-Yves Carlier^{**}

RICHE ANNÉE 2011 pour la libre circulation des personnes. Paradoxalement, cette richesse se déploie en deçà et au-delà de la libre circulation classique, à propos, d'une part, des situations purement internes qui concernent les citoyens sédentaires, d'autre part, de la politique migratoire qui concerne les ressortissants d'États tiers.

1. — L'élargissement du champ personnel de la libre circulation des travailleurs ou autres agents économiques à tout citoyen est un acquis de longue date, consolidé dans la directive 2004/38 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres¹. Cet élargissement personnel se conjugue avec un double élargissement territorial au-delà et en deçà du champ classique de la libre circulation des personnes dans l'Union. Paradoxalement situés à l'opposé, ce sont ces deux élargissements qui marquent l'année 2011. L'élargissement au-delà concerne la politique migratoire (visa, asile, immigration), qualifiée, depuis plusieurs années dans cette chronique, de circulation externe, par opposition à la circulation interne dans l'Union européenne. Les arrêts se multiplient en raison de la pleine compétence de la Cour dans ce domaine depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne qui permet à toute juridiction nationale de poser une question préjudicielle (suppression de la limite inscrite à l'ancien article 68 CE). En outre, souvent, ces questions peuvent bénéficier de la procédure préjudicielle d'urgence (P.P.U.)². Outre l'adoption de quelques textes, les développements de la jurisprudence en matière de politique migratoire sont donc importants (1). L'élargissement en deçà concerne, au sein de la classique liberté de circulation des personnes dans l'Union européenne, la délicate question des situations purement internes à un État. En principe et par hypothèse, une situation purement interne échappe au domaine de la libre circulation en l'absence de toute circulation. À plusieurs reprises toutefois les juridictions nationales reviennent frapper à la porte de la Cour : est-il normal qu'un citoyen européen sédentaire subisse, avec sa famille, des discriminations à rebours en ne bénéficiant pas des protections liées à la libre circu-

lation des personnes³? Par trois arrêts, dont le premier et le troisième sont prononcés en grande chambre, la Cour tente, en 2011, de clarifier sa position en permettant une certaine prise en considération des situations purement internes lorsque « la jouissance effective de l'essentiel des droits » du citoyen est en cause (*Ruiz Zambrano, McCarthy, Dereci, infra*, n° 6). Les limites exactes du champ matériel de cette extension intra territoriale demeurent très imprécises et ouvrent de belles perspectives pour ce chapitre de la chronique consacré au séjour et à la circulation (2). Au fond, à l'image d'une poupée russe à trois enveloppes, la poupée moyenne de la libre circulation demeure dans l'ombre en 2011, s'effaçant devant la grande poupée de la politique migratoire et révélant la petite poupée des situations purement internes.

1

Politique migratoire

2. — Plusieurs anciens textes relatifs à la politique migratoire font ou vont faire l'objet de refontes. Si la Commission a préparé des projets de refonte, leur adoption n'est pas facile. Il y a peu de textes adoptés en 2011⁴. On notera principalement, en matière de lutte contre l'immigration illégale, une directive concernant la prévention de la traite des êtres humains⁵. On ajoutera, en matière d'immigration de travail, l'extension du statut de ressortissant d'État tiers

résident de longue durée aux bénéficiaires du statut de réfugié ou de la protection subsidiaire⁶ ainsi que l'adoption par le Parlement européen, le 13 décembre 2011 de la directive « permis unique » destinée à harmoniser les conditions d'obtention d'un permis de travail et à établir un socle commun de droits pour les travailleurs ressortissants d'État tiers⁷. Ce texte ne constitue que l'embryon d'une politique d'immigration de travail dans la mesure où il « est sans préjudice de la compétence des États membres en ce qui concerne l'admission des ressortissants de pays tiers sur leur marché du travail » (article 1^{er}, § 2). En matière d'asile, on notera l'adoption en décembre 2011 de la refonte de la directive qualification⁸. Cette refonte intègre certains acquis de la jurisprudence pour les critères de reconnaissance de la qualité de réfugié ou d'octroi de la protection subsidiaire et, surtout, tend à uniformiser le statut des bénéficiaires de la protection internationale qu'ils soient réfugiés au sens de la Convention de Genève de 1951 ou bénéficient de la protection subsidiaire qui avait été créée par la directive 2004/83. Pour le surplus, même si plusieurs projets de texte ou de refonte ne sont pas encore adoptés en raison des réticences des États à assouplir l'une ou l'autre disposition, il ne convient pas de s'en inquiéter excessivement⁹. Il n'est pas mauvais que des textes puissent vivre avant d'être modifiés. Or c'est maintenant qu'arrive, petit à petit, les commentaires généraux

(6) Directive 2011/51/UE, du 11 mai 2011, modifiant la directive 2003/109/CE afin d'étendre son champ d'application aux bénéficiaires d'une protection internationale, *J.O.*, 2011, L 132/1 (date de transposition, 20 mai 2013).

(7) Directive 2011/98/UE du 13 décembre 2011 établissant une procédure de demande unique autorisant les ressortissants de pays tiers à résider et à travailler sur le territoire d'un État membre et établissant un socle commun de droits pour les travailleurs issus de pays tiers qui résident légalement dans un État membre, *J.O.*, 2011, L 343/1.

(8) Directive 2011/95/UE du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire et au contenu de cette protection (refonte) *J.O.*, 2011, L 337/9.

(9) Voy. par exemple à propos de la directive 2003/86 relative au regroupement familial le livre vert de la Commission : COM (2011) 735 final du 15 novembre 2011. Trois possibilités sont envisagées : 1. le *statu quo*, 2. l'adoption de lignes directrices techniques sans modification de la directive, 3. des amendements à la directive. La Commission rappelle l'importance de cette forme de migration qui a concerné un million de personnes dans l'Union en 2010.

(*) Année 2011.

(**) Professeur aux Universités de Louvain et de Liège, avocat. Les commentaires relatifs à la présente chronique peuvent être communiqués à jean-yves.carlier@uclouvain.be.

(1) *J.O.*, 2004, L 158/77, rectificatif *J.O.*, 2004, L 229/35.

(2) L'article 267, § 4, TFUE stipule que si une question préjudicielle « est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue », la Cour statue dans les plus brefs délais. Telle situation est fréquente en cas de mesure d'expulsion d'un étranger. Voy. L. Lebœuf, « Étrangers détenus et questions préjudicielles : apports du Traité de Lisbonne », *J.T.*, 2011, p. 665.

(3) Voy. déjà C.J., 5 juin 1997, aff. C-64/96 et C-65/96, *Uecker et Jacquet, Rec.*, 1997, p. I-3171, points 11 et 12 : « la juridiction nationale (allemande) ... observe ... qu'il est douteux que les principes fondamentaux d'une Communauté se trouvant sur la voie de l'Union européenne permettent encore qu'une disposition nationale contraire [aux règles relatives à la libre circulation] puisse continuer à être appliquée par un État membre à l'encontre de ses propres ressortissants ».

(4) Sur l'ensemble des positions de la Commission, voir la communication sur la migration de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions COM (2011) 248 final du 4 mai 2011.

(5) Directive 2011/36/UE, du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI, *J.O.*, 2011, L 101/1.

de la doctrine¹⁰ et les premières jurisprudences de principe qui permettront une meilleure compréhension et application des textes dans différents domaines de la politique migratoire.

A. — Directive retour (*El Dridi, Achughbabian*)

3. — La directive retour fixe les normes et procédures de retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier et notamment les conditions d'une possible privation de liberté¹¹. Premier texte de la politique migratoire adopté en procédure de codécision, elle fut très débattue au Parlement européen et parfois qualifiée de directive de la honte¹². Dans une jurisprudence *Kadzoev* la Cour avait déjà insisté, comme elle le fait en matière de circulation interne, sur la distinction entre le principe (le retour volontaire) et les exceptions (le retour forcé et la privation de liberté)¹³. Cet appel à la mesure qui devrait faire de la privation de liberté de l'étranger en séjour irrégulier une exception est confirmé par deux jurisprudences en 2011 : *El Dridi et Achughbabian*¹⁴.

La première affaire concerne l'Italie, la deuxième la France. Dans les deux cas, il s'agit de ressortissants d'États tiers condamnés à des peines d'emprisonnement pour délit de séjour irrégulier. La Cour est amenée à s'interroger sur la compatibilité de cette sanction pénale avec la directive retour, dont elle relève au passage l'effet direct à tout le moins des articles 15 et 16 relatifs à la rétention à des fins d'éloignement¹⁵. La Cour estime que la directive s'oppose « à une réglementation qui prévoit l'infliction d'une peine d'emprisonnement... pour le seul motif que [l'étranger] demeure... sur le territoire sans motif justifié »¹⁶. Elle précise que si telle réglementation viole le droit de l'Union lorsque sa mise en œuvre n'est pas précédée de toutes les mesures volontaires et coercitives prévues par la directive pour réaliser l'éloignement du territoire, la directive « ne s'oppose pas à une telle réglementation pour autant que celle-ci permet l'emprisonnement d'un ressortissant d'un pays tiers auquel la procédure de retour

établie par ladite directive a été appliquée et qui séjourne irrégulièrement sur ledit territoire sans motif justifié de non-retour »¹⁷. Le raisonnement préserve habilement la souveraineté nationale. La Cour ne nie pas que « la législation pénale... relève de la compétence des États »¹⁸, mais rappelle qu'en vertu de la coopération loyale, les États « ne sauraient appliquer une réglementation pénale susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs poursuivis par ladite directive et, partant, de priver celle-ci de son effet utile »¹⁹. En conséquence il faut, avant tout, respecter l'ordre des séquences prévues par la directive retour en vue de réaliser l'éloignement du territoire de l'étranger en séjour irrégulier : premièrement la décision de retour (article 6), deuxièmement le départ volontaire (article 7), troisièmement « les mesures nécessaires pour exécuter la décision de retour » (article 8) dont la rétention est l'ultime étape (article 15). Or, dit la Cour, « l'infliction et l'exécution d'une peine d'emprisonnement au cours de la procédure de retour... ne contribuent pas à la réalisation de l'éloignement »²⁰. La préservation de la souveraineté nationale en devient très théorique. En pratique, on voit mal quand une législation sanctionnant le séjour irrégulier aurait encore quel qu'intérêt à s'appliquer si elle doit être précédée de toutes les modalités d'éloignement volontaire et forcé, en ce compris la rétention, jusqu'à dix-huit mois, pour éloignement. Cependant la position de la Cour doit être approuvée. Sans l'affirmer, indirectement, par diplomatie envers les États, c'est bien la criminalisation de l'étranger en séjour irrégulier que la Cour condamne sous couvert d'efficacité des mesures d'éloignement. Et tel devrait bien être l'esprit des législations nationales futures. Si la privation de liberté de l'étranger est encore acceptable comme complément proportionnel aux limites à la libre circulation des personnes que le droit international admet, la même mesure comme sanction d'un délit d'irrégularité dans le franchissement des frontières n'est plus guère admissible tant elle s'oppose aux réalités d'un monde nourri par la mobilité. Outre l'Italie et la France, plusieurs États membres devront adapter leur législation pénale relative au séjour irrégulier à cette jurisprudence²¹.

B. — Asile (*M.S.S. et N.S.*)

4. — En matière d'asile, quelques affaires de moindre intérêt concernent la directive qualifi-

cation dont la refonte a été évoquée ci-dessus²², ou la directive procédure²³. Mais la principale décision est l'arrêt *N.S.* qui intègre la jurisprudence *M.S.S.* rendue onze mois plus tôt par la Cour européenne des droits de l'homme²⁴. Il s'en déduit, de manière générale, que le droit européen de l'asile n'exonère pas les États membres du nécessaire respect des droits de l'homme, mais, au contraire, invite au besoin les États à utiliser leur souveraineté pour faire prévaloir le respect des droits fondamentaux sur une application automatique des règles du droit de l'Union. Les deux arrêts, *N.S.* à Luxembourg et *M.S.S.* à Strasbourg révèlent, une fois n'est pas coutume, une belle complémentarité entre les deux ordres juridiques. Les deux décisions concernent le règlement Dublin II, relatif à la détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile²⁵. Mais leur enseignement pourra s'étendre à l'ensemble de la politique d'asile voire de la politique migratoire.

En principe, selon le règlement Dublin II, l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile est l'État par lequel le candidat réfugié est entré sur le territoire commun de l'Union. Un autre État membre dans lequel l'intéressé introduirait une demande d'asile peut donc décider qu'il n'est pas responsable de l'examen de la demande et, après avoir sollicité l'État responsable, organiser le renvoi vers cet État responsable. Les cas soumis à Strasbourg (*M.S.S.*) et à Luxembourg (*N.S.*) concernent principalement des demandeurs d'asile afghans qui, après avoir transité par la Grèce, introduisent leur demande, respectivement, en Belgique, au Royaume-Uni ou en Irlande. En application du règlement Dublin II, ces États renvoient vers la Grèce, État responsable. Certaines juridictions nationales s'interrogent. Ce renvoi est-il conforme aux textes de protection des droits fondamentaux et à la Convention de Genève relative aux réfugiés? Ces personnes risquent-elles un traitement inhumain ou dégradant soit directement en Grèce en l'absence d'accueil correct des demandeurs d'asile, soit indirectement en raison de leur renvoi par la Grèce vers le pays d'origine ou vers un pays, comme la Turquie, qui les renverrait au pays d'origine?

En janvier 2011, dans l'arrêt *M.S.S.*, la Cour européenne des droits de l'homme condamnait

(10) On notera en doctrine : K. Haibronner (dir.), *E.U. Immigration and Asylum Law - Commentary*, München, C.H. Beck-Hart-Nomos, 2010, 1568 p. et Y. Pascouau, *La politique migratoire de l'Union européenne - De Schengen à Lisbonne*, Paris, L.G.D.J., 2011, 744 p.

(11) Directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, *J.O.*, 2008, L 348/98.

(12) D. Acosta, « The Good, the Bad and the Ugly in EU Migration Law - Is the European Parliament Becoming Bad and Ugly? (The Adoption of Directive 2008/15 : The Return Directive) », *E.J.M.L.* 2009, p. 21; K. Parrot et C. Santulli, « La directive retour, l'Union européenne contre les étrangers », *Rev. crit. d.i.p.*, 2009, p. 207; F. Martucci, « La directive retour : la politique européenne d'immigration face à ses paradoxes », *R.T.D.E.*, 2009, p. 47; C. Flamand, « la directive retour et la protection des droits fondamentaux » *Rev. dr. étr.*, 2008, p. 178; F. Kauff-Gazin, « La directive retour, une victoire du réalisme ou du tout répressif? », *Europe*, février 2009, p. 3; J.-Y. Carlier, « La directive retour et le respect des droits fondamentaux », *Europe des libertés*, mai 2008, p. 13.

(13) C.J., 30 novembre 2009, aff. C-357/09, *Kadzoev, Rec.*, 2009, p. I-11189, cette chronique, *J.D.E.*, 2010, p. 80, n° 8.

(14) C.J., 28 avril 2011, aff. C-61/11 PPU, *El Dridi et C.J.*, 6 décembre 2011, aff. C-329/11 *Achughbabian*, non encore publiés au *Recueil*.

(15) C.J., 28 avril 2011, *El Dridi*, *op. cit.*, point 47.

(16) *El Dridi*, dispositif.

(17) C.J., 6 décembre 2011, *Achughbabian*, dispositif, deuxième tiret.

(18) *Achughbabian*, point 33.

(19) *El Dridi*, points 33 à 55; *Achughbabian*, point 33.

(20) *Achughbabian*, points 37 et 45.

(21) Pour les enseignements à en déduire en Belgique, en particulier au regard des articles 75, 76 et 77 de la loi du 15 décembre 1980, voy. L. Lebœuf, « La directive retour et la privation de liberté des étrangers - Le rappel à l'ordre de la Cour de justice dans l'arrêt *El Dridi* », *Rev. dr. étr.*, 2011, p. 181, particulier p. 189. À la suite de l'arrêt *El Dridi*, de nombreuses affaires pendantes relatives à la législation italienne ont fait l'objet d'une radiation : aff. C-43/11, C-50/11, C-60/11, C-63/11, C-94/11, C-113/11, C-120/11, C-140/11, C-156/11, C-169/11 et C-187/11. Sur le même sujet, une ordonnance déclare la question manifestement irrecevable dans la mesure où elle « ne contient aucune description, même succincte, du cadre factuel du litige », C.J., 8 septembre 2011, aff. C-144/11, *Abdallah*. Pour les enseignements en Italie, voy. R. Raffaelli, « Criminalizing Irregular Immigration and the Return Directive : An Analysis of the *El Dridi* Case », *E.J.M.L.*, 2011, p. 467.

(22) Dans une aff. C-563/10 la juridiction nationale a retiré sa question relative à l'homosexualité comme motif de persécution. Elle demandait notamment : « est-il possible d'exiger d'un individu homosexuel qu'il vive clandestinement son orientation sexuelle dans son pays d'origine sans rien en révéler à l'extérieur? ».

(23) C.J., 7 avril 2011, aff. C-431/10, *Commission c. Irlande* condamnant l'Irlande pour non-transcription de la directive 2005/85 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres; C.J., 28 juillet 2011, aff. C-69/10, *Diouf* acceptant la conformité à la directive procédure de la législation luxembourgeoise qui ne permet pas de recours contre la décision qui prévoit d'examiner une demande d'asile dans le cadre d'une procédure accélérée dès lors qu'un recours est possible contre la décision finale de rejet de la demande d'asile.

(24) C.J., gde ch., 21 décembre 2011, aff. C-411/10 et C-493/10, *N.S.*; C.E.D.H., gde ch., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09.

(25) Règlement n° 343/2003 du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un État tiers, *J.O.*, 2003, L 50/1 (dit règlement Dublin II).

pour violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (interdiction du traitement inhumain ou dégradant) non seulement la Grèce en raison du sort réservé aux demandeurs d'asile dans ce pays, mais aussi la Belgique pour violation indirecte, par ricochet, de cette même disposition en cas de renvoi vers la Grèce. Certains en ont déduit que la Cour européenne des droits de l'homme condamne le système commun d'asile de l'Union européenne en général et le règlement Dublin II en particulier. C'est erroné. La Cour de Strasbourg constatait expressément que le règlement Dublin II comportait une clause, dite de souveraineté, prévoyant que « par dérogation... chaque État membre peut examiner une demande d'asile... même si cet examen ne lui incombe pas en vertu de critères [du règlement] » (article 3, § 2). Selon la Cour cette possibilité devient une obligation lorsqu'il y a un risque réel de violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce faisant, la Cour de Strasbourg ne renie pas sa jurisprudence *Bosphorus* et la présomption de respect des droits de l'homme par le droit de l'Union, avalisait le système européen d'asile, pour autant que les États assument, dans sa mise en œuvre, leurs responsabilités au regard des droits fondamentaux. Par un intéressant retour, la souveraineté nationale, tant décriée, devenait garante des droits de l'homme²⁶.

La Cour de justice saisie de questions similaires dans les affaires jointes *N.S.* et autres allait-elle faire de même? Deux arguments contraires étaient principalement avancés par plusieurs États. D'une part, le « pouvoir discrétionnaire [offert par l'article 3, § 2, du règlement] ne relèverait pas du champ d'application du droit de l'Union » mais de la seule souveraineté nationale²⁷. D'autre part, un État membre n'a pas à examiner les éléments de preuve d'un risque de violation des droits fondamentaux dans un autre État membre, comme la Grèce, car il peut « s'appuyer sur la présomption irréfragable selon laquelle la Grèce (ou tout autre État membre) respectera les obligations qui lui incombent en vertu du droit de l'Union²⁸ ».

La Cour écarte les deux arguments. Premièrement, la « clause de souveraineté » ou « clause

discrétionnaire » reconnaît aux États membres « un pouvoir d'appréciation qui fait partie intégrante du système européen commun d'asile prévu par le T.F.U.E. et élaboré par le législateur de l'Union... Partant, un État membre qui exerce ce pouvoir d'appréciation doit être considéré comme mettant en œuvre le droit de l'Union au sens de l'article 51, § 1^{er}, de la Charte des droits fondamentaux »²⁹. En conséquence les dispositions de la Charte, dont l'article 4 qui interdit les traitements inhumains et dégradants, trouvent à s'appliquer. Deuxièmement, si le principe de confiance mutuelle conduit à « présumer que le traitement réservé aux demandeurs d'asile dans chaque État membre est conforme aux exigences de la Charte, à la Convention de Genève ainsi qu'à la Convention européenne des droits de l'homme... il ne saurait, cependant être exclu que ce système rencontre, en pratique, des difficultés majeures de fonctionnement dans un État membre déterminé, de sorte qu'il existe un risque sérieux que les demandeurs d'asile soient, en cas de transferts vers cet État membre, traités d'une manière incompatible avec leurs droits fondamentaux »³⁰. « Toute violation ou la « moindre » violation de ces droits ne suffit à empêcher le transfert mais, se référant expressément à la jurisprudence *M.S.S.* de Strasbourg, la Cour de justice constate « qu'il existe des défaillances systémiques de la procédure d'asile » en Grèce³¹. Dans de telles hypothèses, selon la formule de l'avocat général Trstenjak « ce droit d'évocation des États membres [se convertit] en une obligation d'évocation »³². Cette évocation, si elle interdit le transfert en cas de risque réel de traitement inhumain ou dégradant, ne conduit pas nécessairement à l'examen de la demande par l'État qui évoque. Il peut « poursuivre l'examen des [autres] critères » classés selon un ordre dans le règlement Dublin II et renvoyer vers un autre État responsable »³³. Néanmoins, la Cour précise que « l'État membre dans lequel se trouve le demandeur d'asile veille à ne pas aggraver une situation de violations des droits fondamentaux de ce demandeur par une procédure de détermination de l'État membre responsable qui serait d'une durée déraisonnable ». Dans ce cas « au besoin, il lui incombe d'examiner lui-même la demande »³⁴. Solution évidemment la plus pratique. Certains considéreront qu'en alignant sa jurisprudence sur celle de Strasbourg, la Cour de justice voile trop facilement le principe de confiance mutuelle. C'est que la balance entre, d'un côté la création d'un espace commun de sécurité, construit sur la confiance mutuelle des États membres et, de l'autre, le res-

pect des droits fondamentaux des personnes, particulièrement lorsque leur vulnérabilité peut être accrue du fait de persécutions antérieures, passe nécessairement par une modalisation de la présomption de respect des droits fondamentaux : cette présomption n'est pas irréfragable³⁵. Comme l'a analysé avec pertinence Edouard Dubout, il y a là un « jeu des présomptions dans un espace normatif pluraliste »³⁶. Il s'agit de coordonner et non d'opposer des légitimités concurrentes. Le mécanisme de la présomption réfragable permet à la fois de maintenir le principe de la confiance mutuelle et d'y insérer, *in concreto*, le contrôle des droits fondamentaux. « La présomption de confiance n'est pas ignorée mais seulement relativisée, établissant ainsi un caractère réfragable au bénéficiaire de la prise en compte des circonstances nationales et des situations individuelles »³⁷. Du reste la confiance mutuelle s'accompagne de la solidarité. Or c'est précisément en raison du manque de solidarité avec les États qui, comme la Grèce, supportent une charge plus lourde d'accueil de demandeurs d'asile que les autres États membres ne peuvent se cacher derrière le voile d'ignorance de la confiance mutuelle pour s'exonérer de toute responsabilité au regard d'un risque réel de traitement inhumain ou dégradant. La jurisprudence de la Cour de justice qui s'aligne sur celle de Strasbourg pour inviter à une application prudente du règlement de Dublin II doit être approuvée. Elle rappelle que « le système européen commun d'asile est fondé sur l'application intégrale et globale de la Convention de Genève et l'assurance que nul ne sera renvoyé là où il risque d'être persécuté »³⁸.

C. — Regroupement familial (Imran)

5. — Une juridiction hollandaise a posé une intéressante question relative aux critères d'intégration introduits dans plusieurs législations nationales pour bénéficier du regroupement familial³⁹. La juridiction « se demande si l'obligation imposée par la réglementation néerlandaise aux membres de la famille des ressortissants de pays tiers souhaitant bénéficier du droit au regroupement familial de passer à l'étranger un examen relatif à l'intégration civique avant de pouvoir rejoindre leur famille aux Pays-Bas ne relève pas d'une interprétation trop stricte de l'article 7, § 2, de la directive 2003/86 »⁴⁰. La disposition stipule que « les États membres peuvent exiger des ressortissants de pays tiers qu'ils se conforment aux mesures d'intégration, dans le respect du droit national ». Constatant que le gouvernement néerlandais avait, en l'espèce, retiré sa décision de refus de regroupement familial, la Cour, rappelant que la question préjudicielle (article 267 TFUE) « est un instrument de coopération entre

(26) Parmi les analyses en ce sens de l'arrêt, voy. H. Labayle, « Le droit européen de l'asile devant ses juges : précisions ou remise en question? », *R.F.D.A.*, 2011, p. 273; E. Dubout, « Du jeu des présomptions dans un espace normatif pluraliste », *La semaine juridique*, 2011, p. 760; Fr. Maiani et E. Néraudau, « L'arrêt *M.S.S. c. Grèce et Belgique* - De la détermination de l'État responsable selon Dublin à la responsabilité des États membres en matière de protection des droits fondamentaux », *Rev. dr. étr.*, 2011, p. 3; Fr. Maiani et C. Hruschka, « Le partage des responsabilités dans l'espace Dublin, entre confiance mutuelle et sécurité du demandeur d'asile », *Asyl*, 2011, p. 12; J.-Y. Carlier et S. Saroléa, « Le droit d'asile dans l'Union européenne contrôlé par la Cour européenne des droits de l'homme », *J.T.*, 2011, p. 363. Pour une analyse plus critique, considérant que la Cour s'aventure sur un « terrain glissant », voy. M. Bossuyt, « België schuldig aan onmenselijke en vernederende behandelingen wegens schending van het EU-asielrecht door Griekenland », *R.W.*, 2010-2011, p. 1707. À l'opposé, pour une analyse critique de la jurisprudence européenne ne prenant pas en compte, outre le principe de non-refoulement, l'ensemble des droits des réfugiés découlant de la « responsibility to protect » qui pèse sur les États ayant ratifié la convention de Genève relative aux réfugiés, voy. J.-C. Hathaway, « EU accountability to international law : the case of asylum », in *A tribute to professor Eric Stein*, *Mich. Journ. Int'l. Law*, vol. 33, 2011, p. 1.

(27) C.J., *M.S.*, *op. cit.*, point 46.

(28) *Idem*, point 47.

(29) *Idem*, points 65 et 68.

(30) *Idem*, points 79 et 81.

(31) *Idem*, points 86 à 90. Ce n'est pas dire que la Cour condamne la Grèce. Elle rappelle que 90% des migrants illégaux entrent par la Grèce, « si bien que la charge supportée par cet État... est disproportionnée » (point 87), alors que, d'une part, selon la directive 2001/55 en cas d'afflux massif, il y a un « principe de solidarité et de partage équitable » (point 93) et que, d'autre part, les autres États membres ont refusé les propositions de modification du règlement Dublin II faites par la Commission pour rencontrer ces problèmes (point 92). Voy. aussi les conclusions de l'avocat général Trstenjak du 22 septembre 2001 sur l'affaire *N.S.*, C-411/10, en particulier p. 31 note 39 sur la proposition de refonte COM (2008) 820 final.

(32) Conclusion du 22 septembre 2011, sur *N.S.* aff. C-411/10, *op. cit.*, point 3 et conclusion du 22 septembre 2011 sur *M.E.*, C-493/10, point 2.

(33) C.J., *N.S.*, point 96.

(34) *Idem*, point 98.

(35) C.J., *N.S.*, points 100 à 103.

(36) E. Dubout, *op. cit.*, *La semaine juridique*, 2011, p. 760.

(37) *Idem*, p. 764.

(38) C.J., *N.S.*, *op. cit.*, point 75.

(39) Pour une présentation détaillée de cette question dans différents États membres, voy. l'étude très documentée de Kees Groenendijk, « Predepartures Integration Strategies in the European Union : Integration or Immigration Policy? » *E.J.M.L.*, 2011, p. 1.

(40) C.J., 10 juin 2011, aff. C-155/11 PPU, *Imran*.

la Cour et les juridictions nationales », procède à la radiation de la cause⁴¹.

2

Séjour et circulation

A. — Citoyens

1. — Situations purement internes (Zambrano, McCarthy, Dereci)

6. — Aux antipodes de la circulation externe, il y a les situations purement internes. Traditionnellement, ces situations purement internes échappent au champ d'application de la libre circulation. Elles conduisent toutefois à des discriminations à rebours qui frappent les nationaux sédentaires des États membres et leur famille. Cette inégalité pose question au regard du « statut de citoyen de l'Union [qui] a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres » selon la formule Grzelczyk⁴². Quel est ce droit européen qui distingue à ce point les citoyens selon qu'ils sont migrants ou sédentaires? Les juridictions nationales d'abord⁴³, certains avocats généraux ensuite⁴⁴ invitent la Cour à revoir sa jurisprudence. Elle semble le faire, en grande chambre dans *Ruiz Zambrano*⁴⁵. Elle fait machine arrière en formation plus restreinte dans *McCarthy*⁴⁶, avant de tenter une synthèse de ces deux courants dans *Dereci*⁴⁷ sans véritablement convaincre ni les uns ni les autres. Il est utile d'examiner les trois arrêts dans l'ordre.

7. — *Zambrano* surprend. L'affaire concerne des Colombiens en séjour irrégulier en Belgique. Leur enfant naît en Belgique. N'étant pas déclaré à l'ambassade de Colombie, il n'a pas la nationalité colombienne. Le Code de la nationalité belge de l'époque (avant 2007) prévoit en ce cas que, pour éviter l'apatridie, l'enfant sera belge. Les parents revendiquent un droit de séjour en qualité de membres de la famille d'un citoyen de l'Union, leur enfant belge. La manœuvre est habile, elle n'est pas frauduleuse se déduisant de la législation belge⁴⁸. Il reste

que la Cour eût pu y voir une situation purement interne. Elle le fait en excluant l'application de la directive 2004/38 dans la mesure où celle-ci s'applique à tout citoyen de l'Union « qui se rend ou séjourne dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité »⁴⁹. Mais la Cour n'accepte plus, dans cette situation purement interne, toutes les discriminations à rebours. Rejetant le point de vue de tous les États intervenants et de la Commission, sans pour autant épouser étroitement les thèses avancées à nouveau par Mme Sharpston dans ses conclusions, la Cour franchit un pas de taille. Elle reprend la formule Grzelczyk de la citoyenneté comme statut fondamental et en déduit que « l'article 20 TFUE s'oppose à des mesures nationales ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union »⁵⁰. Tel est le cas du refus de séjour et du refus de permis de travail opposé à des ressortissants d'État tiers résidant avec un enfant en bas âge, citoyen de l'Union. Au passage, la condition des moyens de subsistance suffisants est oubliée. Mais l'important est la prise en considération des situations purement internes lorsque l'essentiel des droits du citoyen est en cause.

8. — La surprise à peine avalée, McCarthy refuse de la digérer. Par des formules qui masquent mal ses désaccords, la troisième chambre de la Cour estime qu'en l'espèce il n'y aura pas « de mesures... qui auraient pour effet de priver [l'intéressée] de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen »⁵¹. En l'espèce Mme McCarthy, Britannique née et ayant toujours vécu au Royaume-Uni, ne pourra y vivre avec son mari, jamaïcain en séjour irrégulier. Il pouvait s'en déduire que si la vie familiale de parents avec leur jeune enfant relevait de l'essentiel des droits de citoyens européens, tel n'était pas le cas de la vie familiale d'époux. On relevait également que bien que Mme McCarthy fut également de nationalité irlandaise, cela ne suffisait pas à la faire entrer dans le champ d'application des droits liés à la citoyenneté comme dans *Garcia-Avello*⁵². On eût préféré suivre les conclusions de l'avocat général Kokott estimant qu'en l'espèce la condition des moyens de subsistance suffisants, permettant au citoyen d'ouvrir le droit au séjour des membres de sa famille, n'était pas remplie en manière telle que l'espèce n'était pas propice à un revirement de jurisprudence sur la question des situations purement internes. Avec

prudence, rappelant les conclusions de l'avocat général Sharpston dans *Zambrano* sans les suivre, l'avocat général Kokott notait, elle aussi, qu'on « ne peut certainement pas exclure que, à un moment donné, la Cour reconsidère sa jurisprudence et soit amenée, à l'avenir, à déduire de la citoyenneté de l'Union une interdiction de la discrimination des ressortissants nationaux »⁵³.

9. — L'affaire *Dereci et autres* offrait cette possibilité à la Cour. L'affaire regroupe plusieurs cas, pendants en Autriche, de ressortissants d'États tiers, membres de la famille d'un Autrichien qui n'a pas fait usage de sa libre circulation. L'Autriche estime que le droit européen ne s'applique pas s'agissant d'une situation purement interne et refuse le droit au séjour sur la base du droit national, principalement en regard du fait que les intéressés n'ont pas quitté le territoire autrichien pendant l'examen de leur demande de regroupement familial et, pour certains, au regard du critère des moyens de subsistance. Les autorités autrichiennes ajoutent qu'elles ne considèrent pas qu'il y ait une atteinte disproportionnée au respect de la vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La situation de la première famille est assez emblématique. M. Murat Dereci, ressortissant turc est entré illégalement en Autriche en 2001. Il a épousé une Autrichienne en 2003. Ils ont eu trois enfants nés en 2006, 2007 et 2008, qui ont également la nationalité autrichienne. La demande de séjour introduite par le mari en 2009 a été rejetée après l'entrée en vigueur, en 2006, de la nouvelle loi autrichienne « aux termes de laquelle notamment les demandeurs des pays tiers visant à obtenir un titre de séjour en Autriche doivent demeurer en dehors du territoire de cet État membre dans l'attente du sort réservé à leur demande »⁵⁴. La juridiction autrichienne s'interroge ouvertement sur la portée de l'arrêt *Ruiz Zambrano*. Cinq États intervenant aux côtés de l'Autriche et la Commission européenne soutiennent qu'il s'agit bien d'une situation purement interne échappant au droit de l'Union. L'avocat général Mengozzi considère de même. La Cour suit.

10. — Trois hypothèses peuvent être dégagées de la synthèse tentée par la Cour dans *Dereci* :

- 1) Soit il y a ou il y a eu usage de la libre circulation par le citoyen européen. Dans ce cas, lui-même et sa famille bénéficient du droit primaire et du droit dérivé relatif à la libre circulation des personnes, dont la directive 2004/38⁵⁵.

- 2) Soit il n'y a pas usage de la libre circulation mais il y a un autre « facteur de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par le droit de l'Union »⁵⁶. Ce pourrait être le cas de sédentaires possédant la nationalité d'un autre État membre⁵⁷ ou de prestataires de services à distance vers un autre État membre⁵⁸.

(53) Conclusion de l'avocat général Kokott du 25 novembre 2010 sur l'affaire C-434/09, *McCarthy*, point 42.

(54) C.J., *Dereci*, op. cit., point 22 et conclusion de l'avocat général Mengozzi du 29 septembre 2011, point 6.

(55) C.J., *Dereci*, points 44 à 58.

(56) *Idem*, point 60.

(57) C.J., 2 octobre 2007, aff. C-148/02, *Garcia Avello*, Rec., 2003, p. I-11613, point 27, mais dont la portée paraît limitée par *McCarthy*, op. cit., points 51 et 52.

(41) C.J., 10 juin 2011, aff. C-155/11 PPU, *Imran*, point 15.

(42) C.J., 20 septembre 2001, aff. C-184/99, *Grzelczyk*, Rec., 2001, p. I-6193, point 31. Sur l'ensemble voy. D. Martin, « Libre circulation des citoyens de l'Union », *Jurisclasseur Europe*, Lexis Nexis, fasc. 186, mise à jour au 4 février 2011.

(43) C.J., 5 juin 1997, aff. C-64/96 et C-65/96, *Uecker et Jacquet*, Rec., 1997, p. I-3171, points 11 et 12.

(44) Principalement l'avocat général Eleonor Sharpston dans ses conclusions sur C.J., gde ch., 1^{er} avril 2008, aff. C-212/06, *Gouvernement de la Communauté française et gouvernement wallon c. gouvernement flamand* (assurance soins de santé flamande), Rec., 2008, p. I-1683.

(45) C.J., gde ch., 8 mars 2011, aff. C-34/09, *Ruiz Zambrano*.

(46) C.J., 5 mai 2011, aff. C-434/09, *McCarthy*.

(47) C.J., gde ch., 15 novembre 2011, aff. C-256/11, *Dereci*.

(48) Le Code de la nationalité belge est depuis modifié, la nationalité belge n'étant plus attribuée à l'enfant apatride né en Belgique si une simple déclaration volontaire au poste diplomatique du pays de nationalité des parents permet de lui attribuer une nationalité (Code de la

nationalité belge, article 10, deuxième phrase introduite par la loi du 27 décembre 2006).

(49) Directive 2004/38, du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, *J.O.*, 2004, L 158/7, article 3, § 1^{er}.

(50) C.J., *Zambrano*, op. cit., point 42, avec une simple référence à C.J., 2 mars 2010, aff. C-135/08, *Rottmann*, Rec., 2010, p. I-1449, voy. cette chronique, *J.D.E.*, 2011, p. 79, n^o 12.

(51) C.J., *McCarthy*, op. cit., point 54.

(52) C.J., 2 octobre 2003, aff. C-148/02, *Garcia Avello*, Rec., 2003, p. I-11613, points 26 et 27 « la citoyenneté de l'Union... n'a pas... pour objectif d'étendre le champ d'application matériel du Traité également à des situations internes n'ayant aucun rattachement au droit communautaire... Toutefois, un tel rattachement au droit communautaire existe à l'égard de personnes se trouvant dans une situation telle que celle des enfants de M. Garcia Avello qui sont des ressortissants d'un État membre séjournant légalement sur le territoire d'un autre État membre ».

3) Soit, à défaut de circulation ou de facteur de rattachement, les mesures nationales « ont pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par ce statut ». La Cour précise que « le critère relatif à la privation de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union se réfère à des situations caractérisées par la circonstance que le citoyen de l'Union se voit obligé, en fait, de quitter le territoire non seulement de l'État membre dont il est ressortissant, mais également de l'Union pris dans son ensemble »⁵⁹.

S'il appartiendra au juge national de vérifier ces conditions, la Cour laisse entendre que dans les cas qui lui sont soumis, il n'y a pas pour les requérants au principal, citoyens de l'Union, l'obligation de quitter le territoire de l'Union, à la différence des enfants Ruiz Zambrano livrés à eux-mêmes en cas d'expulsion de leurs parents. En d'autres termes, ce n'est qu'« exceptionnellement » que « ce critère [qui] revêt un caractère très particulier » sera utilisé⁶⁰. Une simple violation des droits de l'homme n'y suffit pas.

La Cour ajoute, du point de vue des droits de l'homme, qu'il y aura lieu d'examiner « si, sur d'autres bases, notamment en vertu du droit relatif à la protection de la vie familiale, un droit de séjour ne saurait être refusé »⁶¹. Cette autre base serait l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union « si la juridiction de renvoi considère à la lumière des circonstances des litiges au principal, que la situation du requérant au principal relève du droit de l'Union ». À défaut, la juridiction nationale « devra faire un tel examen à la lumière de l'article 8, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme » qui protège la vie privée et familiale⁶². On n'examine pas ici la situation particulière de la famille Dereci au regard de l'accord d'association avec la Turquie (*infra*, n° 20)

11. — La réponse de la Cour sur la citoyenneté, les discriminations à rebours et les droits fondamentaux, ne paraît satisfaisante ni en fait, ni en droit. À l'image de la réflexion du philosophe Paul Ricoeur rappelant que le sentiment « de l'injuste » précède la notion de justice, précisons d'abord quelques éléments de fait qui identifient le malaise de l'injuste avant d'examiner les notions de principe et de droit.

En fait, comme souvent dans les situations purement internes, il suffit de modifier quelques éléments pour bénéficier du droit de l'Union. Prenons l'exemple de la famille Dereci par rapport aux trois hypothèses de synthèse décrites ci-dessus.

1) Pour bénéficier de la première hypothèse, il suffit de circuler. Il suffisait donc à Mme Dereci de s'installer quelques mois avec ses enfants en Allemagne puis de revenir en Autriche. La discrimination à rebours se mesure au regard du citoyen migrant. Il y a là, comme le reconnaît l'avocat général, une manière d'obligation à

l'exercice des libertés de circulation⁶³. La remarque n'est pas neuve.

2) Mme Dereci pourrait bénéficier de la deuxième hypothèse par des facteurs de rattachement suffisants si elle avait également la nationalité d'un autre État membre. Il y a là une autre discrimination à rebours au regard du citoyen binational d'États membres. Plus simplement, elle pourrait aussi créer un facteur de rattachement virtuel en proposant des services à distance sur le net à destination d'un autre État membre. Oserait-on, sans hypocrisie, suggérer à Mme Dereci qu'elle doit prudence garder au regard de l'ordre public si elle songe à mettre ses charmes à prix sur le net? Elle pourrait en tout cas tirer parti de la jurisprudence *Adoui* et *Cornouaille*⁶⁴ associée à *Carpenter*⁶⁵. On pourrait ajouter, en référence à l'arrêt *Cowan* que tout citoyen est un bénéficiaire potentiel de services transfrontaliers sans déplacement⁶⁶.

3) Dans la troisième hypothèse, pour que l'essentiel des droits de citoyens autrichiens des enfants Dereci soient atteints, il faut que ceux-ci soient contraints de quitter le territoire de l'Union. Tel serait le cas si Mme Dereci était également turque et non autrichienne. Comme dans *Ruiz Zambrano*, les enfants seraient alors abandonnés à eux-mêmes. Voici que Mme Dereci subit une autre discrimination à rebours au regard du ressortissant d'État tiers. Il est vrai que celle-ci n'est pas davantage contraire au droit de l'Union⁶⁷. Plus simplement, si Mme Dereci était dans l'incapacité de travailler et donc de subvenir aux besoins de ses enfants, « fort serait le risque, [selon l'avocat général] que le refus de délivrer un titre de séjour à son mari et *a fortiori* son expulsion vers la Turquie privent les enfants du couple de la jouissance effective des droits essentiels attachés à la citoyenneté de l'Union en les contraignant, de fait, à quitter le territoire de l'Union »⁶⁸. Le paradoxe n'est pas mince et révèle une autre forme de discrimination non à rebours mais inversée selon la fortune. Alors que le citoyen migrant doit, en principe, bénéficier de moyens de subsistance suffisants pour séjourner sur le territoire d'un autre État membre, le citoyen sédentaire doit être sans ressources pour faire bénéficier un mari étranger d'un séjour dans le cadre d'une vie familiale avec leurs enfants eux-mêmes citoyens. Toujours sans la moindre hypocrisie, le conseil à donner à Mme Dereci ne sera plus de vendre

ses charmes sur le net, mais de se couper quelques doigts pour être en incapacité de travail afin de ne plus pouvoir subvenir seule aux besoins de ses enfants qui seraient forcés de quitter le territoire de l'Union.

Ces quelques hypothèses de fait soulèvent, à tout le moins, « certaines perplexités que l'on pourrait présenter comme des écueils ou, du moins, des paradoxes » selon les termes de l'avocat général Mengozzi.

12. — Les remarques de droit porteront sur la notion de « l'essentiel des droits du citoyen » et sur la question de principe de la prise en compte des situations purement internes. Les termes « l'essentiel des droits » du citoyen demeurent obscurs du point de vue d'une analyse tant littéraire que téléologique. Les traductions réservent déjà des surprises. Pour ne prendre que quelques versions, y a-t-il vraiment équivalence des concepts entre « l'essentiel des droits » et « the substance of the rights », « das Kernbestands der Rechte », « de belangrijkste... ontleende rechten », « la esencia de los derechos » et le « nucleo essenziale dei diritti »⁶⁹? Dans les conclusions de l'avocat général Mengozzi, on trouve aussi la formule différente « des droits essentiels » ou, dans la version originale italienne « dei diritti inerenti alla cittadinanza »⁷⁰. Reprenant la formulation de l'avocat général Jacobs dans l'affaire *U.P.A.*, on pourrait également viser les mesures qui nuisent aux droits du citoyen « de manière substantielle »⁷¹. La démarche est alors plus procédurale que de fond, elle évite de devoir se prononcer sur le contenu des droits envisagés. Du point de vue du contenu, il semble que la Cour vise plus le cœur de tous les droits du citoyen que quelques droits essentiels parmi ceux-ci. En quoi cet objectif est-il mis en péril si le citoyen doit quitter le territoire de son pays et de l'Union? On peut considérer que le cœur de certains droits est atteint comme les droits politiques et le droit de circuler et de séjourner, encore que cela puisse être corrigé par l'installation temporaire dans un autre État membre plutôt que dans un État tiers. En revanche cette situation est neutre pour d'autres droits comme les droits de pétition et d'accès au médiateur ouverts au citoyen sans condition de résidence. À l'inverse, l'essence même d'un droit du citoyen, la protection diplomatique par les représentants d'un autre État membre que celui de sa nationalité, ne s'ouvre par hypothèse que si le citoyen a quitté le territoire de l'Union. Sans doute convient-il d'admettre que la Cour tente de circonscrire une notion utilisée maladroitement dans *Ruiz Zambrano*, avec une référence très imparfaite à *Rottman* qui ne visait que les droits « attachés » à la citoyenneté⁷².

(63) Conclusions de l'avocat général Mengozzi, *op. cit.*, point 44.

(64) C.J., 18 mai 1982, aff. 115 et 116/81, *Adoui et Cornouaille*, *Rec.*, 1982, p. 1665, point 8 « un comportement ne saurait être considéré comme ayant un degré suffisant de gravité... dans le cas où un État ne prend pas à l'égard du même comportement quand il est le fait de ses propres ressortissants, des mesures répressives ou d'autres mesures réelles et effectives destinées à combattre ce comportement ».

(65) C.J., 11 juillet 2002, aff. C-60/00, *Carpenter*, *Rec.*, 2002, p. I-6279, point 29, « l'activité professionnelle de M. Carpenter consiste à fournir des prestations de service contre rémunération, à des annonceurs établis dans d'autres États membres. Pareilles prestations relèvent de la notion de prestation de service... en tant qu'il fournit des services transfrontières sans se déplacer de l'État membre dans lequel il est établi (voy. à ce propos la pratique dite du *cold calling*, arrêt du 10 mai 1995, *Alpine Investments*, C-384/93, *Rec.*, p. I-1141) ».

(66) C.J., 2 février 1989, aff. 186/87, *Cowan*, *Rec.*, 1989, p. 195.

(67) C.J., 4 juin 2009, aff. jointes C-22/08 et C-23/08, *Vatsouras et Koupatanze*, *Rec.*, 2009, p. I-4585, cette chronique, *J.D.E.*, 2010, p. 82, n° 13.

(68) Conclusions de l'avocat général Mengozzi, *op. cit.*, point 47.

(69) C.J., *Dereci*, *op. cit.*, point 64 et *Ruiz Zambrano*, *op. cit.*, point 42, dans différentes versions. On notera toutefois que dans la version italienne de *Ruiz Zambrano*, seuls les mots « dei diritti » étaient utilisés, les mots « nucleo essenziale » ont été ajoutés dans *Dereci*. *Ruiz Zambrano* n'est pas traduit en langue néerlandaise et *Dereci* n'est pas traduit en langue espagnole.

(70) Conclusions de l'avocat général Mengozzi, *op. cit.*, point 47.

(71) C.J., 25 juillet 2002, aff. C-50/00 P, *U.P.A.*, conclusions de l'avocat général du 21 mars 2002, point 60. Le critère devait servir à élargir le champ des personnes individuellement concernées par un acte réglementaire de l'Union, ayant qualité à introduire un recours direct en annulation.

(72) C.J., *Ruiz Zambrano*, *op. cit.*, point 42; C.J., 2 mars 2010, aff. C-135/08, *Rottman*, *Rec.*, 2010, p. I-1449, point 42. Cette chronique, *J.D.E.*, 2011, p. 79, n° 12.

(58) C.J., 11 juillet 2002, aff. C-60/00, *Carpenter*, *Rec.*, 2002, p. I-6279, expressément cité dans les conclusions de l'avocat général Mengozzi, note 27.

(59) C.J., *Dereci*, *op. cit.*, points 64 et 66.

(60) *Idem*, point 67.

(61) *Idem*, point 69.

(62) *Idem*, point 72.

À dire vrai, il y a ici une confusion entre l'applicabilité du droit de l'Union et sa violation. Celle-ci ne peut conditionner celle-là. Il n'est pas correct de considérer que, à défaut de circulation ou d'autre facteur de rattachement, on est dans le champ d'application du droit de l'Union que si l'essentiel des droits du citoyen sont atteints. Soit on est en dehors du champ d'application de la citoyenneté et des articles 20 et 21 TFUE, auquel cas une mesure nationale, même touchant à « l'essentiel des droits » ne peut y porter atteinte. Soit on est dans le champ d'application de la citoyenneté, des articles 20 et 21 TFUE, et la question n'est plus celle de l'applicabilité du droit de l'Union mais de son exercice ou de sa jouissance en examinant si les dispositions nationales y portent atteinte⁷³. La principale question de fond demeure donc en amont. C'est celle de l'applicabilité ou non du droit de l'Union aux situations purement internes au regard de la citoyenneté et des droits fondamentaux. Une partie de la doctrine soutient que, par essence, les situations purement internes échappent au droit de l'Union construit sur le marché intérieur et sur la nécessité d'une circulation. À l'inverse, je considère que loin d'être une violation de la nature du droit « communautaire », la prise en compte des situations purement internes participe de son évolution. D'une part, cette prise en compte s'effectue déjà pour les autres libertés de circulation. Par exemple, en matière de services, l'arrêt *Attanasio* condamne la législation italienne relative au maillage territorial des installations routières de distribution de carburant, alors même que seules des entreprises italiennes étaient en cause⁷⁴. Marc Fallon en déduit en commentaire que « désormais, toute personne en situation interne — prestataire de service, travailleur, citoyen — pourrait invoquer le Traité, pourvu qu'elle établisse l'effet discriminatoire de la mesure en cause »⁷⁵. Il paraît certain que la citoyenneté, comme statut fondamental, devient un champ d'application matériel autonome du droit de l'Union « déconnecté des exigences particulières qui sont celles de la libre circulation »⁷⁶. En son sein, « le principe de non-discrimination [devient] partie intégrante de la citoyenneté européenne, non pas seulement dans son exercice, mais aussi dans le statut lui-même »⁷⁷. La Charte des droits fondamentaux, sans étendre le champ d'application du droit de l'Union qui est ici celui de la citoyenneté, impose un contrôle plus strict des droits du citoyen au regard du principe de non-discrimination. La Grèce, seul intervenant ayant un avis différent dans l'affaire *Dereci*, et venant curieusement au secours d'un ressortissant turc, n'était pas très éloignée de cette position en invitant à « s'inspirer par analogie des dispositions du droit de l'Union » si le

citoyen sédentaire était dans une situation analogue à celle d'un citoyen migrant⁷⁸. Tel est bien le critère central qui maintient le caractère exceptionnel d'une condamnation en cas de situation interne : il y faut une discrimination dans une situation analogue, un simple traitement différencié ne suffisant pas.

13. — On comprendra, sans l'approuver, la prudence de la Cour à la suite des réactions fortes des États après l'arrêt *Ruiz Zambrano*. Certains États, comme la Belgique, ont modifié leur législation relative au regroupement familial à l'égard des nationaux. D'autres, comme l'Autriche, ont renforcé l'application stricte de la loi nationale relative aux étrangers. Touchant conjointement à la citoyenneté et à la politique migratoire la matière est sensible. En ajoutant au critère de la circulation et à celui des facteurs de rattachement un critère relatif à l'essentiel des droits du citoyen, la Cour ouvre la porte de la citoyenneté, élargissant potentiellement le champ d'application matériel du droit de l'Union⁷⁹. Elle referme toutefois cette porte en la conditionnant par une définition stricte liée à l'obligation de quitter le territoire de l'Union et par une violation de la jouissance effective de l'essentiel de ces droits, confondant applicabilité et exercice des droits.

Sur le terrain des droits fondamentaux, la Cour renvoie la question au juge national en l'invitant à appliquer les droits de l'homme, hors champ du droit de l'Union, sous contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme. C'est une réponse qui ne paraît ni correcte ni opportune. Elle n'est pas correcte pour les motifs évoqués ci-dessus. La citoyenneté devient un champ autonome du droit de l'Union détaché de la liberté de circulation, auquel le principe de non-discrimination de l'article 18 TFUE ainsi que les droits fondamentaux de la Charte s'appliquent. Fût-elle à rebours, la discrimination entre le citoyen national et le citoyen d'un autre État membre est une discrimination « dans le domaine d'application des traités ». Il n'est même pas nécessaire de reconnaître au principe de non-discrimination « une existence indépendante et de lui conférer une portée autonome » au sens strict⁸⁰. Il suffit de constater son application — ou non car de telles discriminations sont rares — entre citoyens se trouvant dans des situations analogues. La réponse n'est pas davantage opportune, car elle rallonge considérablement les procédures en imposant l'épuisement des voies de recours internes avant Strasbourg⁸¹. Ce faisant elle donne l'impression de placer les droits fondamentaux hors champ matériel et procédural du droit de

l'Union, renvoyant le citoyen à un autre ordre juridique. Pourquoi ne pas créer avec celui-ci des synergies par des interprétations conformes et complémentaires comme dans les affaires *M.S.S.* et *N.S.* précitées en matière d'asile? Sinon, les droits fondamentaux ne constituent plus ce « point de passage entre les systèmes juridiques coexistant dans l'espace normatif européen⁸² ». Ils risquent de se transformer en point de rupture. Aux yeux du citoyen, ni l'Union, ni les États ne renforcent de la sorte leur légitimité. Il s'interroge sur l'opportunité de l'adage entendu : *civis europeus sum*.

2. — Nom (Runevic-Vardyn et Wardin)

14. — Les affaires relatives à la graphie ou à la composition d'un nom ne sont pas nouvelles⁸³. Souvent elles opposent les choix d'une personne quant à son identité à la politique d'un État en matière de transmission d'un nom. Dans l'arrêt *Runevic-Vardyn et Wardin*, le choix des personnes s'oppose à une politique de défense de la langue nationale. La Lituanie impose la graphie de la langue officielle nationale pour l'inscription des noms et prénoms dans les actes de l'état civil et dans les passeports. Les requérants, une Lituanienne appartenant à la minorité polonaise et son mari Polonais, revendiquent le respect de la graphie polonaise. Les intéressés ayant circulé, l'affaire se situe sans difficulté dans le champ de la libre circulation. La Cour estime toutefois que la législation lituanienne, poursuivant un objectif légitime de défense de la langue, n'est pas contraire au droit de l'Union, sauf si cela devait « engendrer pour les intéressés de « réels et sérieux inconvénients » d'ordre administratif, professionnel et privé »⁸⁴. Cela ne semble pas le cas lorsque l'identité paraît constante et incontestable. Il appartiendra toutefois à la juridiction nationale de mesurer cet équilibre des intérêts en présence, ce qui permet à la Cour de laisser ouverte l'étendue du champ des droits attachés à la citoyenneté⁸⁵. Sur le principe, il y a toutefois une démarche plus correcte qui recherche dans ces « réels et sérieux inconvénients », comme on pourrait le faire dans « l'essentiel des droits » du citoyen, non pas des critères d'applicabilité du droit de l'Union, mais bien des critères d'exercice ou de jouissance de ces droits.

3. — Séjour permanent (Dias et Ziolkowski)

15. — La principale nouveauté qui fut introduite par la directive 2004/38 est le droit de séjour permanent du citoyen « ayant séjourné légalement pendant une période ininterrompue de cinq ans sur le territoire de l'État membre d'accueil »⁸⁶. La *ratio legis* est qu'après cette période, le citoyen est présumé avoir dévelop-

(73) En ce sens E. Pataut, « Citoyenneté de l'Union européenne 2011 - La citoyenneté et les frontières du droit de l'Union européenne », *R.T.D.E.*, 2011, p. 561, ici p. 568 et Th. Bombois : « La citoyenneté européenne appliquée aux situations purement internes : portée et enjeux des arrêts *Zambrano* et *McCarthy* », *J.L.M.B.*, 2011, p. 1227, ici p. 1231.

(74) C.J., 11 mars 2010, aff. C-384/08, *Attanasio*, *Rec.*, 2010, p. I-2055.

(75) M. Fallon, commentaire de l'arrêt *Attanasio*, in *Clunet*, 2011, p. 542.

(76) E. Pataut, *op. cit.*, p. 567.

(77) M. Benlolo-Carabot, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 570.

(78) C.J., *Dereci*, *op. cit.*, point 43.

(79) P. Van Elsuwege et D. Kochenov, « On the Limits of Judicial Intervention : EU Citizenship and Family Reunification Rights », *E.J.M.L.*, 2011, p. 443, ici p. 453.

(80) Conclusion de l'avocat général M. Poireres Maduro, sur C.J., 9 septembre 2004, aff. C-72/03, *Rec.*, 2004, p. I-8027, 6 mai 2004, point 68. Voy. aussi in M. Poireres Maduro et L. Azoulai (dir.), *The Past and Future in EU Law*, parmi différentes analyses de jurisprudence importantes en matière de citoyenneté et de droit fondamentaux, celle de A. José Menéndez, « European Citizenship after Martínez Sala and Baumbast : Has European Law Become More Human but Less social? », p. 363, ici, p. 383.

(81) Pour un cas de discrimination en raison de la nationalité condamné à Strasbourg onze ans après avoir été ignoré à Luxembourg pour le motif qu'il se présentait comme une situation purement interne, voy. C.J., 16 décembre 1992, aff. C-206/91, *Koua Poirrez*, *Rec.*, 1992, p. I-6685 et C.E.D.H., 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c. France*.

(82) E. Dubout, *op. cit.*, *La semaine juridique*, 2011, p. 761.

(83) C.J., 30 mars 1993, aff. C-168/91, *Konstantinidis*, *Rec.*, 1993, p. I-1191, 2 octobre 2003, aff. C-148/02, *García Avello*, *Rec.*, 2003, p. I-11613; 14 octobre 2008, aff. C-353/06, *Grunkin Paul*, *Rec.*, 2008, p. I-7639.

(84) C.J., 12 mai 2011, aff. C-391/09, *Runevic-Vardyn et Wardin*, points 76 et 81.

(85) Voy. E. Pataut, *op. cit.*, pp. 575-576.

(86) Directive 2004/38 du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, *J.O.*, 2004, L 158/7, article 16.

pé des liens étroits avec l'État d'accueil en manière telle qu'il sera assimilé au national et pourra, par exemple, recourir à une assistance sociale sans faire l'objet d'une expulsion. Dans la proposition initiale de directive, il était question de « quatre ans de résidence continue »⁸⁷. Le critère s'est affermi, quantitativement et qualitativement, en cinq ans de séjour légal. Comment interpréter cette nécessité d'avoir « séjourné légalement »? En 2010, dans *Lassal*, la Cour avait précisé qu'il y avait lieu de tenir compte d'un séjour légal antérieur à la date de transposition de la directive, à savoir le 30 avril 2006, étant entendu que ce séjour était légal s'il était conforme aux instruments de droit européen de l'époque⁸⁸. En 2011, la Cour confirme et précise cette lecture du séjour légal ouvrant droit au séjour permanent. D'une part, comme pour la date de transposition dans *Lassal*, il y aura lieu de tenir compte de la durée de séjour légal antérieure à la date d'adhésion des nouveaux États membres⁸⁹. D'autre part, pour être légal, ce séjour doit être conforme aux critères du droit européen de l'époque, en manière telle qu'un séjour légal sur la base du seul droit national n'y suffit pas⁹⁰. À défaut de droit européen, par hypothèse inexistant pour les nouveaux États avant leur adhésion, pour être légal le séjour doit avoir été autorisé sur la base de critères conformes à ceux de la directive 2004/38, précisés en son article 7, § 1^{er}. En d'autres termes, un Polonais qui séjournait avant l'adhésion de la Pologne depuis plus de cinq ans comme travailleur en Allemagne sur la base d'un statut conforme aux critères de l'article 7, § 1^{er}, de la directive 2004/38 doit bénéficier du droit de séjour permanent dès l'adhésion. En revanche, un Polonais qui y séjournait depuis plus de cinq ans sur la seule base de la loi allemande, comportant des critères étrangers à ceux de la directive 2004/38, ne bénéficie pas du droit de séjour permanent. Certains reprochent à la Cour d'écarter le séjour légal fondé sur le seul droit national, considérant, d'une part, qu'il ne fait pas moins preuve d'un lien étroit avec l'État d'accueil, d'autre part, que l'article 37 de la directive réserve les dispositions nationales plus favorables⁹¹. La Cour justifie son choix d'une référence au droit de l'Union par la nécessité classique d'une « interprétation autonome et uniforme »⁹². L'argument n'est pas totalement convaincant dans la mesure où le premier degré du lien étroit, celui de la citoyenneté européenne elle-même, ne repose pas sur une notion autonome mais sur chaque droit national : « est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre » (article 20 TFUE). La Cour

ajoute que, précisément en vertu de l'article 37 de la directive, chaque État peut instituer un régime plus favorable pour l'acquisition du séjour permanent. La Belgique l'a fait en réduisant le critère quantitatif à trois ans pour l'aligner sur la durée de séjour légal ouvrant accès à la naturalisation⁹³. Le principal argument qui conduit à approuver la position de la Cour, au-delà des arguments de textes, est de favoriser le séjour des citoyens et surtout des futurs citoyens dans un autre État membre même pour des motifs étrangers aux critères du droit européen par exemple pour un séjour humanitaire. En effet, si tel séjour ouvrait le droit au séjour permanent, il est fort probable que les États seraient enclins à le refuser ou à y mettre un terme avant l'expiration du délai de cinq ans.

B. — Travailleurs

16. — Signe des temps, même dans la communication de la Commission sur le marché unique⁹⁴, la place prise par la citoyenneté tend à dissoudre la libre circulation classique des travailleurs dans la libre circulation plus large des personnes⁹⁵. Celle-ci, comme la citoyenneté permet aussi de renforcer ces droits économiques et sociaux sans qu'il y ait à retenir des arrêts de principe, quelques affaires méritent d'être mentionnées en deux rubriques qui distinguent les principes essentiellement en matière de sécurité sociale, des exceptions liées à l'ordre public ou à la fonction publique.

1. — Sécurité sociale (Casteels, Stewart)

17. — Les questions préjudicielles relatives à la sécurité sociale des travailleurs et à la fiscalité demeurent nombreuses⁹⁶. Elles ne font pas l'objet de la présente chronique. Elles concernent la mise en œuvre du règlement 1408/71, tel que modifié dans différents régimes de sécurité sociale : pension de retraite⁹⁷ ou d'orphelin⁹⁸. La Cour rappelle notamment que la notion de « travailleur salarié » est une notion propre à cette réglementation et vise toute personne assurée « ne serait-ce que contre un seul risque, au titre d'une assurance obligatoire ou facultative auprès d'un régime général ou particulier mentionné dans... ce règlement »⁹⁹. Cela étant, c'est aussi au-delà du règlement

1408/71 que le bénéfice de la sécurité sociale pourra être assuré. Ce peut être par les dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs. En effet, si l'article 48 TFUE relatif à la coordination des régimes de sécurité sociale « n'a pas d'effet direct susceptible d'être invoqué par un particulier à l'encontre d'un employeur relevant du secteur privé », en revanche l'article 45 TFUE, relatif à la libre circulation des travailleurs, a effet direct et s'oppose à ce que, dans le cadre de l'application obligatoire d'une convention collective de travail « pour déterminer la période d'acquisition des droits définitifs à des prestations de pension complémentaire dans un État membre, il ne soit pas tenu compte des années de service accomplies par un travailleur pour le même employeur aux sièges d'exploitation de celui-ci situés dans différents États membres et en vertu d'un même contrat de travail global »¹⁰⁰. C'est aussi par la citoyenneté que cette protection sociale peut être assurée. Ainsi dans l'arrêt *Stewart*, la Cour précise certes qu'une prestation d'incapacité de courte durée pour jeune handicapé constitue une prestation d'invalidité au sens du règlement 1408/71 en manière telle qu'une condition de résidence habituelle sur le territoire de l'État membre compétent ne peut être exigée¹⁰¹. Mais le règlement ne s'oppose pas à une condition de simple « présence antérieure » sur ce territoire. En conséquence, le Royaume-Uni pourrait refuser cette prestation d'incapacité à Mme Stewart, jeune ressortissante britannique souffrant du syndrome de Down vivant avec ses parents en Espagne, au motif que la condition de durée de présence antérieure à la demande sur le territoire du Royaume-Uni n'est pas rencontrée. C'est alors au motif de l'atteinte indirecte à la libre circulation du citoyen européen que la Cour va condamner cette législation. Elle viole l'article 21 TFUE en ce qu'elle « est susceptible, par sa nature même, de dissuader les demandeurs... d'exercer leur liberté de circulation et de séjour en quittant l'État membre dont ils sont ressortissants pour venir s'installer dans un autre État membre »¹⁰². Si le critère de présence antérieure poursuit un objectif légitime « pour le législateur national de vouloir s'assurer de l'existence d'un lien réel entre le demandeur d'une prestation et l'État membre compétent... ainsi que de garantir l'équilibre financier du système national de sécurité sociale », le moyen utilisé fixant une durée précise (6 semaines au cours des 52 semaines précédant la demande) est disproportionné car, « trop exclusif », il « n'est pas nécessairement représentatif du degré réel et effectif de rattachement »¹⁰³. Ce faisant, la citoyenneté européenne permet également d'asseoir les droits sociaux de ressortissants d'États membres. « Du travailleur au citoyen, la Cour trace ainsi une continuité, prolongeant les acquis de la liberté économique dans le nouveau territoire de la citoyenneté »¹⁰⁴.

(100) C.J., 10 mars 2011, aff. C-379/09, *Casteels*.

(101) C.J., 21 juillet 2011, aff. C-503/09, *Stewart*, points 54 et 70. Dans une affaire fiscale, la Cour n'utilisera pas la citoyenneté, considérant qu'elle « énonce de façon générale le droit de circuler... [qui]... trouve une expression spécifique » dans la libre circulation des travailleurs en manière telle que, quand celle-ci suffit à condamner une discrimination, la référence à celle-ci n'est pas nécessaire. C.J., 15 septembre 2011, aff. C-240/10, *Schultz*, point 30.

(102) *Stewart*, op. cit., point 85.

(103) *Idem*, points 89 et 95.

(104) S. Robin-Olivier, op. cit., R.T.D.E., 2011, p. 609.

(87) COM/2001/0257 final, article 14, J.O., 2001, C-270/150.

(88) C.J., 7 octobre 2010, aff. C-162/09, *Lassal*, Rec., non encore publié au recueil, cette chronique, J.D.E., 2011, p. 79, n° 14.

(89) C.J., 21 décembre 2011, aff. C-424/10 et C-425/10, *Ziolkowski et Szeja*.

(90) C.J., 21 juillet 2011, aff. C-325/09, *Dias*. La Cour précise toutefois que ce séjour « illégal » du point de vue européen et « légal » du point de vue national lorsqu'il couvre une période inférieure à deux ans consécutifs peut être assimilé à une absence conforme à l'article 16, § 4, qui n'affecte pas l'acquisition du droit de séjour permanent sur la base d'une période antérieure de séjour légal de cinq ans conforme au droit européen.

(91) En ce sens, conclusion de l'avocat général Bot, du 14 septembre 2011 sur ces aff. C-424/10 et C-425/10, point 45.

(92) C.J., *Ziolkowski*, op. cit., point 32.

(93) Loi du 15 décembre 1980 article 42quinquies qui précise qu'il s'agit de trois ans de séjour « sur la base des dispositions du présent chapitre » c'est-à-dire des dispositions qui transposent la directive 2004/38.

(94) COM (2011) 0206 final du 13 avril 2011, « L'acte pour le marché unique. Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance. Ensemble pour une nouvelle croissance », point 2.2, deuxième levier intitulé « la mobilité des citoyens ».

(95) En ce sens, S. Robin-Olivier, « Libre circulation des travailleurs, chronique 2010-2011 », R.T.D.E., 2011, p. 597.

(96) La Cour rappelle qu'un arrêt rendu sur question préjudicielle « ne saurait faire l'objet d'une demande en interprétation » ce qui peut conduire les juges nationaux s'interrogeant sur des questions complexes de sécurité sociale à devoir « former une nouvelle demande de décision préjudicielle », C.J., 9 février 2011, aff. C-345/09 INT, *Fokkens*.

(97) C.J., 3 mars 2011, aff. C-440/09, *Tomaszewska*; 30 juin 2011, aff. C-388/09, *de Silva Martins*; 22 juin 2011, aff. C-399/09, *Lassaltova*.

(98) C.J., 20 octobre 2011, aff. C-225/10, *Pérez Garcia*.

(99) C.J., 10 mars 2011, aff. C-516/09, *Borger*.

2. — *Ordre public, fonction publique (notaires)*

18. — De façon classique, la Cour rappelle que les limites à la libre circulation des travailleurs ou des personnes doivent s'interpréter restrictivement. S'agissant de l'exception d'ordre public, des restrictions au droit de quitter le pays et de circuler sur le territoire de l'Union, que ce soit en raison d'une dette fiscale¹⁰⁵ ou d'une condamnation pénale pour trafic de stupéfiants¹⁰⁶, doivent reposer sur une « menace réelle, actuelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société », autre que des fins économiques, et constituer une mesure proportionnée sous contrôle juridictionnel.

19. — Poursuivant sa lutte contre les limites posées par les États dans l'accès à certaines professions réglementées au motif de l'exception fonction publique, la Commission européenne a obtenu la condamnation de plusieurs pays, dont la Belgique, pour refus d'ouvrir la profession de notaire aux ressortissants des autres États membres¹⁰⁷. La Cour, examinant les différentes activités notariales, conclut qu'elle « ne participent pas à l'exercice de l'autorité publique ». D'autres décisions tendent à favoriser la reconnaissance des diplômes et qualifications dans différentes professions réglementées, comme les avocats¹⁰⁸ ou les ingénieurs en environnement¹⁰⁹. Pour le futur, la Commission européenne propose la création d'une « carte professionnelle européenne »¹¹⁰. En lien avec la question des élargissements, la Cour a précisé que l'Autriche pouvait refuser l'accès à la profession d'avocat stagiaire à un ressortissant bulgare avant l'adhésion de la Bulgarie à l'Union¹¹¹.

C. — Élargissement

1. — *Turquie*

20. — La Cour poursuit l'interprétation extensive des droits des ressortissants turcs découlant de l'accord d'association de 1963¹¹². Il s'agit en particulier de consolider les droits des membres de la famille¹¹³. La Cour sera même appelée à se prononcer sur les droits des membres

de la famille d'un binational turc ayant acquis la nationalité de l'État membre de résidence. Doit-il être considéré comme citoyen européen et, le cas échéant, en tant que sédentaire relevant d'une situation purement interne ne pas bénéficier des droits liés à la libre circulation ou peut-il encore se prévaloir de sa nationalité turque pour bénéficier et faire bénéficier les membres de sa famille des droits découlant de l'accord d'association?¹¹⁴.

Mais c'est la clause de *standstill* qui constitue la principale protection du séjour des ressortissants turcs. Elle empêche les États d'utiliser des dispositions législatives nationales relatives à l'immigration qui conduiraient à traiter un ressortissant turc de façon moins favorable qu'en fonction de la législation applicable au moment de l'entrée en vigueur du texte concerné de l'accord d'association ou d'une décision prise en application de l'accord ou d'utiliser des dispositions qui conduiraient à une régression par rapport à une législation plus favorable adoptée depuis ces dates. C'est ainsi que, dans l'affaire *Dereci*, la Cour va « sauver » M. Dereci en sa qualité de ressortissant turc — mais non les autres protagonistes qui n'ont pas la nationalité turque — après avoir refusé de le protéger en qualité de membre de la famille d'une citoyenne européenne (*supra*, n° 9). La Cour constate en effet que l'entrée en vigueur, en 2006, de la législation autrichienne relative aux étrangers « a aggravé les conditions d'exercice de la liberté d'établissement des ressortissants turcs »¹¹⁵. Dans l'arrêt *Oguz*, la Cour précise bien que « la clause de *standstill* n'empêche

pas les États membres de sanctionner les comportements abusifs en matière d'immigration dans le cadre du droit national »¹¹⁶. La clause de *standstill* n'opère « pas comme une règle de fond, en rendant inapplicable le droit matériel pertinent auquel elle se substituerait, mais comme une règle de nature quasi procédurale, qui prescrit, *ratione temporis*, quelles sont les dispositions de la réglementation d'un État membre au regard desquelles il y a lieu d'apprécier la situation d'un ressortissant turc souhaitant faire usage de la liberté d'établissement [ou de séjour] dans un État membre »¹¹⁷. « [L]a clause de *standstill* doit ainsi être comprise comme se situant à un stade préalable à celui de l'appréciation de l'affaire au fond »¹¹⁸. À l'image du droit international privé qui, par une règle de conflit de loi déterminera dans l'espace quel droit matériel sera applicable, la clause de *standstill* agit à la manière d'une règle de rattachement dans le temps désignant le droit matériel national de telle époque comme étant applicable.

2. — *Suisse (Graf)*

21. — C'est également en invoquant la clause de *standstill* que la Cour condamne des mesures restrictives allemandes qui frappent les agriculteurs frontaliers suisses, mesures adoptées postérieurement à l'entrée en vigueur de l'accord avec la Confédération suisse sur la libre circulation des personnes¹¹⁹. Mais c'est à titre surabondant¹²⁰. À titre principal, la Cour condamne une discrimination indirecte par un critère quantitatif constatant que les « frontaliers établis en Suisse et exploitant des terrains agricoles en Allemagne sont en nombre nettement plus élevé de nationalité suisse que de nationalité allemande »¹²¹. Pour condamner cette discrimination indirecte, la Cour procède à un test de proportionnalité strict et rejette les justifications tirées soit de la distorsion de la concurrence permettant à ces agriculteurs suisses de vendre des produits cultivés en Allemagne, plus chers sur le marché suisse, soit de l'objectif d'aménagement du territoire en tant que raison justificative d'ordre public. La Cour constate que ces justifications dépassent les dérogations limitativement énumérées dans l'accord qui doivent être interprétées de façon stricte compte tenu de « l'objectif général de ces accords... [qui] est de resserrer les liens économiques entre l'Union et la confédération suisse »¹²².

22. — Conclusion. — Entre une application ferme des droits de l'homme aux matières relevant de la politique d'asile et d'immigration et une hésitation terne quant à l'application des mêmes droits aux situations purement internes, la jurisprudence de 2011 en matière de circulation des personnes ouvre d'intéressantes interrogations pour les quelques années à venir.

(105) C.J., 17 novembre 2011, aff. C-434/10, *Aladzhev*.

(106) C.J., 17 novembre 2011, aff. C-430/10, *Gaydarov*.

(107) C.J., 24 mai 2011, aff. C-47/08, *Commission c. Belgique*; aff. C-52/08, *Commission c. Portugal*; 1^{er} décembre 2011, aff. C-157/09, *Commission c. Pays-Bas*.

(108) C.J., 22 décembre 2010, aff. C-118/09, *Koller*; 3 février 2011, aff. C-359/09, *Ebert*.

(109) C.J., gde ch., 5 avril 2011, aff. C-424/09, *Toki*.

(110) COM (2011) 0206 final, *op. cit.*, point 2.2.

(111) C.J., 7 juillet 2011, aff. C-101/10, *Pavlov*.

(112) Voy. pour l'année 2010, *J.D.E.*, 2011, p. 81, n° 21.

(113) C.J., 16 juin 2011, aff. C-484/07, *Pechlivan* (maintien du droit de séjour de l'enfant qui, après mariage, cohabite avec ses parents); C.J., 28 septembre 2011, aff. C-187/10, *Urral*, (refus d'effet rétroactif au retrait d'un permis de séjour lorsque ce retrait a lieu à un moment où les conditions de séjour sont remplies); C.J., 8 décembre 2011, aff. C-371/08, *Ziebell* (expulsion pour motif d'ordre public si et seulement si l'intéressé représente une « menace réelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société » sans pour autant que cette protection contre l'éloignement recèle la même portée que celle conférée aux citoyens de l'Union). Sur la sécurité sociale, voy. C.J., 26 mai 2011, aff. C-485/07, *Akolos*.

(114) Selon la jurisprudence relative aux accords de coopération il y aurait lieu de retenir la nationalité du for et donc la citoyenneté européenne, C.J., 11 novembre 1999, aff. C-179/98, *Mesbah, Rec.*, p. I-7955. Selon l'avocat général Sharpston il y aurait lieu de retenir la nationalité turque si elle permet le bénéfice d'une meilleure intégration qui constitue un objectif de l'accord d'association, conclusions du 20 octobre 2011, aff. C-7/10 et 9/10, *Khavecic et Inan*.

(115) C.J., 15 novembre 2011, aff. C-256/11, *Dereci*, point 95.

stradalex

© De Boeck professionals

L'accès le plus direct
à toute l'information juridique

Vous avez des questions ?
Vous souhaitez une présentation
personnalisée ou une formation
gratuite ?

Contactez l'équipe Strada lex :
info@stradalex.com - 0800 39 067

www.stradalex.com

(116) C.J., 21 juillet 2011, aff. C-186/10, *Oguz*, point 31.

(117) *Idem*, point 28.

(118) *Idem*, point 32.

(119) *J.O.*, 2002, L-114/6, dont l'article 13 stipule : « Les parties contractantes s'engagent à ne pas adopter de nouvelles mesures restrictives à l'égard des ressortissants de l'autre partie dans les domaines d'application du présent accord ».

(120) C.J., 6 octobre 2011, aff. C-506/10, *Graf*, point 35.

(121) *Idem*, point 27.

(122) *Idem*, point 33.