

**S. Barbou des Places et I. Omarjee, *droit de la libre circulation et droit des migrations : quelle articulation ?*, CEJEC-wp, 2010/4**

**Version définitive corrigée à paraître aux Petites affiches**

## **CHRONIQUE DE DROIT EUROPÉEN & COMPARÉ N°XXVIII**

*Centre d'études juridiques européennes et comparées (CEJEC – Université Paris Ouest – Nanterre La Défense)*

**« Marché intérieur et Espace de liberté sécurité justice : droit de la libre circulation et droit des migrations : quelle articulation ? »**

### **Chapeau :**

Pour les années 2010-2011<sup>1</sup>, le *Centre d'études juridiques européennes et comparées* de l'Université Paris Ouest – Nanterre La Défense ([www.cejec.eu](http://www.cejec.eu)) propose de consacrer ses travaux au thème : « Marché intérieur et Espace de liberté sécurité justice : liens et ruptures »<sup>2</sup>. Il s'agit d'étudier les passages, les changements ou/et les continuités qui caractérisent l'émergence d'un « espace de liberté, de sécurité et de justice » dans un droit de l'Union européenne construit historiquement pour le marché et par le marché.

Dans ce 28<sup>e</sup> numéro de la chronique Ségolène Barbou des Places et Ismaël Omarjee s'intéressent aux rapports entre le droit de la libre circulation et le droit des migrations, sous deux angles : le régime juridique de la mobilité des personnes en Europe et le statut des ressortissants des États tiers dans l'Union européenne.

*Jean-Sylvestre Bergé et Ismaël Omarjee, Coordinateurs de la Chronique n° 28*

### **Sommaire**

**QUEL RÉGIME JURIDIQUE POUR LA MOBILITÉ DES PERSONNES EN EUROPE ?**  
par Ségolène BARBOU des PLACES

**DE LA MARGINALISATION AU STATUT DE RÉSIDENT, REGARD SUR LES DROITS DE CIRCULATION ET DE SÉJOUR DES RESSORTISSANTS DES ÉTATS TIERS DANS L'UNION EUROPÉENNE** par Ismaël OMARJEE

---

### **QUEL RÉGIME JURIDIQUE POUR LA MOBILITÉ DES PERSONNES EN EUROPE ?**

Le déplacement d'une personne dans l'Union européenne est susceptible d'être régi par deux branches du droit de l'Union européenne : le droit de la libre circulation des personnes et le droit communautaire des migrations. Le premier régime est constitué des normes adoptées sur le fondement du titre IV du TFUE (*La libre circulation des personnes, des services et des capitaux*), de l'important corpus de droit dérivé adopté sur ce fondement, des dispositions instituant et mettant en œuvre la citoyenneté de l'Union, et enfin de l'abondante et décisive jurisprudence de la CJUE. Le second régime juridique susceptible d'être appliqué à celui qui se déplace en Europe est le *droit communautaire des migrations*,

<sup>1</sup> En 2008 et 2009, le CEJEC a consacré ses chroniques à « une approche critique du vocabulaire juridique européen ».

<sup>2</sup> Les travaux prennent la forme d'un cycle de débat coordonné par S. Robin-Olivier, codirectrice du CEJEC. Voir déjà au titre de ce thème général : M. Fallon et J.-S. Bergé, « Marché intérieur et Espace de liberté sécurité justice : la dimension spatiale des espaces », chronique du Cejec n° 27, LPA, à paraître.

terme qui n'apparaît pas dans les traités, mais qui sera convoqué ici pour faire référence aux dispositions adoptées dans le cadre du chapitre II (*Politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration*) du Titre V du TFUE relatif à *L'espace de liberté, sécurité et de Justice*. Un important corpus est en effet en formation depuis le Traité d'Amsterdam, dont l'objet est le franchissement des frontières, le séjour, la lutte contre les migrations irrégulières, l'asile, ou encore l'intégration des ressortissants d'Etats tiers. Outre les normes de droit dérivé adoptées, le droit des migrations se dote progressivement d'une jurisprudence, certes encore modeste quantitativement, contestée pour son excessive timidité<sup>3</sup>, mais qui pourrait, en certains cas, venir renforcer la protection des individus<sup>4</sup>.

L'antériorité du droit de la libre circulation, corpus longuement modelé par les mains du juge communautaire, sur le jeune droit des migrations, corpus partiel et en cours de construction, explique sans doute pourquoi la doctrine traite les deux régimes juridiques comme deux branches du droit distinctes, voire indifférentes l'une à l'autre. Mais ce sont les traités eux-mêmes qui divisent le droit relatif à la mobilité en deux parties (Titres IV et V). Une telle césure a des conséquences institutionnelles car le rattachement du droit des migrations au titre V a entraîné son adoption selon des voies dérogatoires (large présence de l'unanimité, rôle affaibli du Parlement européen, contrôle très amoindri de la Cour). Surtout, les finalités attribuées aux deux politiques sont distinctes. Si le droit de la libre circulation contribue à la réalisation du marché intérieur et participe au développement d'une citoyenneté de l'Union, la finalité de la politique d'immigration est la réalisation de l'Espace de liberté, sécurité, Justice, objectif désormais autonome. Sans surprises, la différence de finalité des deux branches du droit se prolonge dans une différence d'objet. Le droit de la libre circulation des personnes a pour objet d'« assurer » la libre circulation des travailleurs (art 45 TFUE), de « favoriser » les échanges de jeunes travailleurs (art 47), de « faciliter » l'accès aux activités non salariées. Il a donc pour objet de faciliter la mobilité des personnes dans l'UE. Le contraste est saisissant avec les dispositions du titre V dont le but est de « développer une politique » visant à assurer le contrôle des personnes (art 77), de « fixer les conditions » dans lesquelles les personnes peuvent circuler (art 77), de créer un système commun de l'asile (art 79). La mission assignée ici n'est pas de faciliter la mobilité, mais de construire un régime d'encadrement des déplacements.

Sans surprises, les deux régimes sont matériellement distincts. Selon qu'une personne relève du régime de la libre circulation ou du droit des migrations, son statut change radicalement. Le droit de la libre circulation consacre un véritable droit à la liberté de circulation et ouvre l'accès à un statut très privilégié, organisé sur la base du principe de non-discrimination selon la nationalité. Le droit de la libre circulation est donc le droit de l'accès aux droits (à la mobilité physique, aux droits économiques et sociaux, à l'unité familiale). Les droits garantis sont communautaires, subjectifs et opposables à l'Etat d'accueil. A l'opposé, le droit communautaire des migrations a la figure d'un classique droit des étrangers, c'est-à-dire un droit du contrôle par l'Etat souverain des déplacements des personnes et de l'accès des étrangers au droit. Le droit des migrations ne consacre aucun droit à la mobilité mais organise l'admission des personnes, déploie des régimes d'autorisation. Les normes adoptées sur le fondement du titre V ne reconnaissent pas des droits au profit des individus, elles organisent en les rapprochant les moyens de contrôles de l'Etat. On est toujours renvoyé au « paradigme de l'admission souveraine »<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> CJCE, 27 juin 2006, Parlement Européen c/ Conseil de l'Union Européenne, C-540-03.

<sup>4</sup> CJUE, 30 novembre 2009, Said Shamilovich Kadzoev, C-357/09.

<sup>5</sup> Vincent Chetail, « Migration, droits de l'Homme et souveraineté : le droit international dans tous ses états », in Vincent Chetail (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'Homme : le droit international en question*, Volume II, Collection de l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains, Bruylant, 2007, pp. 14-132.

Enfin, la mise en œuvre des deux régimes n'obéit pas aux mêmes principes ni à la même logique. Alors que les droits garantis au titre de la libre circulation sont interprétés de façon extensive, par une Cour soucieuse de la réalisation la plus effective possible, cette interprétation finalisée, objective et impérative a conduit à l'expansion continue du champ d'application du droit de la libre circulation. Une telle interprétation n'a guère de chances d'être menée dans le cadre de la politique d'immigration, l'arrêt Parlement européen contre Conseil<sup>6</sup> attestant d'une approche respectueuse de la marge de manœuvre nécessaire aux Etats pour contrôler l'immigration et s'assurer de l'intégration des étrangers sur leur territoire.

Ce jeu des différences fait donc bien apparaître ce qui sépare les deux régimes juridiques. Pourtant, il faut s'interroger sur la validité et la viabilité de la disjonction de deux régimes qui ont un objet commun : régir la mobilité de personnes étrangères sur le territoire de l'Union. La construction séparée de deux branches du droit doit être réévaluée car elle est, à certains égards, problématique (I). Est-il alors possible de réarticuler ces deux droits européens de la mobilité autour d'une approche plus intelligible ? (II)

## I- UNE CESURE PROBLEMATIQUE

Parce que le droit de la libre circulation des personnes et le droit des migrations régissent tous deux la mobilité (entrée, séjour, accès au travail) des étrangers se déplaçant dans l'espace européen<sup>7</sup>, il n'est pas surprenant que la répartition des situations de mobilités entre deux régimes distincts pose des problèmes à la fois théoriques et pratiques. Artificielle, la césure réalisée par le traité ignore en effet le fait que les deux mobilités et leurs régimes sont largement interdépendants, comme le signalait pourtant l'ancien titre IV du TCE: « visa, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes ».

Schématiquement, on peut dégager au moins trois types de relations entre la libre circulation des personnes et la politique migratoire. La première relation est de complémentarité, car les deux mobilités se réalisent et s'exercent concomitamment. Ainsi, une politique d'immigration restrictive aura nécessairement une incidence sur la faculté des membres de la famille (ressortissants d'Etats tiers) d'accéder au territoire d'un Etat membre, ce qui peut dissuader un citoyen de l'Union d'exercer son droit à la libre circulation. Plus généralement, des contrôles migratoires nombreux et systématiques créent un climat peu propice au déplacement et à la mobilité, y compris celle des citoyens de l'Union.

A cette relation factuelle s'ajoute une interdépendance des régimes juridiques. La mise en place d'une politique migratoire commune conditionne la pleine réalisation de la libre circulation des personnes. C'est ce que reconnaît la Commission dans l'affaire *Wijzenbeek*<sup>8</sup> : « tout maintien des contrôles des ressortissants d'Etats tiers aux frontières intérieures conduirait à devoir les distinguer des ressortissants des Etats membres et donc à devoir également contrôler ces derniers ». Sans traitement commun de l'immigration, la réalisation de la libre circulation sera donc affectée. Le développement du droit Schengen repose d'ailleurs sur cette idée que la suppression effective des contrôles aux frontières internes présuppose l'adoption de mesures compensatoires qui consistent à traiter en commun l'entrée des ressortissants d'Etats tiers. Il y a un lien de causalité entre l'édification d'une politique migratoire de l'Union et le développement maximal du droit de la libre circulation des personnes.

Enfin, on observe une relation d'entraînement entre les deux politiques, le droit communautaire des migrations apparaissant souvent comme le prolongement du droit de la

<sup>6</sup> CJCE, 27 juin 2006, Parlement Européen c/ Conseil de l'Union Européenne, C-540-03.

<sup>7</sup> Cet espace varie toutefois, en raison des spécificités du champ d'application territorial du droit Schengen ou des *opting-out* prévus par les traités.

<sup>8</sup> CJCE 2 septembre 1999, *Wijzenbeek*, 378/98, point 28.

libre circulation. Jean-Yves Carlier parle « d'effet boule de neige »<sup>9</sup> pour indiquer que les droits conférés aux ressortissants d'Etats tiers l'ont été par extension des droits reconnus aux citoyens de l'Union. Ismaël Omarjee montre bien, dans cette chronique, que les droits sont d'abord ouverts aux citoyens de l'Union, puis étendus à des ressortissants d'Etats tiers privilégiés (membres de la famille, salariés), puis ouverts aux autres ressortissants d'Etats tiers au titre de la politique migratoire. Ignorant l'interdépendance entre les situations de circulation et de migration, la construction juridique actuelle en deux branches apparaît donc comme une catégorisation formelle sans rapport avec la complexité de la réalité migratoire.

En outre, la partition du droit de la mobilité en deux régimes impose de pouvoir prévoir si une situation relève du droit de la libre circulation ou du corpus droit des migrations. Une frontière entre les deux régimes, source de sécurité juridique pour les personnes concernées, doit donc pouvoir être dessinée. Or, cette frontière est très incertaine. De nombreux cas mixtes existent, formant une « zone grise », telle la figure emblématique du ressortissant d'Etat tiers membre de la famille d'un citoyen de l'Union : il relève de la politique migratoire si on se place du point de vue de la nationalité de la personne, mais il relève du droit de la libre circulation si l'on se place du point de vue de la qualité de membre de la famille d'un citoyen de l'Union<sup>10</sup>.

Pourquoi la frontière entre les deux régimes est-elle si malaisée à identifier ? Deux raisons principales viennent à l'esprit. En premier lieu, la frontière est en pointillés car les critères servant à rattacher une personne à l'un des deux régimes sont nombreux et d'application alternative. A l'origine, seuls les nationaux des Etats membres, travailleurs, et se déplaçant en Europe, pouvaient invoquer le bénéfice du droit de la libre circulation. Si le rattachement au régime de la libre circulation découlait de la combinaison de la nationalité d'un Etat membre, de l'extranéité et de l'activité économique, le point nodal du rattachement était cependant la nationalité. Mais la centralité du critère de nationalité a été remise en cause. La période transitoire imposée aux Espagnols et Portugais a montré que la possession de la nationalité d'un Etat membre ne conduit plus automatiquement au bénéfice intégral et immédiat des droits attachés au statut de ressortissant communautaire. A l'inverse, un nombre important de droits de circulation ont été étendus aux membres de la famille d'un citoyen de l'Union. On a donc assisté à la disparition du lien automatique entre nationalité et bénéfice de la libre circulation. La nationalité n'est plus la clé de répartition des personnes entre les deux régimes de mobilité.

A l'unité du critère de rattachement au droit de la libre circulation s'est substituée une multiplicité de critères alternatifs susceptibles de rattacher une personne au champ d'application du droit de la libre circulation. Ainsi, pour les membres de la famille d'un citoyen de l'Union, le critère déclencheur est, outre le lien de nationalité, le lien de mariage ou de filiation. Pour les salariés d'un citoyen de l'Union prestataire de services, c'est le lien de subordination professionnelle. L'unité de bénéficiaires du droit de la libre circulation d'origine a donc été remplacée par une multiplicité de catégories de destinataires potentiels du droit de la libre circulation. Cette multiplication des critères de rattachement obscurcit fâcheusement le tracé de la frontière entre droit de la libre circulation et droit des migrations<sup>11</sup>.

Cette frontière en pointillés est également mobile. Chaque élargissement de l'UE ouvre le droit de la libre circulation à de nouvelles personnes, extrayant les nouveaux ressortissants

<sup>9</sup> Jean-Yves Carlier, « Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regards sur la directive 2004/38 », *Cahiers de Droit Européen*, 2006, n°1-2, p.33.

<sup>10</sup> Jean-Yves Carlier, « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne (1<sup>er</sup> janvier-31 décembre 2008) », *JTDE*, 2009, p. 79.

<sup>11</sup> Pour plus de détails, nous renvoyons à notre article « Droit de la libre circulation et droit des migrations : où est la frontière », in *Mélanges offerts à Philippe Manin*, Pédone, 2010.

d'Etats membres du régime droit des migrations pour les faire passer de l'autre côté de la frontière. De même, le nombre de bénéficiaires de la libre circulation varie au fur et à mesure de l'activité conventionnelle de l'UE. Or, il n'y a potentiellement pas de limite à la capacité de l'UE de négocier des accords garantissant aux ressortissants des signataires une circulation facilitée. Depuis 1957, la frontière qui sépare les bénéficiaires du droit de la libre circulation et ceux du droit des migrations s'est donc constamment déplacée.

Mais la principale source de mobilité de la frontière entre les deux régimes vient de la jurisprudence de la Cour : en faisant évoluer le champ d'application personnel du droit de la libre circulation, elle a réduit le champ d'application du droit des migrations et déplacé la frontière entre les deux régimes. Or, si avant le Traité d'Amsterdam, toute extension du champ d'application du droit de la libre circulation se faisait au détriment de la compétence migratoire des Etats, désormais l'expansion du droit de la libre circulation empiète sur le champ d'application du droit des migrations de l'Union.

Les difficultés qui naissent de cette absence de frontière claire et stable ne heurtent pas seulement l'observateur extérieur soucieux d'une –hypothétique– cohérence<sup>12</sup> du système de l'Union ; elles sont de nature pratique. La localisation de la frontière est un enjeu central pour les personnes car seul le droit de la libre circulation donne accès au droit à la mobilité. D'où l'importance, en termes de sécurité juridique, d'une détermination claire des personnes qui relèvent du régime libre circulation ou du régime droit des migrations.

Les Etats sont également intéressés par la détermination de la frontière entre les régimes car il y va de leur capacité de s'opposer à une entrée, un séjour, ou à l'accès à un emploi. L'arrêt Metock du 25 juillet 2008<sup>13</sup> est l'exemple emblématique de ce qui se joue lorsque la Cour trace (ou déplace) la frontière entre droit de la libre circulation et droits des migrations. Dans cette affaire, la Cour estime que les droits de la directive 2004/38 s'appliquent au conjoint ressortissant d'Etat tiers d'un citoyen de l'Union, indépendamment du fait qu'il ait séjourné légalement et préalablement dans un autre Etat membre. Le bénéfice de la directive est reconnu quels que soient le lieu et la date du mariage et en dépit de la situation irrégulière du ressortissant d'Etat tiers. Plusieurs Etats ont vu dans cette solution une intrusion dans leur capacité de contrôler les migrations. Ils ont relevé la contradiction entre cette jurisprudence qui protège les conjoints malgré leur situation irrégulière et les efforts du Conseil qui cherche à enrayer l'immigration irrégulière par des mesures répressives. En somme, les Etats ont exprimé leur intérêt pour un développement cohérent du droit de la mobilité et une définition sûre de la frontière entre les deux régimes. Leur réaction révèle surtout combien l'organisation actuelle, différenciée, des deux régimes de mobilité est problématique. On est alors conduit à se demander si le droit de l'Union relatif à la mobilité des personnes pourrait être rendu plus intelligible.

## **II. REARTICULER LES REGIMES : POUR UN DROIT DE LA MOBILITE DES PERSONNES PLUS INTELLIGIBLE**

Si l'organisation actuelle des normes communautaires régissant la mobilité des personnes s'avère problématique, quelle voie emprunter pour rendre le droit de l'Union plus intelligible? Une réponse est suggérée par l'observation, en droit positif, d'une dynamique de rapprochement des deux régimes de mobilité. L'idée de convergence peut provoquer car le développement du droit de l'immigration prend une orientation nettement restrictive qui l'éloigne nettement d'un droit de la libre circulation. Pourtant, les deux corpus se rapprochent

<sup>12</sup> Pour d'intéressantes contributions sur la cohérence, voir l'ouvrage édité par Valérie Michel (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2009.

<sup>13</sup> CJCE, 25 juillet 2008, Metock, C-127/08.

l'un de l'autre. Cette convergence est institutionnelle tout d'abord, puisque la spécificité d'adoption des normes du titre V s'efface progressivement<sup>14</sup>. La convergence est également rédactionnelle, comme en témoigne une pratique accrue d'intertextualité. Plusieurs actes adoptés pour la mise en œuvre de la politique migratoire renvoient aux normes adoptées dans le régime libre circulation des personnes<sup>15</sup>. Plusieurs notions sont également empruntées par le droit des migrations au droit de la libre circulation. Ainsi, la directive relative au droit de séjour des étudiants<sup>16</sup> indique-t-elle que les nouvelles règles sont fondées sur des définitions des notions d'étudiants, de stagiaire, et de volontariat déjà utilisés en droit communautaire. Il est en outre probable que l'intervention plus systématique de la Cour dans le domaine du droit de l'immigration renforce l'unité d'interprétation des notions utilisées dans les deux régimes : les différences actuelles dans la définition de la famille<sup>17</sup> ou de l'ordre public, par exemple, pourraient disparaître progressivement.

Mais la convergence est surtout matérielle. Elle découle de la construction du régime de ressortissants d'Etats tiers par analogie avec celui des citoyens de l'Union<sup>18</sup>. Ce rapprochement des deux régimes est particulièrement sensible sur deux points principaux. En premier lieu, les deux régimes semblent se reconfigurer autour d'une même notion : celle d'intégration. La directive 2004/38<sup>19</sup> est ainsi consacrée à l'intégration graduelle des citoyens de l'Union dans leur Etat d'accueil et va jusqu'à la reconnaissance du droit de séjour permanent après 5 années ininterrompues de résidence. Elle traduit le critère de « lien réel » que la CJUE pose dans sa jurisprudence sur la citoyenneté<sup>20</sup> : le citoyen sans travail ni ressources qui souhaite bénéficier d'une aide sociale peut invoquer le droit à l'égalité de traitement avec les nationaux de l'Etat d'accueil s'il démontre un lien réel avec la société d'accueil. Ce critère du lien réel n'est pas autre chose que l'expression d'un certain degré d'intégration dans l'Etat d'accueil.

Le droit positif de l'immigration réserve, lui aussi, une place importante au critère d'intégration. L'exemple topique est le statut de résident de longue durée<sup>21</sup>. Tout ressortissant d'Etat tiers intégré dans un Etat membre peut, après y avoir passé 5 années ininterrompues, accéder au statut protecteur de résident de longue durée qui ouvre une série de droits importants : accès facilité à l'emploi et protection forte du séjour. Le statut de résident de longue durée est le statut de l'étranger intégré et le rapprochement avec la directive 2004/38 est frappant. En revanche, l'étranger qui ne remplit pas la condition d'intégration se verra exclure du bénéfice de nombreux droits. La directive sur le regroupement familial<sup>22</sup> permet ainsi aux Etats d'exiger que le regroupant ait séjourné légalement sur leur territoire pendant

<sup>14</sup> Depuis le 1<sup>er</sup> mai 2004, la plupart des normes sont adoptées selon la procédure de co-décision. Le Traité de Lisbonne renforce cette tendance car il généralise la procédure législative ordinaire, le vote à la majorité qualifiée et étend la compétence de la Cour.

<sup>15</sup> L'article 3 de la directive retour, par exemple, définit un « ressortissant d'Etat tiers » comme toute personne qui n'est ni un citoyen de l'Union au sens de l'art 17, ni une personne jouissant du droit à la libre circulation, telle que définie à l'article 2, point 5, du code frontières Schengen.

<sup>16</sup> Directive 2004/114 du Conseil, du 13 décembre 2004, relative aux conditions d'admission des ressortissants de pays tiers à des fins d'études, d'échange d'élèves, de formation non rémunérée ou de volontariat.

<sup>17</sup> Rappelons que la toute première proposition de directive sur le regroupement familial retenait une définition de la famille très proche de celle qui est consacrée par la directive 2004/38 relative aux citoyens de l'Union.

<sup>18</sup> Le régime applicable aux travailleurs turcs a été formé par transposition pure des principes de la libre circulation, ce qu'appelait le texte même de l'accord CEE-Turquie et qu'a très largement réalisé la Cour en transposant la notion de « travailleur » dans l'affaire Gunaydin (CJCE, 30 septembre 1997, Faik Günaydin, C-36/96) ou celle d'ordre public dans l'arrêt Nazli (CJCE, 10 février 2000, Nazli, C-340/97).

<sup>19</sup> Directive 2004/36 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres.

<sup>20</sup> CJCE 15 mars 2005, Dany Bidar, C-209/03.

<sup>21</sup> Directive [2003/109/CE](#) du Conseil, du 25 novembre 2003, relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée.

<sup>22</sup> Directive [2003/86/CE](#) du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial.

une période et d'imposer une période d'attente de 3 ans entre le dépôt de la demande de regroupement et la délivrance du titre de séjour aux membres de la famille. Dès lors, même si la fonction de la référence à l'intégration peut varier d'un régime à l'autre, l'intégration apparaît bien comme un pivot du rapprochement des deux régimes relatifs à la mobilité.

Un second élément substantiel de convergence est l'émergence d'un principe de mobilité intra-européenne. Cœur du droit de la libre circulation des personnes, cette mobilité est plus surprenante en droit de l'immigration, dont la finalité est plutôt de régir l'entrée et le séjour dans un premier Etat membre. Pourtant, l'art. 77-2-c du TFUE prévoit l'adoption de mesures portant sur « les conditions dans lesquelles les ressortissants d'Etats tiers peuvent circuler librement dans l'Union pendant une courte durée ». Et plusieurs normes récentes de droit dérivé organisent la mobilité européenne des ressortissants d'Etats tiers : la directive sur le droit de séjour des étudiants et stagiaires<sup>23</sup> leur reconnaît la possibilité d'aller achever un cycle d'étude dans un second Etat membre ; la directive résident de longue durée<sup>24</sup> facilite l'accès à un second Etat membre ; la directive relative aux travailleurs hautement qualifiés<sup>25</sup> dont l'objet est de permettre la mobilité intra-européenne. Cette action en faveur du déplacement intra-européen de ressortissants d'Etats tiers rapproche le droit des migrations d'une logique « marché intérieur ».

Cette présentation ne saurait être considérée comme exhaustive et d'autres éléments de rapprochement pourraient être mis en lumière. Mais ces exemples montrent la direction que prend l'évolution des deux régimes de mobilité des personnes qui se réorganisent selon un schéma moins séparatiste. Si l'on accepte de réfléchir *lege ferenda*, comment alors concevoir un droit européen de la mobilité plus cohérent et plus intelligible ?

Le point de départ ne peut être qu'une réflexion approfondie sur les finalités du droit de l'Union relatif à la mobilité des personnes. En l'état actuel, les deux régimes développés poursuivent des objectifs distincts (réalisation du marché intérieur d'un côté, réalisation de l'*Espace, liberté, sécurité et justice* de l'autre côté) sans que cette différence de finalités n'ait jamais été discutée ni justifiée par la démonstration d'une différence de nature entre la circulation et la migration. De même, l'affectation de la politique migratoire de l'Union à l'*Espace de liberté, sécurité et Justice* mériterait d'être reconsidérée car elle n'est sans doute pas indifférente à la tournure sécuritaire et répressive que prend cette politique. Surtout, la politique migratoire de l'Union apparaît bien plus comme la réplique des politiques nationales d'immigration que comme la réalisation d'un projet aux finalités proprement européennes. Il ne semble donc pas incongru de suggérer que le droit européen de la mobilité des personnes pourrait être réorganisé autour d'objectifs communautaires clairement identifiés et énoncés. On trouve, dans certaines normes de droit dérivé, la référence à des objectifs communautaires (cohésion économique et sociale, respect de la dignité<sup>26</sup> de la personne, attractivité de l'Europe<sup>27</sup>) qui sont plus explicites, voire convaincants, que le nébuleux Espace de liberté, sécurité et justice. La recherche des finalités pourrait donc tenter d'identifier ce qui est commun à l'objectif marché intérieur et à l'Espace de liberté, sécurité et Justice. Cela mène au projet d'un espace intérieur dans lequel les personnes circulent librement. Noyau dur de la libre circulation, l'idée de circulation libre à l'intérieur de l'UE est pourtant mentionnée

<sup>23</sup> Directive 2004/114 du Conseil, du 13 décembre 2004, relative aux conditions d'admission des ressortissants de pays tiers à des fins d'études, d'échange d'élèves, de formation non rémunérée ou de volontariat.

<sup>24</sup> Directive [2003/109/CE](#) du Conseil, du 25 novembre 2003, relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée.

<sup>25</sup> Directive 2009/50/CE du Conseil du 25 mai 2009 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié.

<sup>26</sup> CJCE, 25 juillet 2008, Metock, C-127/08.

<sup>27</sup> La directive 2004/114 précise, dans son préambule, qu'un des buts de la Communauté est de promouvoir l'Europe dans son ensemble en tant que centre mondial d'excellence pour les études et la formation professionnelle.

dans les dispositions du titre V puisque l'Union doit (art. 77TFUE) « assurer l'absence de tout contrôle des personnes, quelle que soit leur nationalité, lorsqu'elles franchissent les frontières intérieures ».

A l'évidence, il ne s'agit pas de suggérer que l'ensemble des ressortissants d'Etats tiers ont vocation à bénéficier des droits actuellement garantis dans le cadre du titre IV. Mais il importe de reconnaître les limites d'une partition qui n'est pas opérationnelle. La distinction entre citoyen de l'Union et ressortissant d'Etat tiers n'étant plus à même de fonder la césure entre droit de la libre circulation et droit des migrations, on s'interroge sur les concepts alternatifs disponibles. La distinction entre circulation interne et externe qu'utilise Jean-Yves Carlier comme catégorie d'étude<sup>28</sup> peut permettre de refonder le droit de la mobilité selon un clivage nouveau. Le droit de la libre circulation serait le droit qui régit la circulation interne, c'est-à-dire les déplacements et l'installation dans l'espace intérieur de l'Union. Le droit des migrations serait applicable aux situations de circulation externe, qui concernent l'accès au territoire de l'Union. Cette clé de répartition, fondée sur un critère territorial, est plus lisible et opérationnelle que le critère de nationalité. La césure ne se ferait plus entre les personnes (selon leur nationalité) mais entre des droits (entrée en Europe/circulation à l'intérieur de l'Europe). D'ailleurs, un tel découpage n'est pas éloigné de la logique de construction du marché intérieur qui connaît cette distinction interne/externe.

Réarticuler les normes régissant la mobilité en Europe suppose de considérer de nombreuses voies de réforme, que ces brefs propos ont à peine esquissées. Leur vocation n'était donc que d'ouvrir un débat sur les moyens de réorganiser le droit européen de la mobilité des personnes. Le chantier est considérable : c'est du droit communautaire des personnes dont il s'agit.

*Sékolène Barbou des Places*  
*Professeur à l'Université de Picardie Jules Verne*

## DE LA MARGINALISATION AU STATUT DE RÉSIDENT, REGARD SUR LES DROITS DE CIRCULATION ET DE SÉJOUR DES RESSORTISSANTS DES ÉTATS TIERS DANS L'UNION EUROPÉENNE

Dans ses rapports avec le droit du marché intérieur, l'Espace de liberté, de sécurité et de justice peut être appréhendé à travers les droits de circulation et de séjour des ressortissants des États tiers au regard de ceux dont bénéficient les citoyens de l'Union. L'immigration, les contrôles aux frontières et l'Asile constituent, en effet, un des volets majeurs<sup>29</sup> de cet espace qui constitue depuis le Traité de Lisbonne, le titre V du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Les dispositions qui y sont consacrées (art 77 à 80 TFUE) permettent à l'Union non seulement d'adopter des dispositions visant à contrôler le franchissement des frontières externes<sup>30</sup> et à assurer le franchissement sans contrôle des frontières internes<sup>31</sup> mais aussi et plus généralement à développer une politique commune en matière d'asile et d'immigration. L'Union européenne dispose aujourd'hui d'une compétence véritable en matière d'immigration, compétence qui s'ajoute à celle, prévue à l'article 153 § 1 TFUE qui lui permet de régler les conditions d'emploi des ressortissants des pays tiers. Cette

<sup>28</sup> Cette distinction est centrale dans l'organisation de sa chronique « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne » au *Journal des Tribunaux*.

<sup>29</sup> Au côté de la coopération judiciaire en matière civile et pénale et de la coopération policière.

<sup>30</sup> Article 77 § 1 a) et § 2 b) TFUE.

<sup>31</sup> Article 77 § 1 c) et § 2 e)



compétence est le fruit d'une évolution amorcée depuis l'accord de Schengen du 14 juin 1985<sup>32</sup> et consacrée par les traités de Maastricht<sup>33</sup>, d'Amsterdam<sup>34</sup> et de Lisbonne<sup>35</sup>.

On aurait pourtant tort de croire qu'avant les accords de Schengen, la situation des ressortissants des États tiers était ignorée des dispositions communautaires. Nombre de ces dispositions affectaient déjà ces ressortissants, indépendamment de la construction d'une politique européenne d'immigration. Mais elles visaient surtout à assurer la liberté de circulation des ressortissants des États membres, s'inscrivant ainsi dans les objectifs du marché intérieur<sup>36</sup>.

Ce constat reste vrai même si désormais, la reconnaissance de droits aux ressortissants d'États tiers s'inscrit aussi dans la politique européenne d'immigration, indépendamment de la réalisation du marché intérieur.

Du Traité de Rome de 1957 au Traité de Lisbonne de 2007, un triple phénomène peut ainsi être observé : d'une part et dans un premier temps, la marginalisation des ressortissants des États tiers, conséquence de la construction du droit du marché intérieur au profit des citoyens européens (I) ; d'autre part, l'extension de certains droits aux tiers pour assurer l'effectivité des droits des citoyens européens (II) ; enfin, le rapprochement entre le statut des tiers et celui des citoyens européens (III).

### **I. La construction de la libre circulation des personnes et la marginalisation des tiers**

Depuis le Traité de Rome, la libre circulation des personnes s'est réalisée par le rapprochement progressif de la situation des nationaux des différents États membres. Le principe de non-discrimination fondée sur la nationalité, sur lequel elle s'appuie a conduit à ce que les ressortissants des États membres, qu'ils soient travailleurs salariés ou indépendants, ou, à certaines conditions, non actifs<sup>37</sup> bénéficient dans les différents États non seulement des droits de circulation et de séjour mais plus généralement de l'égalité de traitement pour l'accès à l'emploi, aux prestations sociales ou encore aux avantages sociaux.

L'attribution progressive de droits aux ressortissants des États membres lorsqu'ils se déplacent et séjournent dans un autre État, s'est traduite par la création de deux catégories d'étrangers au sein des États. D'une part, les ressortissants communautaires dont la condition est proche de celle des nationaux ; d'autre part, les tiers non communautaires exclus du bénéfice du droit communautaire de la libre circulation et par là même marginalisés. À la distinction binaire connue des États, entre les nationaux et les étrangers s'est progressivement substituée une distinction tripartite entre les nationaux, les ressortissants communautaires et les étrangers non communautaires<sup>38</sup>.

<sup>32</sup> On rappellera que, cantonnée initialement à cinq États – Allemagne, France, Pays-Bas, Belgique, Luxembourg – l'espace Schengen a été progressivement étendu pour concerner aujourd'hui vingt-deux des vingt-sept États membres, Chypre, la Bulgarie, la Roumanie, l'Irlande et la Grande-Bretagne demeurant exclues.

<sup>33</sup> Le Traité sur l'Union européenne introduit dans le Traité communautaire certains éléments de l'accord de Schengen tels que le système commun de visa. En outre, les articles K à K 9 au sein du troisième pilier portent spécifiquement sur la politique d'immigration dont la communautarisation est envisagée.

<sup>34</sup> Le Traité d'Amsterdam se réfère pour la première fois à un Espace de Liberté, de Sécurité et de justice. La politique d'immigration est, en outre, communautarisée (art 61 à 69 CE) ce qui rend nécessaire l'intégration de l'acquis de Schengen.

<sup>35</sup> L'ELSJ constitue le titre V du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

<sup>36</sup> Voir infra.

<sup>37</sup> Les non-actifs désignant notamment les retraités et les étudiants.

<sup>38</sup> Réserve faite des bénéficiaires des accords d'association. L'accord créant l'Espace Économique Européen permet de considérer les ressortissants islandais, norvégiens et du Lichtenstein comme des ressortissants de l'Union européenne. Les accords de Cotonou (Annexe Déc. Cons ACP/CE 1/2000, 27 juillet 2000, JOCE, L 317, 15 décembre 2000) et d'Ankara (Déc. CEE 64/732, 23 décembre 1963, JOCE, L 217, 29 décembre

Ce phénomène, qui s'est accentué à chaque étape décisive de la libre circulation, a atteint son paroxysme avec la création de la citoyenneté européenne en 1992, les droits attachés à celle-ci - droit de vote aux élections locales, droit de pétition, droits de circulation et de séjour - étant réservés aux seuls citoyens européens. Il en a résulté une nouvelle distinction binaire, non plus entre les nationaux et les étrangers mais, entre les citoyens européens et les tiers.

La marginalisation des tiers s'en est trouvée accentuée comme l'illustre, en particulier, l'attribution du droit de vote aux élections municipales aux citoyens européens. Celle-ci s'est traduite par la rupture du lien, traditionnellement admis, entre droit de vote et nationalité. Dès lors, le maintien dans certains États comme la France, de l'exclusion des étrangers non européens du droit de vote à ces élections est apparu moins compréhensible et plus visible.

Ce phénomène de marginalisation qui ne touche certes, pas les bénéficiaires d'accords d'association<sup>39</sup>, est propre au droit de la libre circulation. Il ne s'observe pas s'agissant des dispositions d'harmonisation non directement liées à la libre circulation. Les directives d'harmonisation, quel que soit leur domaine, affectent les individus indépendamment de leur nationalité. Ainsi, les directives sur le temps de travail ou encore celles, relatives aux clauses abusives ont vocation à bénéficier à tous ceux qui rentrent dans leur champ d'application - travailleurs, consommateurs -, indépendamment de leur nationalité.

Toutefois, la volonté de rendre effective les droits de circulation et de séjour des citoyens de l'Union a conduit à ouvrir des droits aux ressortissants des États tiers.

## II. Les droits des tiers au service des droits des citoyens européens

### 1. L'abolition des frontières intérieures

La signature de l'accord de Schengen en 1985 puis de sa convention d'application en 1990 constitue un tournant. Pour rendre effectif le droit de circulation des ressortissants communautaires et créer un véritable espace de circulation, il est apparu nécessaire d'abolir, entre les États signataires, les frontières intérieures c'est-à-dire de permettre le franchissement de ces frontières sans contrôle, les contrôles étant transférés aux frontières externes de l'espace Schengen<sup>40</sup>. La volonté d'abolir tout contrôle nécessitait d'appliquer le dispositif aux ressortissants des États tiers c'est-à-dire, de leur étendre la possibilité de franchir librement les frontières internes. C'est ainsi qu'un droit de circulation provisoire de trois mois dans l'Espace Schengen leur a été accordé. Cette ouverture au profit des tiers est apparue comme une nécessité pour assurer l'effectivité du droit de circulation des ressortissants communautaires. L'objectif était ainsi moins de favoriser la circulation et le séjour des ressortissants des États tiers que d'assurer la libre circulation des ressortissants communautaires. Le transfert des contrôles aux frontières externes en témoigne. L'élargissement progressif de l'espace Schengen<sup>41</sup> et la communautarisation du troisième pilier et de l'acquis de Schengen ne bouleversent pas l'analyse. Les dispositions du Traité qui nourrissent l'Espace de liberté de sécurité et de justice établissent, en effet, clairement le lien entre l'harmonisation des contrôles aux frontières extérieures et leur suppression aux frontières intérieures, au profit de tous. L'article 67 TFUE<sup>42</sup> dispose ainsi que « *l'Union assure l'absence de contrôles de personnes aux frontières intérieures et développe une politique commune en matière d'asile, d'immigration et de contrôles aux frontières*

---

1964) instaurent un droit à l'égalité de traitement en faveur respectivement des ressortissants des pays ACP et des ressortissants turcs dès lors qu'ils séjournent régulièrement dans l'un des États membres.

<sup>39</sup> Voir, note précédente.

<sup>40</sup> Voir, supra, note 4.

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> Ex article 61 TCE et 29 TUE.

*extérieures... ».* De la même manière, l'article 77 TFUE<sup>43</sup> prévoit que « *l'Union développe une politique visant à assurer l'absence de tout contrôle de personnes quelle que soit leur nationalité, lorsqu'elles franchissent les frontières intérieures* » et « *à assurer le contrôle des personnes et la surveillance efficace du franchissement des frontières extérieures* ». Ainsi, dans ses aspects relatifs aux contrôles aux frontières, l'Espace de liberté de sécurité et de justice contribue au fonctionnement du marché intérieur.

Le souci de favoriser le séjour des ressortissants de l'Union dans les États membres a conduit également à reconnaître des droits aux membres de leur famille, indépendamment de la nationalité de ces derniers.

## **2. Le droit de séjour des membres de la famille du citoyen de l'Union**

Le lien entre le droit de séjour des ressortissants communautaires et celui des membres de la famille ressortissants d'un État tiers a été établi très tôt. Dès 1968, l'article 10 du règlement 1612/68 ouvrait expressément le droit de séjour aux membres de la famille « *quelle que soit leur nationalité* ».

Tirant argument de cette disposition, la Cour de justice a constamment lié la reconnaissance des droits offerts aux membres de la famille, quelle que soit leur nationalité, à l'effet utile des droits de circulation et de séjour des citoyens de l'Union. On retiendra, au sein d'une jurisprudence abondante, les arrêts *Singh*<sup>44</sup>, *Akrich*<sup>45</sup>, *Zhu et Chen*<sup>46</sup>.

La directive du 29 avril 2004 relative au droit de séjour des citoyens de l'Union va dans le même sens. Dans la lignée du règlement 1612/68 et consacrant la jurisprudence de la Cour de justice, elle consolide même le droit de séjour des membres de la famille quelle, que soit leur nationalité, comme condition nécessaire à celui des citoyens de l'Union<sup>47</sup>. On lit ainsi dans le considérant 5 que « *le droit de tous les citoyens de l'Union de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres devrait, pour qu'il puisse s'exercer dans des conditions objectives de liberté et de dignité, être également accordé aux membres de leur famille quelle que soit leur nationalité* »<sup>48</sup>.

Prenant appui sur cette nouvelle directive, la Cour de justice, dans ses arrêts plus récents, a même convoqué la notion de dignité<sup>49</sup> pour justifier les droits de circulation et de séjour des membres de la famille ressortissants d'un État tiers. Dans l'arrêt *Metok* du 25 juillet 2008<sup>50</sup>, elle affirme que « *pour que le droit des citoyens de circuler et de séjourner dans les États membres puisse s'exercer dans des conditions de dignité, il doit bénéficier aux membres de la famille* ».

Cette référence à la dignité s'accompagne de celle, relative au droit à mener une vie familiale normale au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme que la Cour avait déjà exploité pour apprécier les conséquences de la rupture du lien familial du fait par

<sup>43</sup> Ex article 62 TCE.

<sup>44</sup> CJCE, 7 juillet 1992, C-370/90.

<sup>45</sup> CJCE, 23 septembre 2003, C-109/01.

<sup>46</sup> CJCE, 19 octobre 2004, C-200/02.

<sup>47</sup> Articles 3 à 7.

<sup>48</sup> Pour favoriser le droit de circulation de ces membres de la famille ressortissants d'un État tiers, les États membres sont invités à leur accorder « *toutes facilités pour obtenir les visas nécessaires* » et à « *délivrer ces visas sans frais dans les meilleurs délais et dans le cadre d'une procédure accélérée* » (art 5). Mieux, la possession d'une carte de séjour de « *membre de la famille d'un citoyen de l'Union* » en cours de validité (art 10) dispense de l'obligation de visa d'entrée (art 5). Voir, CJCE, 25 juillet 2002, C-459/99, MRAX.

<sup>49</sup> Mentionnée dans le considérant 5 de la directive.

<sup>50</sup> CJCE 25 juillet 2008, C-127/08 ; Voir aussi, CJCE, 11 Juillet 2002, Carpenter, C 60/00. Voir, supra, la contribution de Ségolène Barbou des Places.

exemple d'un divorce<sup>51</sup>, de l'annulation<sup>52</sup> du mariage, du décès du citoyen de l'Union<sup>53</sup> ou encore de son départ<sup>54</sup>.

Une double référence qui fonde une lecture compréhensive de la directive en faveur d'une ouverture très large des droits accordés aux membres de la famille ressortissants d'un États tiers, des citoyens de l'Union afin de favoriser le droit de séjour de ces derniers. Ainsi, il n'est pas nécessaire que la famille soit déjà constituée au moment de l'entrée sur le territoire d'accueil, le lien familial pouvant se former sur ce territoire. Le lieu et le moment du mariage sont dès indifférents pour apprécier le lien marital. Il en résulte qu'il importe peu que le membre de la famille ressortissant d'un État tiers soit entré sur le territoire d'accueil avant le citoyen de l'Union ce qui a pour effet de neutraliser les règles nationales relatives à l'immigration. De même, est également indifférent, le fait que le membre de la famille n'ait pas résidé préalablement sur le territoire d'un État membre avant de rejoindre le citoyen de l'Union sur le territoire d'accueil<sup>55</sup>. Pour la Cour, en effet, « le refus de l'État membre d'accueil d'accorder des droits d'entrée et de séjour aux membres de la famille du citoyen de l'Union est de nature à dissuader ce dernier de se déplacer ou de demeurer dans cet état membre, même si les membres de la famille ne séjournaient pas déjà légalement dans un autre État membre ».

Cette attitude ouverte du juge communautaire se vérifie aussi quand il s'agit d'apprécier les restrictions à l'entrée sur le territoire communautaire. Ainsi, afin de protéger le droit des ressortissants des États membres au respect de leur vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour a étendu à leur conjoint ressortissant d'un État tiers, les garanties généralement offertes aux citoyens de l'Union par les directives communautaires. Seules des raisons d'ordre public fondées sur leur comportement personnel sont de nature à justifier un refus d'entrée y compris lorsque ces personnes sont inscrites dans la liste des personnes non admissibles au Système d'information Schengen<sup>56</sup>.

### 3. Le droit au détachement dans le cadre d'une prestation de services

L'idée selon laquelle l'attribution des droits de circulation et de séjour aux ressortissants des États tiers constitue une condition de la mise en œuvre effective des libertés économiques offertes aux citoyens de l'Union trouve également une illustration significative dans le domaine du détachement effectué dans le cadre d'une prestation de service.

Dans son arrêt *Rush Portuguesa* rendu le 23 mars 1990, la Cour de justice a ainsi reconnu aux prestataires de service la possibilité de se déplacer avec leurs salariés dans les États membres, quelle que soit la nationalité de ces salariés<sup>57</sup>.

La directive du 16 décembre 1996 relative *au détachement des travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services* », va implicitement dans le même sens puisqu'elle ne

<sup>51</sup> CJCE, 17 septembre 2002, <Baumbast et R, C 413/99. L'hypothèse est désormais visée par l'article 13 de la directive qui prévoit, en outre, d'autres hypothèses de maintien du séjour. L'article 13 vise aussi la rupture du partenariat.

<sup>52</sup> Article 13 de la directive.

<sup>53</sup> Article 12 de la directive.

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> En sens contraire mais dans une situation différente, Voir CJCE, 23 septembre 2003, Akrich, C 109/01.

<sup>56</sup> CJCE, 31 janvier 2006, Commission c/ Espagne, C 503/03. Dans la lignée de l'arrêt MRAX précité du 25 juillet 2002, la directive 2004/38 du 29 avril 2004 précise qu'en cas de non présentation de visa et des documents nécessaires par le membre de la famille qui n'a pas la nationalité d'un État membre, le refoulement n'est qu'une solution de dernier recours. L'État membre doit permettre à ces personnes de prouver leur lien familial par n'importe quel moyen et doit leur accorder « tous les moyens raisonnables afin de leur permettre d'obtenir ou de se procurer dans un délai raisonnable, les documents requis ». (art 5§4).

<sup>57</sup> CJCE, 23 mars 1990, *Rush Portuguesa*, c-113/89; CJCE, Van der Elst, 9 août 1994, C-43/93.

distingue pas selon la nationalité des travailleurs. Le considérant 19 prévoit certes, que « *la directive ne porte pas atteinte aux législations nationales relatives aux conditions d'entrée, de résidence et d'emploi de travailleurs ressortissant de pays tiers* », mais la Cour de justice n'a pas modifié sa position. Dans son arrêt Commission c/ Luxembourg du 21 octobre 2004, elle affirme que dans le cadre du détachement, aucune autorisation de travail ne peut être opposée aux salariés ressortissants d'États tiers dès lors qu'ils résident régulièrement dans un État membre.

Ici encore les droits offerts aux ressortissants d'États tiers servent la mise en œuvre des libertés économiques et la réalisation du marché. Tout se passe comme si, en définitive, l'Union européenne se montrait, presque malgré elle, bienveillante à l'égard des ressortissants des États tiers.

On observe, par ailleurs, que la reconnaissance des droits en leur faveur emprunte principalement le droit du marché intérieur que l'on considère les droits de la famille ou le domaine des prestations de service. La part des règles relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice est réduite à la suppression des frontières. Cette répartition entre le droit du marché et le droit de l'espace de liberté de sécurité et de justice ne surprend pas dans la mesure où les droits attribués aux tiers servent les libertés économiques des citoyens.

En revanche, lorsqu'il s'agit d'attribuer des droits aux tiers indépendamment de la réalisation des objectifs du marché intérieur, les règles relatives à l'espace, de liberté de sécurité et de justice jouent un rôle prépondérant.

### **III. Vers un rapprochement entre les ressortissants d'États tiers et les citoyens européens ?**

Dans la période récente, un certain nombre d'éléments permettent de constater un rapprochement entre la condition des tiers qui résident légalement dans un État membre de l'Union et le statut de citoyen européen<sup>58</sup>.

Ce rapprochement vient d'un effet d'entraînement du droit de la libre circulation<sup>59</sup>. Certes, comme indiqué plus haut, la citoyenneté européenne peut se traduire par une marginalisation des ressortissants des États tiers. Il n'empêche, le statut de citoyen européen peut aussi, plus positivement, susciter des questions sur la situation des tiers et conduire à un renforcement de leurs droits. Pour reprendre un exemple évoqué précédemment, la résurgence du débat sur le droit de vote des étrangers aux élections locales puise en partie son origine dans le fait que les citoyens européens bénéficient déjà de ce droit. Si, en définitive, ce débat débouchait dans la plupart des États sur l'extension du droit de vote aux non Européens, il serait difficile de nier l'effet d'entraînement de la citoyenneté européenne<sup>60</sup>. Dans les pays où l'extension a déjà été réalisée<sup>61</sup>, cet effet a d'ailleurs opéré.

En outre, nombre de directives adoptées dans le cadre de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice<sup>62</sup> en faveur des ressortissants des États tiers, empruntent au droit du marché intérieur comme si les droits des citoyens pouvaient servir de modèle à ceux, accordés aux tiers,

<sup>58</sup> Sur la dynamique de rapprochement, Voir, supra, la contribution de Ségolène Barbou des Places.

<sup>59</sup> Sur cet effet d'entraînement, Ségolène Barbou des Places, préc..

<sup>60</sup> Voir en particulier la proposition de loi constitutionnelle déposée à l'Assemblée Nationale le 5 novembre 2002.

<sup>61</sup> Irlande, Danemark, Pays-Bas, Finlande, Suède, Belgique.

<sup>62</sup> Directive 2003/86 du 22 septembre 2003 relative au regroupement familial ; Directive 2003/109 du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée ; Directive du 12 octobre 2005 relative à une procédure d'admission spécifique pour les chercheurs scientifiques ; Directive du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants en séjour irrégulier ; Directive du 25 mai 2009 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants des pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifiées.

conformément aux conclusions des Conseils européens de Tampere<sup>63</sup> et de Laeken<sup>64</sup>. La directive du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, indique ainsi que *le statut juridique des ressortissants des pays tiers devrait être rapproché de celui des ressortissants des États membres* » et « *qu'une personne résidant légalement dans un État membre, pendant une période à déterminer, et titulaire d'un permis de séjour de longue durée devrait se voir octroyer dans cet État membre un ensemble de droits uniformes aussi proches que possible de ceux dont jouissent les citoyens de l'Union européenne* »<sup>65</sup>.

Dans le même ordre d'idée, la directive du 25 mai 2009 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, se situe dans le cadre de la stratégie de Lisbonne et des lignes directrices pour l'emploi, c'est-à-dire des objectifs visant, au premier abord les ressortissants des États membres, comme si la réalisation de ces objectifs passait par la mobilité des travailleurs, qu'ils soient ressortissants des États tiers ou ressortissants des États membres.

Des innovations de fond concrétisent ces objectifs de rapprochement entre les citoyens européens et les tiers. Pour s'en tenir à quelques exemples, on soulignera que les conditions de l'acquisition du statut de résident de longue durée se rapprochent de certaines conditions figurant dans la directive du 29 avril 2004, relative au droit de séjour des citoyens de l'Union. La condition de résidence de cinq ans<sup>66</sup> dans un État, peut ainsi être rapprochée de la période de cinq ans nécessaires aux citoyens européens et aux membres de leur famille pour obtenir le droit de séjour permanent. Par ailleurs, les conditions relatives à la justification de ressources stables et régulières<sup>67</sup> et la justification d'une assurance-maladie<sup>68</sup> rappellent les conditions applicables aux citoyens non actifs. Des observations comparables peuvent être formulées à propos du bénéfice de l'égalité de traitement<sup>69</sup> ou de la protection contre les mesures d'éloignement<sup>70</sup>. Par ailleurs, dans le domaine de la sécurité sociale, le système de coordination prévu par le règlement 1408/71 a été intégralement étendu aux ressortissants d'États tiers qui résident légalement dans la Communauté et séjournent dans un autre État<sup>71</sup>.

---

<sup>63</sup> Octobre 1999.

<sup>64</sup> Décembre 2001. Il y est affirmé qu'une politique d'intégration devrait avoir pour ambition, d'offrir aux ressortissants de pays tiers résidant légalement sur le territoire des États membres, « *des droits et des obligations comparables à ceux des citoyens de l'Union européenne* ».

<sup>65</sup> Considérant 19, 20 et 22. Voir aussi le considérant 3 de la directive du 22 septembre 2003 relative au regroupement familial.

<sup>66</sup> Directive 2003/109, article 4.

<sup>67</sup> Directive 2003/109, article 5 §1.

<sup>68</sup> Ibid.

<sup>69</sup> Directive 2003/109, article 11

<sup>70</sup> Directive 2003/109, article 12. La décision d'éloignement ne peut être motivée pour des raisons économiques comme pour les citoyens européens. On observe plus généralement que la rédaction de l'article 12 est comparable avec les dispositions correspondantes de la directive du 29 avril 2004.

En outre, dans le cadre du séjour aux fins d'un emploi hautement qualifié, la directive du 25 mai 2009 prévoit que « les qualifications professionnelles acquises dans un autre État membre par un ressortissant de pays tiers devraient être reconnues au même titre que celles d'un citoyen de l'Union » <sup>70</sup>(considérant 19). Mais surtout, il est indiqué que « les qualifications acquises dans un pays tiers devraient être prises en considération conformément à la directive 2005/36/CE du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles » ainsi, les instruments de droit commun du marché intérieur sont mobilisés pour favoriser le séjour des tiers.

<sup>71</sup> Règlement 859/2003 du 14 mai 2003.

Ce rapprochement entre les tiers et les citoyens européens traduit certainement la volonté des autorités de l'Union de mieux intégrer les ressortissants des États tiers qui résident légalement dans l'Union européenne<sup>72</sup>.

Pour incontestable qu'il soit, il ne doit pourtant pas être compris comme le signe d'un assouplissement de la politique migratoire de l'Union européenne. Celle-ci reste marquée par la restriction des flux migratoires et la priorité que constitue la lutte contre l'immigration clandestine comme l'atteste l'adoption récente de la directive dite retour du 16 décembre 2008<sup>73</sup>.

*Ismaël Omarjee*

*Maître de conférences à l'Université Paris-Ouest Nanterre La Défense*

---

<sup>72</sup> Sur la notion d'intégration comme vecteur de rapprochement, Voir, Ségolène Barbou des Places, préc.

<sup>73</sup> Directive 2008/115 du 16 décembre 2008 ; Par ailleurs, la priorité d'emploi des nationaux ou des citoyens européens demeure opposable aux ressortissants d'États tiers, Directive 2003/109, articles 11 § 3 et 14§3.