Université Paris Nanterre

200 av. de la République
92001 Nanterre Cedex
www.parisnanterre.fr

École Doctorale
Droit et Science Politique

Unité de recherche
Centre d'Etudes Juridiques Européennes et Comparées

Mahamoud KALLE

Le statut des ressortissants des États tiers dans l'Union européenne

Thèse présentée et soutenue publiquement le 7 octobre 2024
en vue de l'obtention du doctorat de Droit privé et sciences criminelles
de l'Université Paris Nanterre
sous la direction de Ismaël OMARJEE (Université Paris Nanterre)

Jury :

Rapporteure :	Mme Karine Parrot	Professeur des universités : Cergy Pontoise
Rapporteure :	Mme Ségolène Barbou Des Places	Professeur des universités : Université Paris I
Membre du jury :	M. Ismaël OMARJEE	Professeur des universités : Université Paris Nanterre
Membre du jury :	Mme Myriam Carabot	Professeur des universités : Université Paris Nanterre
Membre du jury :	Mme Lola Isidro	Maître de conférences : Université Paris Nanterre

SOMMAIRE

Sommaire 2

Principaux sigles et abreviations 4

Résumé de la thèse 5

Remerciements 7

Introduction générale 8

PARTIE I. L'APPROCHE FRAGMENTEE DE L'ADMISSION AU SEJOUR DES RESSORTISSANTS D'ÉTATS TIERS 34

TITRE I. DES CONSIDERATIONS FONCTIONNELLES ET HUMANISTES EN FAVEUR DE L'ADMISSION AU SEJOUR DES RESSORTISSANTS D'ETATS TIERS 37

Chapitre I. La reconnaissance d'un droit de séjour au profit des ressortissants des Etats tiers AFIN de protéger les droits du citoyen européen 38

Section I. Les droits dérivés des membres de la famille du citoyen européen, outil d'accompagnement des mouvements migratoires 38

Section II. Les droits dérivés de la famille du citoyen européen, outil de protection des droits attachés à la citoyenneté européenne. 63

Section III. Les conditions du maintien du droit de séjour dérivé des membres de la famille, entre insécurité juridique et protection. 71

Conclusion du premier chapitre. 75

Chapitre II. Le droit de séjour base sur des considérations axiologiques biaisées 76

Section I. Le droit au regroupement familial, un droit malmené lorsque le regroupant est le ressortissant d'un Etat tiers 76

Section II. L'admission au séjour des bénéficiaires d'une forme de protection internationale, une protection limitée. 102

Conclusion du chapitre II. 131

TITRE II. LA PRISE EN COMPTE DES INTERETS DE L'UNION EUROPEENNE 132

Chapitre I. L'admission au bénéfice des intérêts de l'Union : l'immigration de travail, l'immigration de savoir et la procédure de régularisation 134

Section I. Attirer les étrangers intéressants : « l'immigration choisie » 134

Section II. Le caractère utilitariste des régularisations des étrangers 150

Conclusion du chapitre I. 166

Chapitre II. Les accords d'association et de partenariat comme fondement du droit de séjour des ressortissants d'États tiers. 167

Section I. Les accords établissant des liens particuliers et privilégiés avec des États tiers en matière de libre circulation 168

Section II. La participation à la gestion des flux migratoires : une conditionnalité de l'immigration légale 189

Conclusion du chapitre II 212
Conclusion de la première partie 213
PARTIE II. LE STATUT JURIDIQUE AMBIVALENT ET CATEGORISE DES RESSORTISSANTS DES PAYS TIERS PRESENTS SUR LE TERRITOIRE DES ÉTATS MEMBRES DE L'UNION. 215
TITRE I. LE STATUT JURIDIQUE HETEROGENE DES REGULIERS. 217
Chapitre I. L'accès des réguliers à l'exercice d'une activité professionnelle dans les États membres de l'Union 218
Section I. L'accès des étrangers aux activités économiques dans le premier État membre d'accueil 220
Section II. Le statut juridique hétérogène des étrangers en matière de mobilité intra-européenne 239
Conclusion du chapitre I 272
Chapitre II. L'accès des étrangers à la protection sociale. 273
Section I. L'accès des ressortissants des pays tiers à la protection sociale avant le traité d'Amsterdam : une compétence des États membres progressivement soumise aux exigences des droits fondamentaux 275
Section II. L'accès des ressortissants des pays tiers à la protection sociale depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam 331
Conclusion du chapitre II 344
TITRE II. LE STATUT JURIDIQUE DES IRREGULIERS ETABLIS DANS L'UNION 345
Chapitre I. La répression nationale du séjour irrégulier, partiellement encadrée par des normes communes de l'Union. 349
Section I. Les sanctions visant les irréguliers : l'éloignement et la privation de certains droits sociaux économiques. 349
Section II. L'harmonisation plus approfondie du dispositif régressif visant des personnes autres que les irréguliers. 382
Conclusion du chapitre I 392
Chapitre II. L'encadrement de la répression du séjour irrégulier par la Convention européenne des droits de l'Homme. 394
Section I. La protection directe des étrangers en situation irrégulière par la Conv EHD 396
Section II. La protection indirecte : de la protection contre l'éloignement à la consécration d'un droit de séjour 412
Conclusion du chapitre II 430
Conclusion de la deuxième partie 431
Conclusion générale 432
Bibliographie 436
Table des matières 473

PRINCIPAUX SIGLES ET ABREVIATIONS

ACP	Pays d'Afrique, Caraïbes et Pacifiques
Aff	Affaire
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
C	Contre
CC	Cour de cassation
CCE	Commission des Communautés européennes
CE	Communauté européenne
CE	Conseil d'État
CEE	Communauté économique européenne
CDE	Cahier de droit européen
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Cons. const	Conseil constitutionnel
CONV. EDH	Convention européenne des droits de l'homme
COUR. EDH	Cour européenne des droits de l'homme
EEE	Espace économique européen
Rev. Aff. Eur.	Revue des affaires européennes.
Rev. Crit. DIP	Revue critique de droit international privé
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
RFDA	Revue française de droit administrative
RTD	Revue trimestrielle de droit européen
TCE	Traité Communauté européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union européenne

RESUME DE LA THESE

Les questions relatives à la détermination du statut des ressortissants des États tiers dans l'Union européenne sont aujourd'hui éminemment politiques. Les règles régissant ce statut ont évolué dans le temps. Elles sont passées de la compétence exclusive des États, à un encadrement relatif des normes de protection internationale des droits de l'homme, puis, à une harmonisation partielle au niveau de l'Union.

Les États industrialisés qui, au nom de leur souveraineté et de leur compétence discrétionnaire, pratiquaient une politique utilitariste en matière d'immigration verront, au milieu du 20ème siècle, leur compétence discrétionnaire encadrée par l'émergence de la protection internationale des droits de l'homme. Les droits de l'homme viennent, en effet, limiter le pouvoir souverain des États en matière de détermination du statut de l'étranger.

Les normes relatives à la protection internationale des droits de l'homme saisissent le statut de l'étranger dans ses trois composantes que sont l'admission au séjour, les conditions de séjour et l'éloignement du territoire.

Concernant l'admission au séjour, grâce à l'émergence de la protection internationale des droits de l'homme, la compétence de l'État en matière d'admission des étrangers sur son territoire n'est plus à être analysée comme totalement discrétionnaire. Certaines catégories d'étrangers deviennent titulaires d'un droit subjectif d'admission au séjour. Il s'agit de ceux dont le droit de séjour trouve son fondement dans la protection de leurs droits fondamentaux : le droit d'asile et le regroupement familial. Ainsi, la souveraineté devient, à la fois, une compétence et une responsabilité : la « souveraineté compétence » consiste à réglementer dans son droit interne l'admission des étrangers et, la « souveraineté responsabilité » consiste à mettre en œuvre une politique d'immigration respectueuse des droits fondamentaux.

Au-delà de l'admission au séjour sur le territoire, les conditions de séjour de l'étranger sont également régies par des normes relatives à la protection internationale des droits de l'homme. La protection issue de ces normes consiste à interdire certaines discriminations fondées sur la nationalité, notamment en matière d'accès à la protection sociale.

Concernant l'éloignement du territoire, l'article 3 de la Con.EDH interdit de renvoyer un étranger vers un pays où il existe un risque réel de traitement inhumain ou dégradant. L'article 8 de la Conv. EDH, tel qu'un interprété par la Cour. EDH, s'oppose, sous certaines conditions,

à la séparation des membres d'une même famille. De la même manière, la Convention de Genève consacre le principe de non refoulement en faveur des demandeurs d'asile.

Quant aux migrants économiques, ils sont restés assez longtemps à la discrétion des États d'accueil et faisaient l'objet d'une politique d'immigration purement utilitariste.

Compte tenu de leur compétence discrétionnaire et l'absence d'obligation résultant de la protection internationale des droits de l'homme en matière d'immigration de travail, à partir des années 1974, à la suite du « premier choc pétrolier », les États occidentaux qui recourraient à l'immigration de travail pour faire face aux besoins de l'économie décident de suspension cette forme d'immigration. Dans un tel contexte, le regroupement familial et la protection internationale restèrent les seules voies d'accès au territoire.

L'harmonisation de la politique d'asile et d'immigration au sein de l'Union européenne engendrera une inversion des logiques développées par les États membres, dans la mesure où l'Union mettra en place un régime favorable aux migrants économiques et un régime assez restrictif aux étrangers dont l'admission au séjour trouve son fondement dans la protection de leurs droits fondamentaux.

Notre thèse vise à démontrer, d'une part, que c'est avant tout en fonction de ses intérêts, qu'ils soient fonctionnels, économiques ou sécuritaires, que l'Union appréhende les ressortissants d'États tiers.

L'approche fonctionnelle consiste à reconnaitre un certain nombre de faveur aux ressortissants d'États tiers membres de la famille du citoyen européen en situation de mobilité pour ne pas entraver les droits de ce dernier.

L'approche économique consiste à attirer et à conserver sur le territoire de l'Union les ressortissants d'États tiers susceptibles de participer au rayonnement économique de l'Union. Cela nécessite d'opérer un choix entre les ressortissants des États tiers qui sont les bienvenus en Europe et ceux qui doivent être éloignés du territoire européen.

Ceux parmi eux qui ne sont si membres de la famille d'un citoyen européen, ni économiquement intéressants se trouvent confronter à des règles strictes en matière d'admission, de séjour et d'éloignement.

En matière d'éloignement, la recherche de l'efficacité a fortement atténué l'effectivité des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union. Dans un tel contexte, les étrangers visés par une mesure d'éloignement ont tendance à se tourner vers la Cour. EDH.

REMERCIEMENTS

Mes premiers remerciements s'adressent à mon directeur de thèse, le professeur Ismaël OMARJEE. Je suis profondément reconnaissant à son égard. Du début à la fin de cette thèse, sa disponibilité, sa confiance, ses conseils, sa rigueur bienveillante auront été sans faille.

Je remercie tous les membres du CEJEC, plus particulièrement sa codirectrice, Marjolaine ROCCATI, pour l'organisation des JDD (jeudis des doctorants). Les JDD ont été pour moi un lieu d'échanges intellectuels, une occasion de soumettre mes idées à l'observation et à la critique d'un auditoire attentif et bienveillant.

J'ai une pensée particulière pour ma compagne, Seta Diarra, pour ses encouragements, sa patience, et son soutien sans faille.

Je remercie également tous mes amis qui ont bien voulu me relire.

INTRODUCTION GENERALE

La fin de notre thèse coïncide avec l'adoption de deux textes majeurs relatifs au statut des ressortissants des États tiers ; l'un au niveau national (en France), l'autre au niveau européen, qui, loin d'infirmer notre analyse, la consolident.

Au niveau national, a été adoptée le 26 janvier 2024 une loi intitulée « pour contrôler l'immigration et améliorer l'intégration »[1]. Cette loi, en partie censurée par le Conseil constitutionnel sur un fondement procédural[2] et présentée comme garantissant le droit d'asile, luttant contre l'immigration irrégulière et favorisant l'intégration par le travail[3], s'inscrit en réalité dans une logique de grave régression des droits reconnus aux ressortissant des États tiers établis en France[4], tant en matière d'admission au séjour qu'en matière d'accès aux droits sociaux[5].

Au niveau européen, le tout nouveau « pacte sur la migration et l'asile », présentée comme une réponse à la crise migratoire de 2016, s'inscrit principalement dans une logique de restauration de la solidarité[6] entre les États membres de l'Union en matière d'immigration et d'asile, de renforcement des contrôles aux frontières extérieures de l'Union et de facilitation de l'éloignement des étrangers jugés indésirables. Dans ce pacte, comme l'affirme Claire Rodière, « il y a une obsession de contrôler »[7].

Les questions relatives à la détermination du statut des ressortissants des États tiers dans l'Union européenne sont aujourd'hui éminemment politiques. Les règles régissant ce statut ont évolué

[1] Loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024 pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration, JORF, n° 0022 du 27 janvier 2024.
[2] Décision n° 2023-863 DC du 25 janvier 2024.
[3] Ministère de l'intérieur, 26 janvier 2024, document de présentation de la loi pour contrôler l'immigration et améliorer l'intégration [en ligne], consulté le 3 mars 2024, Présentation de la loi pour contrôler l'immigration et améliorer l'intégration | ministère de l'Intérieur et des Outre-mer (interieur.gouv.fr)
[4] LOCHAK Daniel, A propos de la loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration, entretien avec Daniel Lochak, Revue des droits de l'homme, janvier 2024, [en ligne], consulté le 22 mars 2023, https://doi.org/10.4000/revdh.19098
[5] MATH Antoine et ISIDRO Lola, Y a-t-il une place pour la préférence nationale dans le droit social ? Revue de droit du travail, 2024, P. 157.
[6] En la matière la solidarité est définie par AZOULAI Loïc, « la solidarité, c'est de pouvoir compter sur un partage entre États membres des couts liés à la prise en charge des nouveaux arrivant et sur la mise en place d'une répartition équilibrée des nouveaux arrivants sur le territoire européen », AZOULAI Loïc, Le droit européen de l'immigration, une analyse existentielle, Revue trimestrielle de droit européen, 2018, 54, p. 5196562.
[7] RODIERE Claire, Débats et controverses sur le pacte européen sur la migration et l'asile, aminé par BARBOU DES PLACES Ségolène et BASILIEN GAINCHE Marie-Laure, le 6 mai 2024, à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

dans le temps[8]. Elles sont passées de la compétence exclusive et discrétionnaire[9] de l'État d'accueil, progressivement influencées par l'émergence de la protection internationale des droits de l'homme, à l'harmonisation de la question migratoire et d'asile au sein de l'Union européenne. La première étape de la détermination du statut de l'étranger, celle de la compétence exclusive et discrétionnaire de l'État d'accueil, se caractérisait par une discrimination fondée sur la nationalité. Ce traitement discriminatoire a été encadré par l'émergence de la protection internationale des droits de l'homme[10] (deuxième étape). Enfin, depuis la communautarisation des questions migratoires et d'asile au sein de l'Union, on tente de concilier des objectifs peu conciliables : la préservation de la sécurité intérieure, la protection des droits fondamentaux et la nécessité d'attirer et de conserver sur le territoire de l'Union une main d'œuvre utile à l'émergence économique de l'Union et de ses États membres[11].

Ainsi, aujourd'hui, dans les États membres de l'Union, le statut des ressortissants des États se situe à la croisée des droits nationaux, Communautaires et internationaux[12].

I) Le statut des ressortissants d'États tiers sous l'égide des droits nationaux

Le point de départ de l'intervention du droit dans la détermination du statut de l'étranger est caractérisé par le concept de souveraineté[13]. Dit autrement, la détermination du statut de l'étranger relevait du pouvoir souverain qu'un État exerce sur son territoire. Le postulat souverain de la question migratoire procédait d'une conception traditionnelle du droit

[8] LOCHAK Daniel, Étrangers, réfugiés, migrants : Hannah Arendt aujourd'hui, Anne Kupiec, Marine Leibovici, Gérardine Muhlmann, Etienne Tassin, Hanna Arendt, crise de l'État-nation, sens, et Tonka, P. 165-180, 2007, « la condition des étrangers s'est profondément transformée depuis la fin de la seconde guerre mondiale, en même temps qu'évoluait le contexte géopolitique, économique et idéologique […]. Les étrangers, globalement, ont profité de l'essor des Conventions internationales relatives aux droits de l'homme qui leur a apporté une protection accrue ; mais la polarisation des politiques d'immigrations sur la maitrise des flux migratoires a entrainé la mise en place de dispositifs répressifs attentatoires aux libertés et la multiplication des sans-papiers, privés de droits ».

[9] Sur le pouvoir discrétionnaire de l'État en matière de détermination du statut de l'étranger, Cf, LOCHAK Daniel, Les politiques de l'immigration au prisme de la législation sur les étrangers, In FASSIN Dedier et QUIMINAL Catherine, Les lois de l'inhospitalité. Les politiques de l'immigration à l'épreuve des sans-papiers, Édition la Découvert, 1997, p. 29-45.

[10] Sur l'impact de la protection internationale des droits de l'Homme sur le statut de l'étranger, Cf, CHETAIL Vincent, Migration, droit de l'homme et souveraineté : le droit international dans tous ses états, In CHETAIL Vincent, Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question, Bruylant, 2007, P. 14-133.

[11] Le pacte sur l'asile et l'immigration de septembre 2008 signé sous la présidence française s'inscrit dans la logique d'attirer et de conserver sur le territoire de l'Union une main d'œuvre hautement qualifiée provenant d'États tiers. La directive « carte bleue » 2009/50 traduit juridiquement cet objectif politique.

[12] MAZERON Florent, Le droit Communautaire de l'immigration et de l'asile à l'épreuve du droit international, In BERTRAND Christine (dir), L'immigration dans l'Union européenne. Aspects actuels de droit interne et de droit européen, L'Harmattan, 2008, P. 11-64.

[13] CHETAIL Vincent, Migration, droit de l'homme et souveraineté : le droit international dans tous ses états, in CHETAIL Vincent (dir), Mondialisation, migration et droit de l'homme : le droit international en question, vol 2, Bruxelles, Bruylant, 2007, p, 24.

international fondée sur l'État-Nation[14]. La souveraineté apparaissait comme le synonyme du pouvoir discrétionnaire de l'État de déterminer unilatéralement le statut de l'étranger[15]. Aucun principe du droit international général ne remettait en cause le principe du pouvoir souverain qu'avait l'État de déterminer unilatéralement le statut juridique des non nationaux[16]. En vertu de sa souveraineté, l'État demeurait libre de déterminer si et à quelles conditions un étranger pouvait être admis au séjour sur son territoire, « de quel droit il pouvait prétendre »[17] et pour quels motifs il pouvait en être éloigné. Comme l'écrivait Daniel Lochak, « sous des formes et selon des modalités variables, le statut de l'étranger, dans toutes les sociétés, […] [demeurait] fondé sur [une] logique de l'exclusion et [portait] les stigmates de l'infériorité dans laquelle est maintenu l'étranger »[18]. Défini comme « celui qui n'appartient pas au groupe social »[19], l'étranger « n'avait aucun droit à bénéficier de la protection normalement dévolue » aux membres du groupe[20]. Allant dans ce sens, Christian Wolff expliquait que « si quelque puissance [l'État] juge qu'il convient à la sûreté de son État de n'en permettre l'entrée à aucun étranger, il dépend d'elle de l'interdire, et d'attacher des peines à la violation de cette loi »[21]. Selon l'auteur, l'opportunité d'autoriser ou de refuser l'entrée et le séjour du non national relevait de l'appréciation discrétionnaire de l'État.

Toutefois, il convient de noter que l'étranger n'a été véritablement saisi par le droit dans les États européens que vers la fin du XIX^{ème} siècle[22]. En effet, à cette époque, une immigration massive s'est substituée à l'immigration traditionnelle, peu nombreuse.

Face à l'afflux des étrangers, des tensions et des inquiétudes liées à leur présence, émergea un droit destiné à contrôler les frontières nationales, à déterminer les conditions de leur accès aux activités économiques et à définir les droits sociaux auxquels ils peuvent prétendre. C'est dans ce contexte qu'en France un décret du 2 octobre 1888 faisait obligation aux étrangers séjournant en France de faire une déclaration de résidence à la mairie. Puis quelques années plus tard, une

[14] Ibid.
[15] CASTRO Alexandra, La gouvernance des migrations : de la gestion migratoire à la protection des droits des migrants, DECAUX Emmanuel, (dir) thèse de doctorat, droit international public, Université Panthéon –Assas, soutenue le 12 mai 2014, p. 16.
[16] LOCHAK Daniel, JULIEN-LAFERRIERE François, Les expulsions entre la politique et le droit, Archives de politique criminelle, 1990, 12, p 65-87.
[17] LOCHAK Daniel, Étranger : de quel droit ? PUF, 1985.
[18] Ibid. P.71.
[19] Définition du Dictionnaire petit Robert.
[20] LOCHAK Daniel, Étranger : de quel droit ?, Op. cit, P. 73.
[21] PUFENDORF Samuel Von, Le droit de la nature et des gens, 1672, traduction de BARBEYRAC Jean, Bibliothèque de philosophie politique et juridique, textes et documents, Université de Caen, 1987, livre III, chapitre III, P.335.
[22] Cf, notamment, PARROT Karine, Étranger, Anamosa, 2023.

loi du 9 aout 1893 instituait un registre d'immatriculation des étrangers dans chaque commune et obligeait les personnes les logeant à en signaler la présence dans les vingt-quatre heures. Il s'agissait d'un régime de « déclaration ». Progressivement, on est passé du régime de la déclaration de résidence à celui de l'autorisation d'entrée et de séjour dans la quasi-totalité des États industrialisés. Mais, il a fallu attendre la fin de la première guerre mondiale pour que se développe en Europe, dans les législations nationales, une véritable politique d'immigration.

Le régime juridique mis en place dans les pays industrialisés à cette époque, notamment en France, révèle les intentions et les orientations des pouvoirs publics en matière de détermination du statut des étrangers. Ce régime se caractérisait par une approche utilitariste en matière d'admission au séjour[23] et par une approche discriminatoire en matière d'accès aux droits sociaux économiques[24].

L'approche utilitariste en matière d'admission au séjour consiste à faciliter l'entrée et le séjour des étrangers en vue de faire face aux pénuries de main d'œuvre dans différents secteurs d'activités. C'est ainsi qu'à la fin de la première guerre mondiale, l'État français s'était doté de services administratifs destinés à importer la main d'œuvre étrangère. Comme l'écrit Karine Parrot, « avec la première guerre mondiale, précisément, l'État cherche à remplacer, aux champs et dans les usines, les français partis mourir au front et, pour la première fois, l'administration se lance dans un vaste programme d'importation de main d'œuvre étrangère »[25].

De la même manière, au sortir de la seconde guerre mondiale, pour des besoins de reconstruction, de relance de la production et le repeuplement, l'État français se lance, à nouveau, dans l'importation de la main d'œuvre étrangère[26].

Les États disposaient ainsi de la faculté de pratiquer une politique migratoire exclusivement fondée sur leurs intérêts. Comme l'écrivent Fabienne Jault-Seseke, Sabine Corneloup et Ségolène Barbou des Place « L'entrée et le séjour des étrangers sont principalement fonction de l'offre et de la demande sur le marché de l'emploi et l'évolution des flux migratoires dépend

[23] PARROT Karine, Étranger, Anamosa, 2023, p. 43 « plus la zone de récolte est enclavée et la main d'œuvre étrangère indispensable, moins les nouvelles exigences administratives s'appliquent. Depuis lors, cette logique utilitariste sert d'aiguillon à la politique migratoire française et européenne devenue récemment une politique revendiquée de gestion des flux ».
[24] LOCHAK Daniel, L'étranger : de quel droit ? PUF, Collection politique d'aujourd'hui, 1985, P. 86.
[25] PARROT Karine, Etranger, Anamosa, 2023, P. 22.
[26] Maurice Alain, Le travail sans le travailleur, Plein droit 2004,/2, n° 61, P. 2-7.

principalement des initiatives du patronat[27] ». Ainsi, l'ordonnance du 2 novembre 1945[28], adoptée après la seconde Guerre mondiale et dans un contexte de reconstruction, visait à favoriser une immigration de travail[29]. A cette époque, l'appel à la main d'œuvre étrangère a été rendu nécessaire par des considérations économiques mais aussi démographiques. La coexistence des dimensions économique et démographique s'est traduite par la mise en place de politiques migratoires favorables à l'entrée non seulement des travailleurs étrangers mais aussi des membres de leur famille[30]. Ainsi, l'immigration paraissait comme un moyen par lequel la France cherchait à combler les déficits de travailleurs et de population[31]. C'est ce que les historiens ont appelé « l'immigration de travail et de peuplement ».

A contrario, en 1973, à la suite de la crise résultant du premier choc pétrolier, s'observe un durcissement des conditions d'entrée et de séjour des étrangers au titre d'une activité économique[32]. Une circulaire du 3 juillet 1974 proclame officiellement la suspension de l'immigration de travail[33] en provenance d'États tiers (cela ne concerne pas les ressortissants des États membres de l'Union). Cette mesure était justifiée par « un contexte économique particulièrement difficile ». Suspension qui, initialement, était prévue pour trois mois n'avait jamais été remise en cause[34] jusqu'à la prise de conscience, au niveau de l'Union, de l'utilité d'une immigration économique. Comme l'écrit Sylvain Laurens « cette mesure, qui devait initialement se limiter à une suspension provisoire de trois mois, n'a jamais été publiquement remise en cause pendant plus de trente ans, le provisoire semblant devenir avec le temps toujours plus définitif »[35]. Un décret du 10 novembre 1977[36] entendait également subordonner l'entrée et le séjour au titre du regroupement familial au fait que le regroupé renonce à l'accès au marché du travail[37]. Sur requête du GISTI, le 8 décembre 1978, le Conseil d'État a annulé

[27] JAULT-SESEKE Fabienne, CORNELOUP Sabine, BARBOU DES PLACES Ségolène, Droit de la nationalité et des étrangers, Puf, Thémis, 2015, p.237.
[28] L'Ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945.
[29] Article 5 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945.
[30] L'immigration familiale avait aussi pour but d'intégrer les étrangers présents.
[31] TRIBALAT Michèle, Immigration et démographie des pays d'accueil, in JAFFRELOT Christophe et LEQUESNE Christine, L'enjeu Mondial, les migrations, Presses de Sciences Po, Paris, 209, p, 29-35.
[32] « La volonté de réduire l'immigration se traduit par l'adoption de multiples textes qui accentuent la dimension répressive du droit des étrangers et font de la lutte contre la fraude une priorité », Ibid.
[33] GOKALP Catherine, Chronique de l'immigration, 1975, n° 30-4-5, p. 889-896.
[34] LAURENS Sylvain, 1974 et la fermeture des frontières. Analyse critique d'une décision érigée en turning-point, Politix, 2008/2 n° 82, P. 69-94.
[35] Ibid.
[36] Décret n° 77-1239 du 10 novembre 1977 suspendant provisoirement l'application des dispositions du décret n° 76-383 du 29 avril 1976 relatif aux conditions d'entrée et de séjour en France des membres des familles des étrangers autorisés à résider en France.
[37] Les conditions du regroupement familial étaient définies par le décret n° 76-383 du 29 avril 1976, relatif aux conditions d'entrée et de séjour en France des membres des familles des étrangers autorisés à résider en France.

le décret précité en se fondant sur les principes généraux du droit et le préambule de la constitution du 27 octobre 1946[38].

Dans un tel contexte de suspension de l'immigration de travail, le regroupement familial et la protection internationale (par exemple la demande d'asile) restèrent, en principe, les seules voies d'accès des étrangers au territoire national. La compétence souveraine des États en la matière trouvait ses limites dans la protection des droits fondamentaux des étrangers. En outre, dès les années 2000, soit trois ans après l'harmonisation de la politique européenne d'asile et d'immigration, la Commission européenne, en se référant au contexte économique et démographique, remettait en cause, la politique « d'immigration zéro » affichée par les États membres[39].

II) L'influence de la protection internationale des droits de l'homme dans la détermination du statut des ressortissants des États tiers[40]

Le milieu du XX^{ème} siècle est marqué par le développement de la protection internationale des droits d'homme. En réaction aux « actes de barbarie »[41] de la Deuxième Guerre mondiale, les Nation-Unies adoptèrent le 10 décembre 1948 la Déclaration universelle des droits de l'homme. Au niveau européen plus spécifiquement, trois sources de droit se complètent : la Conventions européenne des droits de l'homme (Conv. EDH), les principes généraux du droit de l'Union européenne et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[42]. Sous l'influence de ces normes, la souveraineté de l'État deviendra moins prégnante dans la détermination du statut de l'étranger[43]. Pour illustrer l'influence de la protection internationale des droits fondamentaux sur le pouvoir souverain des États, Michel Virally utilise les termes de « réversibilité de la souveraineté »[44].

Les droits de l'homme viennent, en effet, limiter le pouvoir souverain des États en matière de détermination du statut de l'étranger. Leurs prérogatives régaliennes se trouvent limitées par

[38] Conseil État, assemblée, 8 décembre 1978, 10097 1067710679, publié au recueil Lebon.
[39] COM (2000) 757, final « vu le contexte économique et démographique de l'Union et celui des pays d'origine, il est manifeste que l'on prend de plus en plus conscience de ce que les politiques d'immigration zéro menées au cours de ces trente dernières années ne sont plus adaptées […] ».
[40] Sur cette question, Cf, notamment, PAPINOT Camille, La protection internationale du travailleur migrant, Thèse de doctorat de l'Université Paris Ouest Nanterre la Défense, soutenue le 15 décembre 2014.
[41] Préambule de la déclaration Universelle des droits de l'homme du 10 décembre 198.
[42] Sur l'articulation entre les sources nationales et européennes, Cf, GICQUEL Eloïse, L'étranger, entre état membre et l'Union européenne : étude des interactions normatives, [en ligne], thèse, droit, Université de Bordeaux, 2014, P. 228 et suivants, consulté le 3 mars 2021.
[43] FLAUSS Jean-François op. cit. p.46.
[44] VIRRALY Michel, Panorama du droit international contemporain, R.C.DA.I, t, 183, 1983-V P. 73-84.

leurs engagements internationaux. De la sorte, l'essor des conventions internationales de protection des droits de l'homme a été favorable aux étrangers[45]. Cet essor a induit un dépassement de la distinction traditionnelle entre étranger et national[46]. Ainsi, l'État d'accueil doit reconnaitre un socle de droits fondamentaux au profit de tous, sans devoir à distinguer entre ses nationaux et ceux d'un États tiers.

Toutefois, si de façon générale il apparait que l'émergence de la protection internationale des droits de l'homme a contribué à l'amélioration du statut de l'étranger, il convient de noter que la teneur des droits consentis dépend du statut de l'intéressé et de la nature des droits auxquels il entend bénéficier dans un État qui n'est pas le sien. Autrement dit, les droits de l'étranger varient selon qu'il demande à entrer et à séjourner sur le territoire d'un État qui n'est pas le sien, selon qu'il demande à accéder aux activités économiques de l'État d'accueil, à bénéficier des prestations sociales fournies dans cet État ou encore à s'opposer à son éloignement du territoire de cet État.

Concernant l'entrée et l'admission au séjour[47]. Si plusieurs instruments internationaux consacrent le droit pour tout individu de « quitter tout pays »[48] (le droit à l'émigration), aucun de ces instruments internationaux, sauf exception[49], ne consacre en faveur de l'étranger l'entrée et le séjour dans un État qui n'est pas le sien. Confirmant la souveraineté de l'État en matière de gestion de ses frontières extérieures, la Cour. EDH a itérativement rappelé que « l'État a, en vertu d'un principe du droit international bien établi, le droit de contrôler l'entrée et le séjour des non-nationaux sur son territoire »[50].

---

[45] LOCHAK Daniel, « Étrangers, réfugiés, migrants : Hannah Arendt aujourd'hui, in Anne KUPIEC, Martine LEIBOVICI Gérardine MUHLMNN, TASSIN Etienne (dir) Hanna ARENDT, Crises de l'État-Nation Sens, Tonka, pp. 165-180, 2007.

[46] Sur ce point, OMARJEE Ismaël "La division national/étranger à l'épreuve du droit communautaire", in Le droit communautaire et les divisions du droit, chronique du CEJEC, Les petites affiches, 27 août 2004, p 7.

[47] On entend par admission au séjour la délivrance d'un premier titre de séjour sur un motif déterminé, c'est-à-dire une première comptabilisation statistique, soit pour un étranger qui arrive sur le territoire national (procédure d'introduction), soit pour un étranger présent sur le territoire (procédure de régularisation).

[48] Cf, notamment, l'article 13, paragraphe 2, de la Déclaration universelle des droits de l'homme « toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays » ; l'article 12, paragraphe 2, du pacte international relatif aux droits civils et politiques « toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien » ; l'article 8, paragraphe 1, de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille « les travailleurs migrants et les membres de leur famille sont libres de quitter tout État, y compris leur État d'origine […] ».

[49] L'exception concerne les demandeurs d'une forme de protection internationale en application de la Convention de Genève et des demandeurs du regroupement familial en application de l'article de la Convention européenne des droits de l'homme.

[50] CEDH, 21 juin 1988, Berrehab c/Pays-Bas, n° 138, point 28 et 29.

En la matière, l'étranger ne bénéficie de droit subjectif que si sa demande d'entrée et de séjour trouve son fondement dans la protection d'un droit fondamental [51]tel que le regroupement familial ou la protection des demandeurs d'asile. L'entrée et le séjour des autres catégories d'étranger relèvent, en principe, du bon vouloir de l'État d'accueil.

Concernant l'accès aux activités économiques et aux prestations sociales de l'État d'accueil[52], l'émergence de la protection internationales des droits de l'homme a permis, pour reprendre l'expression employée par Lola Isidro, de « chasser les discriminations »[53] initialement prévues par les législations nationales. Toutefois, en examinant sérieusement le statut socio-économique des étrangers, on aperçoit encore les traces du passé.

S'agissant enfin de l'éloignement[54] des étrangers du territoire de l'État d'accueil, les droits fondamentaux influencent là aussi les législations nationales[55]. Comme l'écrit Laurent Scheeck « la Cour. EDH n'hésite pas à sanctionner régulièrement des États pour des violations liées à leur activité d'expulsion ou de refoulement de personnes de leur territoire »[56]. En effet, on verra que les étrangers visés par une mesure d'éloignement peuvent invoquer le respect de leurs droits fondamentaux (le respect de la vie privée et familiale, l'interdiction de traitement inhumain et dégradant) pour s'y opposer. La source principale de la protection contre l'éloignement se trouve aux articles 3[57] et 8[58] de la Conv. EDH. En effet, si la Convention ne garantit, en tant que tel, aucun droit pour le non-national de résider sur le territoire de l'État dont il n'a pas la nationalité, un acquis jurisprudentiel s'est développé à partir de l'arrêt *Sorering*[59], protégeant ainsi « par ricochet » l'étranger contre certaines mesures d'éloignement. L'idée consiste à dire

[51] DUMAS Perrine, L'accès des ressortissants des pays tiers au territoire des États membres de l'Union européenne, Bruylant, 2013.
[52] Ensemble des règles relatives à la situation faite dans un États aux étrangers, tant en ce qui concerne le régime administratif auquel ils sont soumis que les droits publics, professionnels ou privés qui leur sont reconnus, COONUS Gérard, Vocabulaire Juridique 15ème édition, Puf, 2020.
[53] Cf, ISIDRO Lola, L'étranger et la protection sociale, Dalloz, 2017.
[54] L'éloignement est défini par CORNUS Gérard comme une « mesure de police administrative ayant pour objet d'enjoindre à un étranger de quitter le territoire : extradition, refoulement, expulsion, interdiction de séjour ».
[55] Cf, SCHEECK Laurent, La justice européenne face aux phénomènes migratoires : entre communautarisation de l'immigré et mise à distance de l'immigrant, In BERTRAND Christine, L'immigration dans l'Union européenne. Aspect actuels de droit interne et de droit européen, L'Harmattan, P. 65-80.
[56] Ibid. P. 65.
[57] Article 3 de la Convention européenne des droit de l'homme : « nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants »
[58] Article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme : « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, ou la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».
[59] CEDH, 7 juillet 1989, Soering, req n° 14038/88.

que la mesure d'éloignement ne doit porter atteinte ni au respect de la vie privée et familiale ni conduire à une violation de l'article 3 dans le pays de destination de l'étranger concerné. Alors que l'obligation résultant de l'article 3 de la Convention a un caractère absolu, celle de l'article 8 est relative. Le droit européen des droits de l'homme prévoit également des garanties procédurales en faveur de l'étranger visé par une mesure d'éloignement.

Toutefois, si les ressortissants des États tiers jouissent en principe de la protection des droits fondamentaux, les États d'accueil manifestent une certaine résistance. Comme l'écrit Daniel Lochak, l'exercice des droits fondamentaux par les ressortissants des États tiers est « soumis à des restrictions découlant de plus en plus de l'incidence des règles qui régissent l'entrée et le séjour […], restrictions de plus en plus sévères compte tenu de la politique dite de maitrise des flux migratoires menés par les pays occidentaux[60] ».

A partir des années 1957, s'ajoutent aux normes internationales, les normes issues de l'Union européenne.

III) L'influence de la communautarisation des questions migratoires et d'asile sur le statut des ressortissants des États tiers

Longtemps écartée de la construction européenne et relevant de la compétence exclusive des États sous réserve du respect de leurs engagements internationaux, les questions migratoires et d'asile constituent aujourd'hui une préoccupation majeure de l'Union et de ses États membres. De « Rome à Lisbonne », la figure du ressortissant de l'État tiers a changé.

Au début de la construction européenne, les règles juridiques européennes octroient à chaque travailleur ressortissant d'un État membre le droit de se déplacer librement dans les autres États membres, l'égalité de traitement avec les ressortissants de l'État membre d'accueil, l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité en ce qui concerne l'accès à l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail, ainsi que divers privilèges d'ordre social[61].

Les ressortissants des États tiers étaient, en principe, exclus du bénéfice de ces règles. La conception traditionnelle de la souveraineté de l'État en matière d'admission des étrangers sur le territoire national, d'octroi de la priorité nationale à l'emploi, l'interdiction de la

[60] LOCHAK Daniel, Étranger, réfugiés, migrants : Hannah Arendt aujourd'hui. Anne Kupier, Martine Leibovici, Gérardine Muhlmann, Etienne Tassin. Hannah Arendt. Crises de l'État-nation, Sens et Tonka P. 165-180.

[61] BARBOU DES PLACES Ségolène, YSEBAERT Ronan, « La liberté de circulation en Europe », dans : Migreurop éd., Atlas des migrations dans le monde. Libertés de circulation, frontières et inégalités. Paris, Armand Colin, « Hors collection », 2022, p. 50-51. DOI : 10.3917/arco.migre.2022.01.0050. URL : https://www-cairn-info.faraway.parisnanterre.fr/atlas-des-migrations-dans-le-monde--9782200632823-page-50.htm

discrimination fondée sur la nationalité en matière d'accès aux prestations sociales n'étaient abandonnés qu'au profit des ressortissants des États membres[62]. Seules certaines catégories d'étrangers faisaient exception à ce principe d'exclusion à savoir, les membres de la famille du travailleur européen en situation de mobilité, les bénéficiaires des accords d'association[63] et de coopération, les réfugiés et apatrides.

Partant de ce constat, il convient d'expliquer pourquoi et comment sommes-nous arrivés à une communautarisation de la question migratoire et d'asile au sein de l'Union européenne, les objectifs, l'étendue des compétences de l'Union et l'articulation entre les différences sources[64].

.

A) Les facteurs qui ont justifié l'intervention de l'Union dans la détermination du statut des ressortissants des États tiers[65]

Il ressort de la lecture des traités initiaux et des actes drivés pris pour leur application que les États membres, au début de la construction européenne, n'ont pas entendu confier à l'Union le pouvoir de régir la situation des ressortissants des États tiers. Ainsi, comme l'écrit Jean-François Akanji-Kombé, « la question du statut de ces personnes à l'intérieur de l'espace commun ne devrait donc pouvoir trouver de réponse qu'en dehors de l'ordre juridique communautaire, dans le droit de chaque État membre[66] ». Cette affirmation, à priori vraie, ne correspond pourtant pas à la situation de tous les ressortissants d'États tiers. En effet, des raisons différentes ont nécessité la prise en compte de la situation de certains ressortissants d'États tiers par l'ordre juridique communautaire. Il s'agit des ressortissants d'États tiers membres de la famille d'un citoyen européen en situation de mobilité, les bénéficiaires des accords d'association et de coopération, les réfugiés et les apatrides.

---

[62] STANGOS Petros N, Les ressortissants d'États tiers au sein de l'ordre juridique communautaire, Cahier de droit européen, 1992, n° 3-4, P. 3006-347.

[63] Cf, L'accord d'association CEE-Turquie du 12 septembre 1963, J.O.C.E n° 217, du 29 décembre 1964, P. 3687, l'accord 12 de cet accord dispose que les parties contractantes conviennent de s'inspirer des articles 48, 49, et 50 du traité CEE pour réaliser progressivement la librement circulation des travailleurs entre elles. En vue d'arrêter les conditions, modalités et rythmes de la réalisation de la phase transitoire de l'association, les parties contractantes ont signé, le 12 novembre 1970, un protocole additionnel dont l'article 36 dispose que la libre circulation des travailleurs entre les États membres et la Turquie sera réalisée graduellement. Les accords de coopération conclus entre l'Union, la Tunisie, l'Algérie et le Maroc prévoient un traitement non discriminatoire du point de vue des conditions de travail, de rémunération, ainsi qu'en matière de sécurité sociale des travailleurs et des membres de leur famille résidant avec eux.

[64] GICQUEL Eloïse, L'Étranger, entre État membre de l'Union européenne : étude des interactions normatives, [en ligne], thèse, droit, Université de Bordeaux, 2014, consulté le 3 mars 2021.

[65] BALLEIX Corinne, La politique migratoire de l'Union européenne, La documentation française, Paris, 2013, p.8.

[66] AKANJI-BOMBE Jean-François, Les droits des étrangers et leur sauvegarde l'ordre communautaire, Cahier de droit européen, 1995, n° 3-4, P. 351-381.

La prise en compte de la situation des ressortissants d'États tiers membres de la famille du citoyen européen en situation de mobilité par l'ordre juridique communautaire trouvait sa justification dans la volonté européenne d'éliminer les obstacles à la libre circulation des travailleurs[67]. C'est pourquoi certains auteurs ont qualifiée ce droit « d'outil d'accompagnement des mouvements migratoires dans l'Union européenne »[68] La prise en compte de la situation de ces personnes par l'ordre juridique communautaire était subordonnée à l'existence d'un lien de rattachement à cet ordre.

Néanmoins, avec l'arrêt Zambrano du 8 mars 2011[69], la Cour a ajouté à l'objectif d'éliminer les obstacles à la libre circulation celui de protéger les « droits attachés à la citoyenneté européenne ». Compte tenu de ces objectifs, les tiers, membres de la famille du citoyen européen sont bénéficiaires d'un statut juridique favorable dans les États membres de l'Union, tant en matière d'admission au séjour qu'en matière d'accès aux droits sociaux économiques.

En ce qui concerne les bénéficiaires des accords d'association et de coopération, en application de ces accords, et bien avant la communautarisation de la question migratoire et d'asile par le traité d'Amsterdam, ces derniers bénéficiaient d'un certain nombre de droits soutenus par un « mécanisme communautaire de garantie ». Si l'accord CEE- Turquie avait pour objectif de préparer l'adhésion future de la Turquie à la Communauté, les accords avec les pays du Maghreb avaient, à l'origine, des objectifs commerciaux. Ces accords ont progressivement changé de nature en devenant pour l'Union un moyen de gestion des frontières extérieures. C'est ce que nous appellerons la « conditionnalisation de la question migratoire ».

Concernant les réfugiés et les apatrides, seule une partie de leur statut avait été prise en compte par l'ordre juridique communautaire. En effet, si les conditions de leur admission au séjour ont longtemps relevé de la compétence des États membres, ils ont été, dès 1971, inclus dans le champ d'application personnel du règlement 1408/71, relatif à l'application des régimes de

[67] Article 10 du règlement 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté « ont le droit de s'installer avec le travailleur ressortissant d'un État membre employé sur le territoire d'un autre État membre, quelle que soit leur nationalité, son conjoint et leur descendants de moins de vingt-un ou à charge ; les ascendants de ce travailleur et de son conjoint qui sont à charge… ».
[68] TURMO Araceli, Les droits dérivés de la famille du citoyen, outil d'accompagnement des mouvements migratoires dans l'Union européenne, in BENLOLO CARABOT Myriam, (dir) Union européenne et migrations, Bruxelles, Bruylant, 2020, p.78
[69] CJUE, 8 mars 2011, Zambrano, Aff. C-34/09.

sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté[70].

En dehors de ces catégories de ressortissants de pays tiers, le droit communautaire se caractérisait par une « occultation » des autres catégories et par leur exclusion du marché intérieur[71].

L'intérêt, puis la nécessité de coopérer en matière d'asile et d'immigration résultent de la volonté de réaliser pleinement la libre circulation des ressortissants communautaires. Comme l'écrivent Jean-Yves Carlier et François Crépeau, « dès l'instant ou l'intégration européenne se construisait, en 1957, autour des libertés de circulation des marchandises, des capitaux, des services et des personnes, il était inévitable que l'approfondissent progressif de ces libertés de circulation internes dans la maison commune, conduise à s'interroger ensemble sur le contrôle de la porte d'entrée : les frontières extérieures et la politique migratoire. La gestion commune de la circulation externe était la conséquence logique de la circulation interne »[72]. La gestion commune des questions migratoires apparaissait ainsi comme le corollaire de la suppression des contrôles aux frontières internes.

Mais avant même la suppression effective des contrôles aux frontières intérieures, la Commission avait, dès le 8 juillet 1985, adopté une décision visant à « instaurer une procédure de notification préalable et de concertation sur les politiques migratoires vis-à-vis des États tiers »[73]. Cette décision avait pour objectif d'assurer que les politiques nationales migratoires vis-à-vis des États tiers prennent en considération les politiques communes et les actions menées au niveau de la Communauté, en particulier dans le cadre de la politique communautaire du marché du travail. Considérant que la politique migratoire vis-à-vis des tiers relevait de leur compétence exclusive, certains États ont introduit un recours en annulation contre la décision précitée. A l'inverse des États requérants, la Cour a considéré que l'article 118 CEE (actuel article 153 TFUE), « confère à la Commission la mission de promouvoir une collaboration étroite entre les États membres dans ce domaine » et que « la situation de l'emploi et […]

[70] Article 2 du règlement CEE n° 1408/71 du Conseil, du 14 JUIN 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplace à l'intérieur de la Communauté « le présent règlement s'applique aux travailleurs qui sont ou ont été soumis à la législation de l'un ou de plusieurs des États membres et qui sont ressortissants de l'un des États membres ou bien des apatrides ou des réfugiés résidant sur le territoire d'un des États membres, ainsi qu'aux membres de leur famille et à leurs survivants ».
[71] GAUTIER Marie, Etranger, Répertoire du droit européen, [en ligne], janvier 2013], https://www-dalloz-fr.faraway.parisnanterre.fr/documentation/Document?id=ENCY/EUR/RUB000078.
[72] CARLIER Jean Yves, CREPEAU François, « Le droit européen des migrations : exemple d'un droit en mouvement ? In Annuaire français de droit international, volume 57, 2011. Pp. 641-674.
[73] Décision n° 85/381/CEE, considérant n° 3 JO, L271/25.

l'amélioration des conditions de vie et de travail à l'intérieur de la Communauté sont susceptibles d'être affectées par la politique suivie par les États membres à l'égard de la main d'œuvre en provenance de pays tiers »[74]. Ainsi, dès 1987, la Cour reconnaissait indirectement une compétence communautaire en matière de migration des ressortissants des États tiers, mais il s'agissait d'une obligation de concertation entre les États membres et non une obligation de gestion commune. Cette obligation de concertation visait à éviter que la politique migratoire menée au niveau national vis à vis des ressortissants des pays tiers n'impacte les droits des travailleurs ressortissants des États membres.

En raison du refus initial des États membres de se dessaisir de leur compétence, la gestion en commun de la question migratoire s'est développée dans le cadre intergouvernemental de l'accord de Schengen. Constatant la lenteur du cadre communautaire, le 14 juin 1985, cinq États membres ont adopté l'accord de Schengen qui a été suivi de l'adoption d'une Convention d'application en 1990. L'adoption de cet accord et sa convention d'application ont marqué le début de la gestion en commun des flux migratoires[75]. La coopération intergouvernementale instituée par l'accord de Schengen a été qualifiée de laboratoire pour la libre circulation des personnes[76].

En parallèle de l'accord de Schengen, s'est développée une coopération intergouvernementale dans le cadre communautaire à l'occasion de l'adoption de l'Acte unique européen qui avait pour objectif de mettre en place un marché unique, sans frontières intérieures au plus tard le 31 décembre 1992. Toutefois, ce n'est qu'avec le traité de Maastricht de 1992 que les questions relatives à l'asile et à l'immigration ont reçu la qualification de « question d'intérêt commun »[77]. Ces questions ont intégré le troisième pilier, régi par un mécanisme de coopération intergouvernemental.

Le lien entre la suppression des contrôles aux frontières intérieures et la gestion en commun des questions migratoires est clairement affirmé par la Cour de justice dans son arrêt *Wijsenbeek*[78] En l'espèce, le requérant, citoyen de l'Union, considérait que le maintien des contrôles aux frontières intérieures était contraire au droit de l'Union. La Cour a jugé que des « contrôles sporadiques aux frontières intérieures n'étaient pas contraires au droit de l'Union tant que des

[74] CJCE, 9 juillet 1987, République fédérale d'Allemagne et autres c/la Commission, aff. C-281/85, point 16.
[75] JAULT-SESEKE Fabienne, CORNELOUP Sabine, BARBOU DES PLACES Ségolène, Droit de la nationalité et des étrangers, Thémis Puf, Paris, 2015, p.240.
[76] PASCOUAU Yves, La politique migratoire de l'Union européenne. De Schengen à Lisbonne, L.G.D.J 2010.
[77] Article K 1 du traité sur l'Union européenne.
[78] CJUE, 21 septembre 1999, aff, C-378/97.

dispositions communautaires relatives aux contrôles aux frontières extérieures de la Communauté impliquant également des règles communes relatives aux conditions d'accès, de visas et d'asile n'ont pas été adoptées[79] ». Ainsi, « non seulement le contrôle commun des frontières extérieures est la conséquence logique de la suppression des contrôles aux frontières intérieures, mais en outre ce contrôle commun des frontières extérieures devient une condition pour la suppression effective des contrôles aux frontières intérieures [80] ».

En 1999, avec l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, une étape cruciale a été franchie ; on passe de la coopération intergouvernementale à l'harmonisation des questions migratoires. Ce traité avait pour objectif d'établir un espace de liberté, de sécurité et de justice. A cet effet, un nouveau titre IV intitulé « visa, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes », est inséré dans le traité. Ce titre comportait un ensemble de dispositions relatives à la mise en place d'une politique commune vis-à-vis des ressortissants des États tiers. Par ailleurs, un protocole annexé au traité, intègre l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne[81]. Le traité invite le conseil, dans les cinq ans suivant son entrée en vigueur, à adopter des mesures relatives au statut des ressortissants des États tiers. Mais, il s'agissait en réalité d'une communautarisation partielle dans la mesure où l'élaboration des normes de droit dérivé demeurait soumise à des procédures d'exception à l'unanimité[82].

Il a fallu attendre l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne pour que les règles communes relatives au statut des ressortissants des pays tiers soient adoptées suivant la procédure législative ordinaire, c'est-à-dire à la majorité qualifiée au sein du Conseil et en codécision avec le Parlement[83].

Après ce bref rappel historique de l'émergence d'une politique commune d'asile et d'immigration de l'Union européenne, il convient à présent de déterminer les objectifs de cette politique commune.

B) Les objectifs de l'Union en matière d'immigration et d'asile

Les traités comportant désormais les fondements juridiques d'une action commune, les États membres, à l'occasion du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, ont défini les orientations de la politique commune d'asile et d'immigration de l'Union européenne. Les

[79] Ibid. point 28 et 49.
[80] CARLIER Jean-Yves et CREPEAU François, op. cit. note 31.
[81] Protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne, JO n° 340 du 10/11/1997, p.093.
[82] CARLIER Jean-Yves et CREPEAU François, op. cit. note 31.
[83] Article 249 TFUE.

conclusions du Conseil européen de Tampere déclinent en quatre objectifs les éléments de la politique commune d'asile et d'immigration : le partenariat avec les pays d'origine[84], le traitement équitable des ressortissants des pays tiers en séjour régulier[85], la lutte contre l'immigration irrégulière ou la gestion des flux migratoires ainsi qu'un régime d'asile européen commun[86] (RAEC). Ces trois premiers objectifs ont été complétés par une communication du 22 novembre 2000[87] relatif à la politique communautaire en matière d'immigration légale.

Si ces objectifs se sont traduits juridiquement par l'adoption de différentes normes de droit dérivé, nous verrons qu'ils ont été instrumentalisés par l'Union et ses États membres dans un sens beaucoup moins favorable aux ressortissants des pays tiers. L'approche globale des migrations, prévue dans le cadre du partenariat avec les pays d'origine, a été utilisée pour subordonner les possibilités d'admission au séjour de certains ressortissants de pays tiers à la participation de leur État d'origine à la gestion des flux migratoires[88]. L'objectif de traitement équitable des ressortissants des pays tiers en séjour régulier n'a permis ni de leur accorder un traitement comparable à celui des citoyens de l'Union ni à la mise en place d'une égalité de traitement entre tous les ressortissants de pays tiers en séjour régulier[89]. Les droits des ressortissants des pays tiers en séjour régulier dépendent de leur statut d'admission au séjour. Les objectifs de gestion des flux migratoires et le régime d'asile européen commun (RAEC) se sont traduits par l'adoption de normes peu respectueuses des droits fondamentaux des ressortissants des pays tiers en séjour irrégulier dans les États membres de l'Union[90] et de ceux qui sont à la recherche d'une protection internationale[91]. La réalisation de l'objectif de mise en place d'une politique commune d'immigration légale s'est traduite par l'adoption de normes sectorielles, visant exclusivement à satisfaire les besoins en main d'œuvre de l'Union et de ses États membres[92], la volonté d'attirer une main d'œuvre qualifiée pour faire face aux évolutions économiques et démographiques.

---

[84] Point 11 des conclusions du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 « l'Union européenne a besoin d'une approche globale des migrations qui aborde les aspects politiques, les droits de l'homme et les questions de développement dans les pays et régions d'origine et de transit. Cela exige la lutte contre la pauvreté, d'améliorer les conditions de vie et les possibilités d'emploi, de prévenir les conflits de consolider les États démocratique et de veiller au respect des droits de l'homme (…). Le partenariat avec les pays tiers concernés constituera aussi un élément déterminant du succès de cette politique, dans le but de favoriser le développement ».
[85] Point 18 des conclusions du Conseil européen de Tampere « l'Union européen doit assurer un traitement équitable aux ressortissants de pays tiers qui résident légalement sur le territoire des États membres… ».
[86] Point 18 des conclusions du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999.
[87] COM (2000) 757.
[88] Cf, titre II, chapitre II de la présente thèse.
[89] Cf, partie I, titre I.
[90] Cf, partie II, titre II.
[91] Cf, partie I, titre I, chapitre II.
[92] Voir, Partie I, titre II.

Malgré l'émergence d'une politique commune d'asile et d'immigration, les États membres n'ont pas été dessaisis de toute leur compétence en la matière. En observant de près les normes dérivées adoptées dans le cadre de la politique relative aux contrôles des frontières extérieures, à l'asile et à l'immigration, on s'aperçoit que les États disposent encore d'énormes prérogatives[93]. Ainsi, depuis la communautarisation de l'immigration et de l'asile, l'encadrement juridique du statut des ressortissants des États tiers se trouve à la croisée des droits nationaux, communautaires et internationaux. Cet enchevêtrement des sources soulève de nombreuses questions, notamment celle des relations entre les sources nationales et communautaires, mais aussi celle de l'articulation entre les normes communautaires, internationales et nationales[94]. Florent Mazeron souligne un risque de conflit engendré par la pluralité normative dans le domaine de l'immigration et de l'asile[95]. Le risque de conflit résulte de la faiblesse normative du droit de l'Union. Dès lors, il convient de préciser l'étendue de la compétence de l'Union européenne en matière de détermination du statut des ressortissants des États tiers.

C) L'étendue des compétences de l'Union européenne en matière de détermination du statut des ressortissants des États tiers

La politique commune d'asile et d'immigration de l'Union européenne conserve encore les « traces des souverainetés étatiques ». L'intervention de l'Union dans la détermination du statut des ressortissants des États tiers ne concerne que certains aspects. Si l'article 67, paragraphe 2, du TFUE indique qu'au-delà de la suppression des contrôles aux frontières intérieures et du transfert de ces contrôles aux frontière extérieures, « l'Union développe une politique commune en matière d'immigration et d'asile », force est de reconnaitre que les États membres conservent encore de large marge d'appréciation. Marie Gautier explique le maintien des compétences nationales par le caractère utilitariste de la politique d'immigration et d'asile et par le fait que les questions relatives aux longs séjours ne sont pas « immédiatement nécessaires pour la suppression des contrôles aux frontières intérieures [96] ».

Si l'entrée et le long séjour ne sont pas complètement absents du champ d'intervention de l'Union, les règles communes doivent coexister avec les normes nationales. A titre d'exemple,

---

[93] Voir par exemple, l'article 79, paragraphe 5 TFUE.
[94] MAZERON Florent, Le droit communautaire de l'immigration et de l'asile à l'épreuve du droit international, In BERTRAND Christine, L'immigration dans l'Union européenne, L'Harmattan, 2008, P. 11-64.
[95] Ibid. P. 22 et suivants.
[96] [96] GAUTIER Marie, Etranger, Répertoire du droit européen, [en ligne], janvier 2013], https://www-dalloz-fr.faraway.parisnanterre.fr/documentation/Document?id=ENCY/EUR/RUB000078.

le paragraphe 5 de l'article 79 TFUE prévoit que l'action commune en matière d'immigration de travail « n'affecte pas le droit des États membres de fixer les volumes d'entrée des ressortissants de pays tiers, en provenance de pays tiers, sur leur territoire dans le but d'y rechercher un emploi salarié ou non salarié ». Il s'agit là d'une compétence partagée dans la mesure où les conditions d'admission sont fixées par les normes communes et le volume par les normes nationales[97].

S'agissant de l'admission au séjour au titre du regroupement familial et de la protection internationale, si les États membres ne peuvent pas fixer de volume d'admission, il convient de noter que les règles communes leur reconnaissent une large marge d'appréciation dans la définition des conditions à remplir par les intéressés[98]. Concernant le regroupement familial, comme l'écrit Christine Bertrand, « la directive du 22 septembre 2003 ne réalise pas une harmonisation réelle du droit au regroupement familial. Elle n'impose qu'un socle minimum d'obligation aux États, qui peuvent ensuite adapter leur droit national, dans un sens plus ou moins favorable aux ressortissants des États tiers »[99]. De même, l'État membre d'accueil dispose la faculté d'exiger certaines conditions telles qu'un séjour préalable, une période d'attente de trois ans entre le dépôt de la demande et la délivrance du titre de séjour[100]. On retrouve des dérogations de cette nature dans la quasi-totalité des directives européennes relatives aux ressortissants des pays tiers. Ainsi, le statut des ressortissants d'États tiers relève à la fois des normes européennes, nationales et internationales. Dès lors, la question de l'articulation de ces normes se pose.

D) L'articulation entre les sources européennes, nationales, et internationales

La détermination de la condition juridique des ressortissants des États tiers dans l'Union européenne fait l'objet d'un pluralisme normatif. Ce pluralisme normatif est défini par Florent Mazeron comme « l'existence simultanée de règles de droit différentes s'appliquant à des

[97]CARLIER Jean-Yves et CREPEAU François op. cit. note 31.
[98] Cf notamment l'article 6 de la directive 2003/86, « les États peuvent refuser une demande d'entrée et de séjour d'un des membres de la famille pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique » ; l'article 7 de la même directive « lors du dépôt de la demande de regroupement familial, l'État membre concerné peut exiger de la personne qui a introduit la demande de fournir la preuve que le regroupant dispose… ».
[99] BERTRAND Christine, Le regroupement familial en droit Communautaire, In BERTAND Christine, L'immigration dans l'Union européenne. Aspects actuels de droit interne et de droit européen, P. 182-200.
[100] Ibid. article 8.

situations identiques au sein d'une société déterminée »[101]. La communautarisation « partielle » de la politique européenne d'immigration et d'asile a renforcé le pluralisme normatif dans la définition de la condition des étrangers dans les États membres de l'Union[102]. Le pluralisme normatif engendre un risque de conflit entre les différentes sources de droit. Toutefois, ce conflit n'intervient que si ces sources de droit s'avèrent contradictoires ou incompatibles[103]. Dans les États membres de l'Union, ce risque de conflit résulte, selon Florent Mazeron, « de la faible normativité du droit de l'Union en matière d'immigration et d'asile »[104].

Toutefois, le risque de conflit entre les normes de l'Union et les « droits de l'homme internationalement protégés » semble minime, dans la mesure ou la Cour JUE[105]a développé « un système communautaire de protection des droits fondamentaux », en s'inspirant, d'une part, des « traditions constitutionnelles communes aux Etats membres » et, d'autre part, des instruments internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme, notamment la Conv.EDH. Aujourd'hui, les droits dérivés et primaires de l'Union consacrent le respect des droits fondamentaux par les institutions européenne ainsi que par les États membres, et la Cour veille à ce respect. « Les droits fondamentaux tirés des traditions constitutionnelles communes aux États membres et des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme prennent ainsi place, dans la hiérarchie des normes communautaires, en dessous du droit primaire mais dessus des accords internationaux conclus par la Communauté et du droit dérivé [106] ». En outre, la Charte des droits fondamentaux de l'Union, devenue juridiquement contraignante depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, consacre un certain nombre de droits fondamentaux sans condition de nationalité ni de réciprocité.

---

[101] MAZERON Florent, MAZERON Florent, Le droit communautaire de l'immigration et de l'asile à l'épreuve du droit international, In BERTRANT Christine (dir) L'immigration dans l'Union. Aspect actuels de droit interne et de droit européen, L'Harmattan, 2008, P. 11-64.

[102] MAZERON Florent, Le droit communautaire de l'immigration et de l'asile à l'épreuve du droit international, In BERTRANT Christine (dir) L'immigration dans l'Union. Aspect actuels de droit interne et de droit européen, L'Harmattan, 2008, P. 11-64

[103] Ibid. P. 22.

[104] Ibid. « Entre les dispositions de compromis dont la rédaction s'avère ambiguë on contradictoire, celles qui se contentent d'ouvrir de simples options facultatives pour les États et les multiples possibilités de dérogations qui subsistent à l'égard des dispositions censément contraignantes, on peut in fine se demander quelles sont précisément les obligations que ces textes communautaires mettent à la charge des États, un phénomène qui, s'il est fréquent en droit international, semblait jusqu'à présent rare en droit communautaire ».

[105] Sur l'apport de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de protection des droits fondamentaux des étrangers, Cf, ANGRISANI Roberto, L'action de la Cour de justice de l'Union européenne pour la protection des droits fondamentaux face à la répression des migrations irrégulières, Thèse de Droit Université de Bordeaux, Université Laval, 2020.

[106] MAZERON Florent, Le droit communautaire de l'immigration et de l'asile à l'épreuve du droit international, In BERTRANT Christine (dir) L'immigration dans l'Union. Aspect actuels de droit interne et de droit européen, L'Harmattan, 2008, P. 11-64, p.55.

Néanmoins, malgré l'affirmation constante des droits fondamentaux au niveau de l'Union, force est de constater que certains facteurs restreignent leur effectivité quand il est question de ressortissants d'États tiers. Parmi ces facteurs, on peut citer la recherche de l'efficacité dans la lutte contre l'immigration irrégulière et le séjour irrégulier et la marge de manœuvre reconnue aux États membres dans la détermination du statut des ressortissants des États tiers[107]. A ces deux facteurs, Florent Mazeron ajoute celui des difficultés d'accès des individus aux juridictions de l'Union européenne[108].

En raison de ces difficultés, les ressortissants d'État tiers s'estimant lésés dans l'exercice de leurs droits fondamentaux dans les États membres de l'Union ont souvent tendance à se tourner vers la Cour. EDH. Dans ce sens, la Conv.EDH apparait comme une garantie supplémentaire en faveur des ressortissants des ressortissants des États tiers. S'il est vrai que la Cour.EDH ne procède pas à un contrôle direct des actes de l'Union européenne[109], cela n'exclut pas un contrôle indirect de ceux-ci à travers le contrôle des actes adoptés par les États membres en exécution du droit de l'Union[110].

S'agissant enfin de l'articulation entre les normes communes de l'Union et les législations nationales, le risque de conflit semble quasi-inexistant dans la mesure où les premières doivent être incorporées dans les secondes à travers une procédure de transposition (le cas des directives) ou en raison de leur effet direct dans les législations nationales (le cas des règlements). Néanmoins, les marges d'appréciation et les dérogations contenues dans les actes de droit dérivé de l'Union entretiennent les possibilités de conflit. Pour ce résoudre ce type de conflit, la Cour JUE a souvent tendance à se référer à l'effet utile du droit de l'Union.

IV) Cadre de notre étude.

La présentation du cadre de la présente étude sera scindée en deux parties essentielles. Nous apporterons une clarification des termes et expressions fréquemment utilisés dans notre développement (A) avant de délimiter le champ de notre réflexion (B).

---

[107] LOCHAK Daniel, JUILIEN- LAFERRIERE François, Les expulsion entre le la politique et le droit, Archives de politique criminelle, 1990, P. 65-87, « d'une façon générale, le droit international [les droits fondamentaux] dans la mesure où il consacre le principe de la souveraineté des États, est voué à n'encadrer que faiblement l'exercice des prérogatives qui sont la traduction la plus immédiate de cette souveraineté. Or, parmi les prérogatives souveraines de chaque État figure au premier plan le droit de déterminer unilatéralement et discrétionnairement tant les conditions d'attribution de sa nationalité que les conditions d'entrée, de séjour et d'évictions des non-nationaux ».

[108] MAZERON Florent, Le droit communautaire de l'immigration et de l'asile à l'épreuve du droit international, Op. cit, P. 57.

[109] Cf, notamment, CommEDH, CFDT c/Communauté européenne, 10 juillet 1978, req n° 8030/77.

[110] Cf, notamment, CEDH, 18 février 1999, Matthews C/Royaume-Unis req n° 24833/94.

A) Clarification conceptuelle.

Dans le cadre de cette étude, il semble important de définir les termes et expressions suivants : le « statut », et le « ressortissant d'État tiers ».

- **Statut**.

Le dictionnaire Cornu définit le mot « statut » comme l'ensemble cohérent des règles applicables à une catégorie de personnes ou d'agent ou à une institution et qui en détermine, pour l'essentiel, la condition et le régime juridique.

En appliquant cette définition aux ressortissants des États tiers, l'expression signifie l'ensemble des règles applicables aux ressortissants des pays tiers dans les États membres de l'Union européenne. Ce statut des ressortissants des États tiers recouvre trois ensembles de droits : les droits relatifs à leur admission, à leur séjour et à leur sortie du territoire. Comme précédemment exposés, ces différents composants du statut de l'étranger ont progressivement fait l'objet d'une harmonisation au sein de l'Union européenne.

La notion de statut étant cernée, il convient de s'intéresser à la notion de ressortissants d'État tiers et de la distinguer des notions voisines.

- **Le ressortissant d'État tiers**.

La notion de ressortissant d'État tiers ou de pays tiers est un concept issu du droit de l'Union européenne. En effet, dans les droits nationaux, l'expression « étranger » désigne toute personne qui n'a pas la nationalité de l'État concerné[111], celui qui n'est pas du pays, qui vient d'un autre pays. Ainsi, dans les systèmes juridiques nationaux, l'étranger se définit négativement par opposition aux nationaux. Cette définition semble avoir été remise en cause par le droit de l'Union européenne. En effet, le droit de l'Union européenne crée une troisième catégorie de personne qui n'est « ni tout à fait étrangère, ni tout à fait nationale »[112], le citoyen de l'Union. Autrement dit, l'étranger n'est pas celui qui n'a pas la nationalité du pays d'accueil mais plutôt celui qui n'a la nationalité d'aucun État membre de l'Union, qui a la nationalité d'un État tiers à l'Union ou qui n'a la nationalité d'aucun État (apatride). Du point de vue de l'Union européenne, les citoyens européens doivent être distingués des étrangers. Les premiers

[111] L'article 1er de l'ordonnance du 2 novembre 1945 « sont considérés comme étrangers au sens de la présente ordonnance tous individus qui n'ont pas la nationalité française, soit qu'ils aient une nationalité étrangère, soit qu'ils n'aient pas de nationalité.

[112] GAUTIER Marie, Le droit communautaire, vecteur d'une segmentation du droit, in, Emmanuelle SAULNIER-CASSIA et Vincent TECHEN (dir), Unité du droit des étrangers et égalité de traitement. Variation autour des mutations d'une police administrative, Dalloz, 2009, 42.

bénéficient d'un traitement spécial tel que la non-discrimination en fonction de la nationalité inscrit dans les traités dès 1957[113]. Ainsi, en droit de l'Union européenne, le terme étranger correspond au ressortissant d'un État tiers à l'Union ou celui qui ne possède la nationalité d'aucun État.

Mais à la différence du citoyen européen, défini « comme toute personne ayant la nationalité d'un État membre », les traités ne donnent aucune définition de la notion de ressortissants d'État tiers, pourtant employée aux articles 77 (présentation des politiques migratoires) 78 (asile) 79 (immigration) et 154 (droits des travailleurs) TFUE. Dans le cadre de cette thèse, on entend par ressortissant d'État tiers toute personne dépourvue de la nationalité d'un État membre de l'Union européenne[114].

Il convient également de distinguer certaines notions employées dans notre étude de notions voisines. En ce sens, la notion d'admission au séjour doit être distinguée de la notion d'entrée ou d'accès au territoire[115].

Selon le site du ministère français de l'intérieur, la notion d'admission au séjour correspond « à la délivrance d'un premier titre de séjour pour un motif déterminé, c'est-à-dire à une première comptabilisation statistique, soit pour un étranger qui arrive sur le territoire national (procédure d'introduction) soit pour un étranger déjà présent sur le territoire en situation irrégulière (procédure de régularisation) »[116]. Or, le terme « entrée » ou « accès » est défini comme le fait d'atteindre un lieu, d'y pénétrer. Ainsi, l'admission au séjour intervient après l'accès régulier ou irrégulier au territoire.

B) Délimitation du sujet.

La présente thèse porte sur le statut des ressortissants des États tiers dans les États membres de l'Union européenne. Ce statut est régi par une multitude de normes nationales, internationales et européennes. Certaines de ces normes internationales seront écartées de notre réflexion en raison de leur relative effectivité[117].

---

[113] Article 7 du traité de Rome « dans le domaine d'application du présent traité […] est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité ».
[114] Article 2 du code communautaire des visas.
[115] Sur cette distinction voir, CARLIER Jean-Yves, SAROLEA Sylvie, Droit des étrangers, Larcier, 2016, p.144.
[116] Ministère de l'intérieur et des Outre-Mer, https://www.immigration.interieur-gouv.fr/info-ressources/Etude-et-statistiques/Glossaire/Admission-au-sejour
[117] Notre analyse porte essentiellement sur les sources européennes, la Convention européenne des droits de l'homme et les normes de l'Union européennes.

Il sera question d'étudier le statut juridique (admission, condition de séjour et éloignement) des ressortissants des États tiers dans les États membres de l'Union, au regard des normes nationales, européennes, et internationales pertinentes, notamment la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et a Conv.EDH.

Conformément à la distinction précédemment faite entre l'entrée et l'admission au séjour et en conformité avec l'intitulé de notre sujet, nous écartons de notre analyse les questions relatives à l'entrée des étrangers sur le territoire de l'Union pour nous concentrer sur celles relatives à l'admission au séjour. Le fait d'écarter les questions relatives à l'entrée sur le territoire écarte de facto les questions relatives à l'accès[118] au territoire telles que la politique de visas, la gestion des frontières extérieures.

L'étude des conditions de séjour des ressortissants des États tiers présents dans les États membres de l'Union européenne sera consacrée aux droits socio-économiques, notamment les conditions d'accès à l'exercice d'une activité professionnelle et aux prestations sociales.

Concernant l'éloignement, l'essentiel de l'analyse consistera à déterminer si les droits fondamentaux des intéressés sont respectés en la matière. Nous mettrons un accent particulier sur l'apport de la Cour EDH en matière de protection des droits des étrangers visés par une mesure d'éloignement.

Il sera donc question d'étudier les trois composants du statut des ressortissants des États tiers : les conditions d'admission au séjour, les droits des étrangers présents régulièrement ou irrégulièrement sur le territoire des États membres et les conditions de leur éloignement.

V) Objet de l'étude

Si le statut juridique des ressortissants des États tiers dans l'Union européenne a déjà fait l'objet de plusieurs études juridiques, le sujet est loin d'être épuisé, le droit des étrangers étant un droit très évolutif au gré des changements d'orientation politique, notre recherche tente de contribuer à l'enrichissement des connaissances sur l'évolution actuelle du statut des étrangers dans les États membres de l'Union européenne, tout en mettant un accent particulier sur l'influence des droits fondamentaux en la matière. Elle s'efforce de mieux cerner les interactions et les complémentarités entre les différentes sources nationales et européennes de ce droit.

[118] Sur la question d'accès au territoire, cf, DUMAS Perrine, L'accès des ressortissants des pays tiers au territoire de l'Union européenne, Bruylant, 2013.

Nous n'hésiterons pas à aller à contre-courant des opinions répandues, en particulier l'affirmation selon laquelle les étrangers protégés bénéficieraient de règles favorables d'admission au séjour comparées à la situation des étrangers de droit commun. En effet, la volonté politique de l'Union européenne de substituer une immigration « choisie » à une immigration « subie » a eu pour conséquence de favoriser l'admission de certains migrants économiques, « ordinaires » au détriment des migrants supposés « protégés[119] ».

VI) L'hypothèse de recherche et la problématique.

L'Union européenne s'adresse et s'intéresse avant tout à ses citoyens. La construction d'une politique commune d'asile et d'immigration avait initialement pour seuls objectifs la réalisation des objectifs européens (la réalisation de la libre circulation des personnes, la réalisation d'un espace de liberté, de sécurité et de justice). « Dans ce paradigme ou le citoyen est au centre, le ressortissant d'État tiers n'obtient au mieux que des faveurs et au pire s'avère *personna non grata* sur le territoire européen »[120].

Mais des considérations économiques, démographiques et l'émergence des droits fondamentaux ont nécessité la prise en compte d'autres facteurs dans le traitement de la question migratoire. En analysant l'ordonnancement juridique de l'Union et de ses États membres, on s'aperçoit qu'en matière d'admission au séjour, les considérations économiques et fonctionnelles priment sur des considérations liées au respect des droits fondamentaux. Dit autrement, les ressortissants des pays tiers susceptibles de participer au rayonnement économique de l'Union et de ses États membres bénéficient des conditions plus ou moins favorables d'admission au séjour alors que des conditions restrictives et strictes sont opposées aux étrangers dont le droit de séjour trouve son fondement dans le respect des droits fondamentaux. Dans ce même sens, afin de favoriser la circulation intra-européenne des citoyens de l'Union, les membres de leur famille jouissent des conditions faciles d'admission au séjour.

En matière de condition de séjour, les exigences liées au respect des droits fondamentaux ont largement contribué à l'amélioration du statut juridique des étrangers. En la matière, l'Union promeut et protège des valeurs d'inclusion, d'intégration, de solidarité, en bref, de

[119] ALAUX Jean-Pierre, Immigration subie, xénophobie choisie, interview de Jean-Pierre ALAUX, publiée dans Ecorev, 26 février 2007, http://ecorev.org/article.php3?d_a...
[120] GAZIN Fabienne, Le ressortissant d'État tiers en droit de l'Union européenne, étranger ou personne ? Colloque organisé par la faculté catholique de Lyon, in la notion de personne en droit de l'Union européenne, le 23 mai 2014.

reconnaissance du ressortissant d'un État tiers comme une personne dotée des droits inhérents à sa qualité d'être humain. Mais, il convient de noter que cette amélioration reste relative en matière d'accès aux activités professionnelles et aux prestations de protection sociale. En outre, pour des raisons liées à l'objectif d'intégration, les droits varient en fonction du statut de l'étranger concerné. Par exemple, le ressortissant de pays tiers membre de la famille du citoyen européen n'est pas traité de la même manière que le refugié, de même, le résident de longue durée n'est pas traité de la même manière que le travailleur saisonnier.

Enfin, les droits fondamentaux, notamment les articles 3 et 8 de la Conv EDH, protègent certains étrangers contre les mesures d'éloignement.

Notre thèse tend à démontrer que c'est avant tout en fonction de leurs propres intérêts que l'Union européenne et ses États membres appréhendent le ressortissant d'État tiers mais que cette approche purement « utilitariste » a été encadrée par des considérations liées aux droits fondamentaux.

VII) Méthode de recherche et annonce du plan

Tout au long de la rédaction de la présente thèse, nous avons eu recours à la méthode « exégétique » « analytique » et « casuistique ».

La méthode exégétique nous a permis d'analyser minutieusement les différentes sources nationales et européennes du droit des étrangers.

Le texte de loi n'étant pas suffisant à lui seul, la méthode exégétique a été complétée par la méthode casuistique, qui nous a permis d'analyser les interprétations faites des différentes sources du droit des étrangers par les juges nationaux et européens (Cour EHD et Cour JUE).

Enfin, le recours à la doctrine a été un apport inespéré dans la rédaction de notre thèse.

L'approche retenue conduit à étudier d'abord les conditions d'admission au séjour des ressortissants des États tiers dans les États membres de l'Union européenne ; la modulation de ces conditions en fonction des intérêts de l'Union et de ses États membres permet de constater une approche fragmentée et utilitariste de l'admission au séjour (partie I). Cette partie première se décline en une démonstration visant à montrer que les conditions d'admission au séjour des ressortissants des États tiers dans les États membres de l'Union sont fonction des besoins de l'Union et de ses États membres. En fonction des besoins fonctionnels du marché commun, sécuritaires ou économiques certains ressortissants de pays tiers bénéficient de conditions souples d'admission au séjour. En revanche, des conditions restrictives sont opposées à ceux

dont l'admission au séjour trouve son fondement dans la protection des droits fondamentaux (le regroupement familial et la protection internationale).

La deuxième partie propose d'analyser les droits socio-économiques mais aussi les conditions d'éloignement des ressortissants des États tiers présent dans les États membres de l'Union. Il sera démontré qu'en matière d'accès aux droits socio-économiques, les législations nationales entretenant une discrimination fondée sur la nationalité ont été progressivement écartées par l'émergence de la protection internationale des droits fondamentaux et l'impulsion du droit de l'Union européenne, sans toutefois qu'on puisse parler d'une parfaite égalité de traitement. Enfin, nous démontrerons qu'en matière d'éloignement des étrangers, la recherche d'efficacité dans la lutte contre l'immigration irrégulière et le séjour irrégulier laisse peu de place au respect des droits fondamentaux. Dans une telle circonstance, la Conv. EDH apparait comme une protection supplémentaire au profit des intéressés.

PARTIE I.

L'APPROCHE FRAGMENTEE DE l'ADMISSION AU SEJOUR DES RESSORTISSANTS D'ETATS TIERS

PARTIE II.

LE STATUT JURIDIQUE AMBIVALENT ET CATEGORISE DES RESSORTISSANTS DES PAYS TIERS PRESENTS SUR LE TERRITOIRE DES ÉTATS MEMBRES DE L'UNION EUROPEENNE

PARTIE I.
L'APPROCHE FRAGMENTEE DE L'ADMISSION AU SEJOUR DES RESSORTISSANTS D'ÉTATS TIERS

Les fondements de l'admission au séjour des ressortissants des pays tiers dans les États membres de l'Union européenne sont multiples. Les règles d'admission varient en fonction de la catégorie à laquelle appartient l'intéressé. Si la catégorisation est, de façon générale, une opération indispensable à l'application de toute règle de droit[121], l'opération de catégorisation n'est pas une opération neutre en droit des étrangers,[122] comme l'indique Ségolène Barbou des Places. Selon l'auteure, la multiplication des catégories juridiques[123] de migrants « est un outil privilégié de la politique de contrôle des étrangers »[124], tant en droit français qu'en droit de l'Union européenne.[125]

En droit de l'Union européenne, les catégories sont multiples et à chaque catégorie correspond des conditions propres d'admission au séjour.

« La multiplication des statuts des ressortissants de pays tiers révèle une logique de contrôle des migrants, marquée par des intentions économique et sécuritaire. Ces objectifs se doublent néanmoins d'une tendance autre, inspirée par la charte européenne des droits fondamentaux et

[121] TERRE François, « L'opération de catégorisation », In BLOCH Pascale, DUVERT Cyrile et SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, Différenciation et indifférenciation des personnes dans le code civil, Economica, 2006, p.4 ; COHEN Dany, Catégorie de personnes, égalité et différenciation, In BLOCH Pascale, DUVERT Cyrille et SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, Différenciation et indifférenciation des personnes dans le code civil, Economica, 2006, p.91.

[122] BARBOU DES PLACES Ségolène, La catégorie en droit des étrangers : une technique au service d'une politique de contrôle des étrangers », Revue Asylon (s), n° 4 mai 2008.

[123] Les catégories juridiques d'étrangers sont définies comme les classes ou ensemble de personnes étrangères regroupées sous une dénomination commune aux fins d'application d'un statut juridique ».

[124] Ibid.

[125] GAUTIER Marie, Le droit communautaire, vecteur d'une segmentation du droit, in SAULNIER-CASSIA Emmanuel et TCHEN Vincent (dir), Unité du droit des étrangers et égalité de traitement. Variation autour des mutations d'une police administrative, Dalloz, 2009, p.45. « Le droit communautaire impose […] une segmentation des étrangers non communautaires. Certes, une telle catégorisation n'a en soit rien de bien original. Le droit interne des étrangers repose rarement sur une appréhension homogène des étrangers et le droit français distingue par exemple les algériens ou tunisiens qui ne relèvent pas du droit commun mais des textes particuliers et traite différemment les étrangers dans les territoires non métropolitain. Mais ce qu'il convient de souligner ici, c'est ce que le droit communautaire ajoute ses propres catégories et accroit ainsi la segmentation ».

plus généralement par une volonté de reconnaitre, accueillir ou protéger le ressortissant de pays tiers par-delà des catégories qui séparent, c'est-à-dire dans sa dimension humaine [126] ».

Ainsi, l'étude du statut d'admission au séjour des ressortissants des pays tiers dans l'Union impose de distinguer trois catégories : les ressortissants de pays tiers membres de la famille du citoyen européen, ceux dont le droit de séjour trouve son fondement dans la protection d'un droit fondamental et les travailleurs étrangers dont l'Union et ses États membres ont besoin.

Il résulte de l'analyse des normes de l'Union européenne relatives à l'admission au séjour des étrangers que les ressortissants de pays tiers membres de la famille du citoyen européen et ceux relevant des catégories considérées comme utiles bénéficient des conditions plus ou moins souples d'admission au séjour. A l'inverse, des conditions restrictives sont opposées aux étrangers dont l'admission trouve son fondement dans le respect des droits fondamentaux. Comme l'écrit Marie-Laure Basilien-Gainche, « les États européens cherchent à se protéger de ceux qui ont besoin de protection[127]

En matière d'admission au séjour des ressortissants des États tiers, le dispositif européen est basé ces trois considérations : la garantie de la mobilité des citoyens de l'Union à laquelle s'est ajoutée la protection des droits attachés à la citoyenneté européenne (les ressortissants des États tiers membres de la famille du citoyen européen), la volonté d'assurer les droits fondamentaux de certaines catégories de ressortissants de pays tiers (les étrangers protégés) et le désir de l'Union d'attirer certaines catégories de ressortissants des États tiers sur son territoire (les travailleurs, les chercheurs et les étudiants sont considérés comme un capital humain, de facteur de croissance économique)[128].

A chacune de ces catégories, correspond des conditions propres d'admission au séjour. Ainsi, on s'aperçoit que l'entrée et le séjour des ressortissants des Etats tiers dans les Etats membres de l'Union européenne n'obéissent pas à un régime monolithique mais à un régime pluraliste résultant des catégories. En effet, le régime d'admission au séjour dépend de la catégorie à laquelle appartient l'étranger qui souhaite s'établir dans un Etat membre de l'Union.

---

[126] GAZIN Fabienne, Le ressortissant d'État tiers en droit de l'Union européenne : étranger ou personne ? Approche utilitariste ou axiologique du ressortissant d'État tiers, in CANNARSA Michel (dir), la notion de personne en droit de l'Union européenne, 2014, P.15.

[127] BASILIEN-GAINCHE Marie-Laure, Union européenne et demande de protection : le renversement des maux, in FERNANDEZ Julien, LALY-CHEVALIER Caroline, Droit d'asile : état des lieux et perspectives, Pedone, 2015, P. 33-42.

[128] JAULT-SESEKE Fabienne, CORNELOUP Sabine, BARBOU DES PLACES Ségolène, Droit de la nationalité et des étrangers, Thémis, Puf, 2015, p.245.

Dans cette première partie, nous verrons que les durcissements ou les assouplissements des conditions d'admission au séjour des ressortissants des États tiers dépendent principalement des intérêts de l'Union et de ses États membres. L'approche utilitariste du ressortissant de pays tiers s'est traduite sur le plan normatif par la mise en place des conditions faciles d'admission au séjour (titre II). De la même manière, la volonté de ne pas entraver la libre circulation du citoyen de l'Union a conduit à reconnaitre un droit de séjour dérivé aux membres de sa famille, quelle que soit leur nationalité. Au même moment, des conditions restrictives sont opposées aux étrangers protégés (titre I). N'est-ce pas là la réalité de la dichotomie « immigration choisie ou voulue » et « immigration subie » ?

TITRE I.
DES CONSIDERATIONS FONCTIONNELLES ET HUMANISTES EN FAVEUR DE L'ADMISSION AU SEJOUR DES RESSORTISSANTS D'ETATS TIERS

La volonté d'éliminer les obstacles à la libre circulation des citoyens européens a été le vecteur de la reconnaissance d'un droit de séjour au profit de certains ressortissants d'Etats tiers, membres de la famille des citoyens de l'Union. Ce droit de séjour dérivé était exclusivement réservé aux membres de la famille du citoyen ayant fait usage de son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres (critère d'extranéité, critère de rattachement au droit de l'Union). Progressivement, dans l'optique de protéger les droits attachés à la citoyenneté, il a été étendu, à certaines conditions, aux membres de la famille du citoyen en l'absence de toute situation de mobilité (chapitre I).

Au-delà de la protection des droits des citoyens européens, la volonté de protéger les droits fondamentaux des ressortissants des pays tiers établis ou non sur le territoire des Etats membres de l'Union européenne a été à l'origine de la reconnaissance d'un droit de séjour à leur profit. Il s'agit d'une part, du droit des membres de la famille de ressortissants de pays tiers résidant légalement sur le territoire des Etats membres de l'Union européenne de se regrouper s'ils remplissent les conditions prévues par la directive 2003/86 CE et, d'autre part, celui des bénéficiaires d'une forme de protection internationale de ne pas faire l'objet d'un refoulement incompatible avec la convention de Genève, la Conv. EDH, et le droit de l'Union (chapitre II).

Chapitre I.

LA RECONNAISSANCE D'UN DROIT DE SEJOUR AU PROFIT DES RESSORTISSANTS DES ETATS TIERS AFIN DE PROTEGER LES DROITS DU CITOYEN EUROPEEN

Les migrations intra européennes sont une partie intégrante de l'identité de l'Union européenne. L'encouragement des flux migratoires internes est en effet au cœur du projet européen et ce caractère transnational demeure au cœur de la notion de citoyenneté européenne.[129] Afin d'encourager cette migration interne, un droit de séjour dérivé a été reconnu aux membres de la famille du citoyen européen ayant fait usage de son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres. Le droit de séjour dérivé des membres de la famille, initialement subordonné à l'existence d'un lien de rattachement avec le droit de l'Union (circulation intra européenne), a été étendu par la Cour de justice de l'UE à des situations à priori purement internes, en vue de protéger la jouissance par le citoyen de l'Union de l'essentiel des droits attachés à son statut. L'État de provenance du membre de la famille est sans incidence sur la reconnaissance du droit de séjour dérivé. Celui-ci peut rejoindre le citoyen de l'Union en provenance d'un autre État membre de l'Union ou d'un État tiers.

En effet, dans le premier cas, il s'agit d'éliminer les obstacles à la libre circulation des citoyens européens (section 1), alors que dans le second, il s'agit d'éviter que le citoyen soit privé de la jouissance effective des droits attachés à son statut (section II). La volonté de protéger le membre de la famille du citoyen européen se prolonge après la dissolution des liens familiaux (section III).

Section I. Les droits dérivés des membres de la famille du citoyen européen, outil d'accompagnement des mouvements migratoires[130]

L'action de l'ancienne Communauté européenne, aujourd'hui l'Union européenne, comporte l'abolition entre les Etats membres des obstacles à la libre circulation des personnes. L'un des obstacles à la libre circulation des personnes résulte de l'impossibilité pour celui qui exerce ce droit de se faire accompagner ou rejoindre par les membres de sa famille, quelle que soit leur nationalité. C'est dans le but d'éliminer cet obstacle, qu'a été reconnu un droit de séjour dérivé aux membres de la famille du citoyen européen faisant usage de son droit de circuler

[129] AZOULAI Loic « Transfiguring European Citizenship : forum Member state territory to Union territory », in D. Kochenov (ed), UE Citizenship and Federalism: The role of rights, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp 178-203, p, 179.
[130] TURMO Araceli, Les droits dérivés de la famille du citoyen européen, outil d'accompagnement des mouvements migratoires, op cit, note 31.

librement[131]. C'est ainsi que le considérant n° 5 du règlement n° 1612/68[132] affirmait que « le droit de libre circulation exige, pour qu'il puisse s'exercer dans des conditions objectives de liberté et de dignité […] que soient éliminés les obstacles qui s'opposent à la mobilité des travailleurs notamment en ce qui concerne le droit pour le travailleur de se faire rejoindre par sa famille, et les conditions d'intégration de cette famille dans le milieu du pays d'accueil »[133]. Ainsi, ce règlement n'envisageait un droit de séjour dérivé pour les membres de la famille du citoyen européen que dans un Etat membre autre que celui dont le citoyen a la nationalité. Cela résultait clairement de l'article 10 du règlement n° 1612/68 CE qui disposait que « ont le droit de s'installer avec le travailleur ressortissant d'un Etat membre employé sur le territoire d'un autre Etat membre, quelle que soit leur nationalité… »[134]. La directive 73/148 CE du 21 mai 1973 régissait les conditions d'entrée et de séjour des travailleurs indépendants ou prestataires de services et les membres de leur famille.[135]

Dans la conception initiale du marché commun, les libertés de circulation consacrées par les traités étaient celles des agents économiques et des membres de leur famille, quelle que soit leur nationalité.[136] Avant le traité de Maastricht, il s'agissait d'une approche sectorielle de la libre circulation. En effet, de nombreux textes régissaient les questions d'accès et de séjour des agents économiques et des membres de leur famille sur le territoire des Etats membres et le régime variait selon le statut de l'agent économique concerné[137]. Un changement de perspective a lieu en 1992 lorsque la liberté de circulation a été élevée[138] au rang d'attribut de la citoyenneté

[131] PAILLER Ludovic, La famille du citoyen européen : l'émergence d'une famille fonctionnelle du citoyen de l'Union européen, in FULCHIRON Hugues, La famille du migrant, LexisNexis, 2020, p. 5-17, p. 5, « la citoyenneté de l'Union européenne confère aux ressortissants des États membres le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire de ces derniers. Pour que ces droits puissent s'exercer dans des conditions objectives de liberté et de dignité, le législateur de l'Union a rapidement permis à la famille du travailleur puis du citoyen de l'accompagner et de le rejoindre. De la sorte, la libre circulation est devenue un droit fondamental du citoyen de l'Union et des membres de sa famille ».

[132] Règlement 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté.

[133] Considérant numéro 5 du préambule du règlement n° 1612/68 du conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la communauté.

[134] Article 10 du règlement n° 1612/68 du conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la communauté.

[135] Article 1er .c de la directive du conseil du 21 mai 1973, relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants des Etats membres à l'intérieur de la communauté en matière d'établissement et de prestation de service.

[136] Les articles 48 et 59 CEE ; CARLIER Jean-Yves, Les bénéficiaires et les exclus de la libre circulation des personnes, In LECLERC Stéphane, La libre circulation des personnes dans l'Union européenne, Bruyant 2009, P. 17.

[137] Le règlement n° 1612/68 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, la directive 73/148/CE du 21 mai 1973, relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants des États membres à l'intérieur de la Communauté en matière d'établissement et de prestations de services.

[138] BURGON Caroline, Le regroupement familial, échec d'une harmonisation des règles à l'échelle européenne, In ICARD Philippe, Les flux migratoires au sein de l'Union européenne, Bruylant, 2017, p. 80.

européenne, instaurée par le traité de Maastricht. Sur le fondement des articles 17 et 18 CE, tout citoyen acquiert le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres. En vue de dépasser l'approche sectorielle et fragmentaire du droit de circuler et de séjourner librement et dans le but de faciliter l'exercice de ce droit, la directive 2004/38 CE du 29 avril 2004 est venue modifier le règlement n° 1612/68 et abroger les directives antérieures. Dans la même optique, le règlement n° 492/2011 du 5 avril 2011, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union européen s'est substitué au règlement 1612/68.

La reconnaissance d'un droit de séjour dérivé au profit des membres de la famille du citoyen européen est soumise à certaines conditions, notamment la migration du citoyen d'un Etat membre à un autre et, en premier lieu naturellement, la qualité de membre de la famille. Autrement dit, l'usage par le citoyen de sa liberté de circulation est le critère de rattachement au droit européen. Dans le cas contraire, la situation est, en principe, jugée purement interne et rattachée au droit national.

Si, à première vue, les dispositions semblaient viser le droit de séjour dérivé du membre de la famille dans un État membre autre que celui dont le citoyen a la nationalité (paragraphe I), la Cour de justice a pu considérer qu'un droit de séjour dérivé doit également être reconnu lorsque le citoyen retourne dans son pays d'origine après avoir exercé son droit à la libre circulation (paragraphe II).

§ I. Le droit de séjour dérivé des membres de la famille du citoyen européen dans un État membre d'accueil

L'admission au séjour des ressortissants de pays tiers membres de la famille du citoyen européen au titre de la libre circulation des personnes est subordonnée à certaines conditions basées principalement sur le citoyen européen lui-même. Il s'agit avant tout d'avoir la qualité de membre de la famille du citoyen ayant fait usage de son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres. Or, cette notion de membre de la famille de citoyen européen ne renferme pas une catégorie uniforme de personnes (A). De surcroit, les conditions d'admission des membres de la famille varient selon le statut d'actif ou non actif du citoyen européen, bénéficiaire du droit de séjour à titre principal[139] (B).

[139] CJCE, 5 juillet 1984, Mead, aff. C-238/83, point 7 et 8.

A. L'ambivalence de la notion de membre de la famille du citoyen européen bénéficiaire du droit de séjour dérivé

Le droit de l'union européenne catégorise les ressortissants des Etats tiers, membres de la famille du citoyen européen, pouvant prétendre au bénéfice d'un droit de séjour dérivé. Cette catégorisation est faite selon la proximité du lien unissant le membre de la famille au citoyen. Nous avons, d'une part, les membres de la famille bénéficiaire d'un droit de séjour dérivé (1) et, d'autre part, les membres de la famille dont le séjour doit être favorisé (2).

1) Les ressortissants d'Etats tiers bénéficiaires d'un droit de séjour dérivé

Les membres de la famille du citoyen européen bénéficiaires d'un droit de séjour dérivé sont énumérés à l'article 2 de la directive 2004/38. Sont visés, le conjoint, le partenaire avec lequel le citoyen a contracté un partenariat enregistré sur la base de la législation d'un État membre si le partenariat est considéré comme équivalent au mariage dans l'État membre d'accueil, les descendants directs de moins de vingt-un ans ou à charge du citoyen et ceux de son conjoint ou partenaire, les ascendants à charge du citoyen et ceux de son conjoint ou partenaire.

Les notions de conjoint et partenaire n'ont fait l'objet d'aucune définition dans la directive 2004/38. Il a fallu l'intervention de la Cour de justice pour préciser ces notions (a).

Concernant les ascendants, la condition d'être « « à charge » est au cœur de la reconnaissance du droit de séjour dérivé. Cette notion a fait l'objet d'une interprétation favorable aux ressortissants des États tiers, ascendant de citoyen européen[140] (b).

a. La notion de conjoint et de partenaire du citoyen européen

Si la directive 2004/38 CE reconnait un droit de séjour dérivé au conjoint et au partenaire du citoyen ayant fait usage de son droit de circuler et de séjourner librement, elle ne définit aucune de ces notions. Toutefois, conformément à la jurisprudence de la Cour, la notion de conjoint semble viser les couples mariés[141] et non divorcés.

Il est vrai que la notion de conjoint renvoie, à priori, aux couples mariés, mais les conditions du mariage varient sensiblement selon les États. Alors que certains Etats membres reconnaissent

[140] CJUE, Assemblée plénière, 19 octobre 2004, Zhu et Chen, aff. C-2000/02 ; CJUE, 2 octobre 2019, Ermira Bajratari, aff. C-93/18.
[141] CJCE, 17 avril 1986, aff. C-59/85.

le mariage entre les personnes de même sexe, d'autres ne le reconnaissent pas. Autrement dit, dans certains Etats membres de l'Union européenne, le mariage est l'union entre une femme et un homme alors que dans d'autres Etat membres, il peut s'agir d'une union entre des personnes de même sexe. Cette divergence entre les législations nationales des Etats membres était susceptible d'avoir des influences sur le droit de séjour dérivé du conjoint ressortissant de pays tiers. La question est concrètement de savoir si le mariage entre personnes de même sexe, célébré dans un Etat membre de l'Union européenne conformément à sa législation nationale, est susceptible de produire ses effets dans un autre Etat membre qui ne reconnait pas ce type de mariage.

L'hypothèse est la suivante. Un ressortissant de pays tiers, marié à un citoyen de l'Union de même sexe, conformément à la législation du lieu de la célébration du mariage, peut-il être considéré comme membre de la famille dans les États membres qui ne reconnaissent pas le mariage entre personnes de même sexe ? La non-reconnaissance du conjoint de même sexe en tant que membre de la famille du citoyen conduit logiquement au refus du droit de séjour dérivé[142]. Cette question présente toute son importance lorsque le conjoint en question est ressortissant d'un État tiers. En 2004, avant l'adoption de la directive 2004/38, le ¨Parlement proposait d'adopter une définition extensive de la notion de conjoint, de telle sorte à y intégrer des personnes de même sexe[143]. A cette proposition, la Commission opposait le manque de compétence de l'Union pour imposer aux États membres une conception spécifique de la famille[144]. Elle affirmait clairement que « le terme mariage, selon la définition communément admise par les États membres, désigne une union entre personnes de sexe différent […] sauf évolution future ». Ainsi s'observait une difficulté liée à la notion de conjoint. Dans une telle situation, Contança Urbano de Sousa considérait que seuls les États membres qui reconnaissent le mariage entre les personnes de sexe étaient dans l'obligation de reconnaitre le conjoint de même sexe comme membre de la famille du citoyen[145]. Selon elle, cette solution « est imposée par l'analogie des situations, démontrée par l'existence d'éléments communs, notamment la participation directe ou indirecte de l'État à la formalisation de l'Union[146] ». A contrario, les

[142] URBANO DE SOUSA Constança, Le droit des membres de la famille du citoyen de l'Union européenne de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres, dans la directive 2004/38/CE, in CARLIER Jean-Yves, GUILD Elspeth, L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'U.E, volume 2, Bruylant, 2006, p. 104.
[143] Résolution du Parlement européen du 11 février 2003, JOCE, C 43-E, du 19 février 2004, p.42.
[144] COM (2003) 199 final, du 15 avril 2003, p.3.
[145] URBANO DE SOUSA Constança, Le droit des membres de la famille du citoyen de l'Union européenne de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres, dans la directive 2004/38/CE, op, cit, note 85.
[146] URBANO DE SOUSA Constança, Le droit des membres de la famille du citoyen de l'Union européenne de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres, dans la directive 2004/38/CE, op cit, note 85.

États qui ne reconnaissent pas ce type de mariage ne seraient pas dans l'obligation de considérer le conjoint de même sexe comme membre de la famille du citoyen. Si cette solution semblait cohérente, elle ne correspond pas à celle qui a été ultérieurement admise par la Cour de JUE.

L'arrêt *Coman* du 18 juin 2018 a apporté une solution à ce problème. Dans cet arrêt, la Cour a jugé que les États membres ne peuvent pas entraver la libre circulation du citoyen européen en refusant d'accorder un droit de séjour dérivé au conjoint de même sexe, ressortissant de pays tiers, même si la législation nationale de l'État membre concerné ne reconnait pas le mariage entre personne de même sexe[147]. Dans son argumentation, la Cour reconnait que l'état des personnes, dont relève les règles relatives au mariage, est une matière relevant de la compétence des Etats membres et que le droit de l'union ne porte pas atteinte à cette compétence[148]. Cependant, si les Etats membres sont libres de prévoir ou non le mariage entre personnes de même sexe, ils doivent, dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit de l'Union et en particulier, les dispositions du traité relative à la liberté reconnue à tout citoyen de l'union de circuler et de séjourner sur le territoire des Etats membres. [149] Laisser aux Etats membres la possibilité de donner une conception nationale de la notion de conjoint aurait pour effet de soumettre le bénéfice du droit de séjour dérivé des membres de la famille du citoyen européen à des conditions variables selon les droits nationaux. En vue d'éviter cette situation de divergences nationales sur la notion de conjoint, la Cour de justice considère que la notion de conjoint prévue par la directive 2004/38 est neutre du point de vue du genre et est susceptible d'englober le conjoint de même sexe que le citoyen de l'Union concerné. Ainsi, on assiste à une uniformisation de la notion de conjoint dans les Etats membres de l'Union européenne, mais seulement dans le cadre de l'exercice du droit à la libre circulation par le citoyen de l'Union. Autrement dit, lorsque le citoyen européen exerce son droit à la libre circulation et de séjour, la notion de conjoint englobe tout type de mariage célébré conformément à la législation d'un Etat membre. La notion de conjoint est ainsi plus large pour les citoyens européens ayant exercé leur droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres.

Il convient également de s'interroger sur la reconnaissance d'un mariage homosexuel célébré dans un État tiers. En effet, dans ses conclusions, l'Avocat général Melchior Wathele insistait sur le fait que la notion de « conjoint », telle qu'issue de la directive, est indépendante de l'endroit où le mariage a été conclu. Or, la Cour, dans son jugement, se réfère aux mariages

[147] CJUE, 5 juin 2018, Coman, aff. C-673/16, point 40.
[148] Ibid., Point 37.
[149] Ibid., point 38.

conclus dans un État membre, conformément à sa législation. Est-ce à dire que les mariages entre personnes de même sexe, célébrés dans un État tiers, conformément à sa législation, ne bénéficieront pas du principe posé dans l'arrêt *Coman*[150] ?

Si la notion de conjoint a été qualifiée de notion « autonome », « neutre » du point de vue du genre au sens de la directive, s'agissant de la notion de partenaire, la directive renvoie clairement aux législations nationales. L'inclusion du partenaire enregistré dans la notion de membre de la famille est une innovation de la directive 2004/38[151].

Pour que le partenaire, ressortissant d'État tiers, du citoyen européen puisse prétendre à un droit de séjour dérivé, la directive prévoit deux conditions cumulatives : le partenariat doit être célébré conformément à la législation d'un État membre, et doit être considéré comme équivalent au mariage dans l'État membre d'accueil.

Cette condition de l'équivalence du partenariat au mariage et ce renvoi à la législation pertinente de l'Etat membre d'accueil engendrent les mêmes difficultés que celles résolues dans l'arrêt de la Cour JUE du 5 juin 2018, c'est dire, la variabilité des conditions d'admission au séjour des ressortissants des Etats tiers, partenaires d'un citoyen européen ayant fait usage de son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres. Le droit de séjour dérivé de ces étrangers, dépendra, d'une part, de l'Etat membre dans lequel le partenariat a été contracté et, d'autre part, de l'Etat membre dans lequel le citoyen entend se rendre ou séjourner. Le caractère fondamental du droit pour le citoyen européen de circuler et de séjourner librement dans les États membres devrait permettre de résoudre ce problème, en soumettant l'admission au séjour du partenaire du citoyen européen aux mêmes conditions que celles du conjoint. C'est l'hypothèse du partenariat enregistré entre un citoyen européen et un ressortissant d'Etat tiers, célébré dans un Etat membre, conformément à sa législation nationale et désirant se rendre dans un autre Etat membre. En raison du renvoi à la législation nationale de l'Etat membre d'accueil, le ressortissant d'Etat tiers, partenaire du citoyen européen, ne pourra prétendre à la qualité de membre de la famille visé à l'article 2 de la directive 2004/38 et par conséquent bénéficier du droit de séjour dérivé si la législation nationale de l'Etat membre d'accueil ne considère pas le partenariat enregistré comme équivalent au mariage. Ainsi, on s'aperçoit que le renvoi à la législation nationale de l'Etat membre d'accueil est susceptible de restreindre considérablement la liberté de circulation des citoyens européens liés à un ressortissant de pays tiers par le

[150] BENOIT-ROHMER Florence, Liberté, respect de la vie privée et familiale, RTD Euro, 2019, 391 https://www-dalloz-fr.faraway.parisnanterre.fr/documentation/Document?id=RTDEUR/CHRON/2019/0426.
[151] L'article 10 du règlement 1612/68 ne visait pas le partenaire.

partenariat enregistré. Or, l'un des objectifs de la directive 2004/38 CE est de faciliter l'exercice de ce droit[152] pour tout citoyen de l'Union.

A titre d'illustration, dans un arrêt du Conseil d'Etat français du 22 octobre 2018[153], la question était posée de savoir si le pacte civil de solidarité pouvait être considéré comme un partenariat enregistré, équivalent au mariage, et justifiant un droit de séjour dérivé en faveur du partenaire, ressortissant d'État tiers, d'un citoyen européen.

Le conseil d'Etat a considéré que le pacte civil de solidarité n'est pas équivalent au mariage et par conséquent ne permet pas la délivrance automatique d'un droit de séjour au ressortissant d'Etat tiers lié à un citoyen européen par ce lien juridique. Il conclut que le législateur national a entendu dissocier les deux unions en établissant un régime différent[154]. Or, si le citoyen en question s'était établi dans un autre Etat membre où le partenariat est considéré comme équivalent au mariage, son partenaire aurait pu acquérir la qualité de membre de la famille du citoyen européen visé à l'article 2 de la directive 2004/38 CE, et par conséquent, bénéficier d'un droit de séjour dérivé sur le fondement de ladite directive. Afin d'éliminer cet obstacle, l'article 2. 2 a de la directive 2004/38 CE devrait être écrit de la manière suivante : « le partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a contracté un partenariat enregistré, sur la base de la législation d'un Etat membre, doit être considéré comme membre de la famille dudit citoyen et bénéficié d'un droit de séjour dérivé dans tout Etat membre d'accueil ».

Il convient également de noter que l'admission au séjour du conjoint n'est subordonnée à aucune condition de séjour préalable, ni dans l'État membre d'accueil, ni dans l'État de provenance du citoyen[155]. Autrement dit, la directive n'établit pas de distinction selon que le ressortissant du pays tiers, conjoint du citoyen européen, a ou non déjà séjourné légalement dans un autre Etat membre pour pouvoir prétendre au bénéfice du droit de séjour dérivé dans l'Etat membre d'accueil. La directive ne fait également aucune référence au lieu de célébration du mariage[156]. De la même manière, le moment de la constitution de la famille importe peu[157].

[152] Considérant numéro du préambule de la directive 2004/38 CE.
[153] CE, 22 octobre 2018, n° 407687.
[154] CE 22 octobre 2018, n° 407687, Mme D.
[155] CJUE, 25 juillet 2008, Metock, C-127/08, point 49.
[156] Ibid.
[157] Ibid. point 87.

Certes, cette solution est favorable aux ressortissants de pays tiers membres de la famille du citoyen européen, mais elle est fondée exclusivement sur la volonté de favoriser la libre circulation des citoyens de l'Union.

La volonté de donner un effet utile aux dispositions de la directive 2004/38 CE a également conduit la Cour à ne pas subordonner le droit de séjour dérivé des membres de la famille à leur date d'arrivée sur le territoire de l'Etat membre d'accueil. Autrement dit, les Etats membres ne peuvent pas refuser de reconnaitre la qualité de membre de la famille au motif que l'intéressé était présent sur le territoire de l'État membre d'accueil avant l'installation du citoyen[158].

Quant aux membres de la famille du citoyen européen binational, ils sont traités différemment selon que le citoyen a fait ou non usage de son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres. En effet, les décisions de la Cour de justice, en la matière, sont fondées sur une appréciation du passé du citoyen de l'Union européenne plutôt que sur la réalité de sa situation actuelle. Deux arrêts de la Cour de justice permettent de rendre compte de cette différence de traitement des citoyens européens possédant la nationalité de deux Etats membres. Dans l'affaire McCarthy, la demanderesse au principal était née et avait toujours résidé au Royaume-Uni, dont elle avait la nationalité, mais possédait également la nationalité irlandaise. La motivation de l'arrêt affirme clairement que « la jouissance par un citoyen de l'union de la nationalité de plus d'un Etat membre ne signifie pas pour autant qu'il ait fait usage de son droit de libre circulation » [159]ce qui fonde l'impossibilité d'appliquer la directive 2004/38 CE. En revanche, selon la Cour, « la situation d'un citoyen de l'Union qui n'a pas fait usage du droit de libre circulation ne saurait, de ce seul fait, être assimilée à une situation purement interne »[160]. Cette formule permet à la Cour de justice de rattacher l'affaire au droit de l'Union. Néanmoins, bien que l'article 21 TFUE soit applicable à l'affaire au principal, il ne fonde pas un droit de séjour dérivé au profit des membres de sa famille, car la mesure nationale en cause n'a aucun impact sur la capacité de la demanderesse à exercer son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres et ne la prive pas de « la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés » par le statut de citoyen de l'Union[161]. Or, dans l'affaire *Lounès* du 14 novembre 2017, la Cour de justice s'est basée sur l'exercice passé de la liberté de circulation pour rendre une solution différente. En l'espèce, la demanderesse au principal a, à la fois, la nationalité britannique et espagnole, et son conjoint cherchait à obtenir

[158] Ibid.
[159] CJUE, 5 mai 2011, McCarthy, point 41.
[160] Point 46
[161] Point 49 et 54

une carte de séjour en tant que membre de la famille d'une citoyenne européenne. Les autorités britanniques avaient rejeté cette demande en évoquant l'arrêt *McCarthy*. Toutefois, la Cour de justice a estimé qu'une différence essentielle existait entre les deux affaires et modifiait significativement la situation juridique au regard des droits au regroupement familial fondé sur la liberté de circulation. Selon la Cour, le fait que Mme *Ormazabal* n'ait pas toujours résidé au Royaume-Uni et avait été naturalisée britannique plusieurs années après son arrivée dans cet Etat membre, rend sa situation incomparable à celle de McCarthy mais seulement à certains égard. En effet, la Cour considère que le fait d'acquérir la nationalité de l'Etat membre d'accueil entraine un changement de régime juridique au regard du droit national et du droit de l'Union, et implique notamment l'inapplicabilité de la directive 2004/38 CE. Cependant, l'exercice passé de la liberté de circulation est pris en compte, car il permet à la Cour d'appliquer l'article 21 TFUE. Selon la Cour, un citoyen de l'Union qui possède la nationalité de deux Etats membres et a, en sa qualité de citoyen de l'Union, exercé sa liberté de circulation et de séjourner dans un Etat membre autre que son Etat membre d'origine, peut se prévaloir des droits afférents à cette qualité… y compris à l'égard de l'un de ces deux Etats membres[162]. Parmi ces droits, le citoyen de l'Union jouit d'un droit à une vie familiale normale qui fonde l'obtention d'un droit de séjour dérivé pour les membres de sa famille, dans les conditions posées dans la directive 2004/38 appliquées par analogie. Ainsi, on s'aperçoit que le critère d'application du droit de l'Union européenne en matière de droit dérivé des membres de la famille du citoyen européen n'est pas la double nationalité, mais plutôt l'exercice par le binational de sa liberté de circulation et de séjour dans l'un des Etats membres.

b. Les ascendants et descendants directs du citoyen et de ceux son conjoint ou partenaire

Les ascendants et les descendants directs du citoyen et ceux de son conjoint ou partenaire sont également bénéficiaires d'un droit de séjour dérivé. Les descendants doivent avoir moins de vingt et un ans ou être à charge.

Concernant les descendants du citoyen de l'Union, la directive 2004/38 est restée en deçà de ce qui avait été proposé par la Commission et le Parlement européen. Ces institutions avaient proposé un droit de séjour dérivé en faveur des descendants, indépendamment de leur âge ou du fait qu'ils soient ou non à charge du citoyen[163].

[162] CJUE, 14 novembre 2017, Lounes, aff. C-165/16 point 51.
[163] URBANO DE SOUSA Constança, op cit. note 19.

En définitive, la directive établit un traitement différencié selon l'âge ou la situation financière du descendant. En effet, Si aucune condition de dépendance ne peut être opposée aux descendants de moins de vingt et un ans, ceux de plus de vingt et un ans doivent être à charge pour pouvoir prétendre à un droit de séjour dérivé.

Concernant, les ascendants, si les textes semblaient exiger que l'ascendant soit à charge du titulaire du droit de séjour à titre principal, dans l'affaire *Zhu* et *Chen* du 19 octobre 2004[164], c'est exactement la situation inverse qui s'était présentée (le regroupement familial inversé). Dit autrement, c'est le citoyen de l'Union qui se trouvait à charge de son ascendant, ressortissant de pays tiers. Dans une telle situation, la Cour a considéré que l'ascendant qui assume la charge du citoyen européen en bas âge, ne saurait sur le fondement de la directive 90/364 (texte applicable à l'époque) se prévaloir de la qualité d'ascendant à charge en vue d'obtenir un droit de séjour dérivé[165]. Toutefois, en se fondant sur l'effet utile des dispositions relatives à la libre circulation des citoyens de l'Union, la Cour a considéré que le refus de reconnaitre au parent, ressortissant d'un État tiers, qui a effectivement la garde d'un enfant qui a fait usage de son droit de circuler et de séjourner librement dans les États membres, priverait de tout effet utile le droit de séjour de ce dernier[166]. Cette solution tendait à favoriser l'admission au séjour des ressortissants des pays tiers membres de la famille du citoyen européen. Allant dans le même sens, dans un arrêt du 2 octobre 2019[167], la Cour a considéré que le revenu tiré d'un emploi illégal par l'ascendant du citoyen européen en bas âge pouvait constituer de ressources suffisantes pour ce dernier. En l'espèce, la requérante, Madame *Bajratari* de nationalité irlandaise, résidait en Irlande du nord depuis 2012 avec ses trois enfants, nés dans cet État, dont deux avaient un certificat de nationalité irlandaise. Son mari, également de nationalité albanaise, résidant en Irlande du nord depuis 2009, était titulaire d'une carte de séjour l'autorisant à résider au Royaume-Uni. Cette carte de séjour lui avait été délivrée sur le fondement de sa relation antérieure avec une ressortissante du Royaume-Uni. En 2014, les autorités compétentes ont refusé de renouveler ladite carte. En dépit du refus de renouvellement de sa carte de séjour, l'intéressé à continuer à exercer différentes activités professionnelles pour subvenir au besoin de sa famille. Ses activités professionnelles ont été qualifiées d'illégales dans la mesure où il ne disposait plus de titre de séjour ni de permis de travail. Il est également observé qu'aucun membre de sa famille n'avait résidé dans un autre État membre de l'Union et

[164] CJUE, 19 octobre 2004, Zhu et Chen, aff. C- 200/02
[165] Ibid. point 44.
[166] Ibid. point 45.
[167] CJUE, 2 octobre 2019, Ermira Bajratari, aff. C-93/18, point 33.

que les seules ressources dont disposait la famille étaient celles de Monsieur *Bajratari*. Le 9 septembre 2013, la requérante a introduit une demande de titre de séjour sur le fondement de la directive 2004/38, en invoquant son statut de personne assurant effectivement la garde de son enfant, citoyen de l'Union, et en soutenant qu'un refus de carte de séjour priverait son enfant du bénéfice de ses droits de citoyen de l'Union. Les autorités compétentes ont opposé un refus à sa demande en invoquant deux motifs, à savoir, premièrement, que l'intéressée n'avait pas le statut de membre de la famille au sens de la directive 2004/38, et, deuxièmement, que son enfant ne satisfait pas à la condition de ressources suffisantes prévue à l'article 7 de la directive précitée. C'est dans ces conditions que la juridiction de renvoi a posé la question à la Cour de justice de savoir si les revenus tirés d'un emploi illégal pouvaient prouver la disponibilité de ressources suffisantes au sens de l'article 7 de la directive 2004/38. Dans ces conditions, la Cour a jugé que rien dans le libellé de l'article 7, paragraphe 1, sous b, de la directive 2004/38 ne permettait de considérer que seules les ressources tirées d'un emploi exercé par un ressortissant d'un État tiers, parent d'un citoyen de l'Union mineur, sous couvert d'un titre de séjour et d'un permis de travail, pouvaient être prises en considération aux fins de cette disposition[168].

Aux termes de cette analyse, il convient de noter que les membres de la famille du citoyen de l'Union visés à l'article 2 de la directive 2004/38 bénéficient de conditions favorables d'admission au séjour.

2) Les ressortissants d'Etats tiers dont le séjour doit être favorisé

Les autres membres de la famille du citoyen de l'Union et, en particulier, ceux qui sont ressortissants d'un États tiers à l'Union, sont en principe exclus du bénéfice du droit de séjour dérivé. Leur condition d'admission au séjour relève de la législation nationale de l'État membre d'accueil. Cependant, le législateur européen a été sensible aux réalités familiales en imposant aux États membres l'obligation de faciliter, conformément à leur législation nationale, l'entrée et le séjour de ces membres de la famille. L'article 3, paragraphe 2 de la directive vise tout autre membre de la famille, quelle que soit sa nationalité, si, d'une part, dans le pays de provenance, il est à charge ou fait partie du ménage du citoyen de l'Union bénéficiaire du droit de séjour à titre principal et, d'autre part, lorsque pour des raisons de santé graves, le citoyen doit impérativement et personnellement s'occuper de lui. Est également visé le partenaire avec lequel le citoyen a une relation durable, dument attestée.

[168] Ibid.

Il convient de souligner que si la directive reconnait ces membres de la famille, l'obligation consiste simplement, pour les États membres, de faire un examen approfondi de leur situation individuelle et de motiver toute décision de refus d'entrée et de séjour.

Il n'est pas inutile de préciser que le pays de provenance ne doit pas être compris comme étant le pays dans lequel le citoyen de l'Union séjournait avant de s'installer dans l'Etat membre d'accueil, mais le pays de provenance vise l'Etat dans lequel le membre de la famille du citoyen séjournait avant de demander à accompagner ou à rejoindre le citoyen de l'Union, il peut s'agir d'un État tiers.[169]

Le fait de mentionner le partenaire comme membre de la famille du citoyen dont le séjour doit être favorisé s'inscrit dans la reconnaissance et le respect « des diversités familiales existantes dans la société contemporaine »[170]. Cette mention témoigne la volonté des institutions de l'Union de reconnaitre les liens familiaux basés sur une relation autre que le mariage ou le partenariat enregistré. Toutefois, Constança Urbano de Sousa[171] regrette que la directive 2004/38 n'ai pas tiré toutes les conséquences de l'évolution sociale et juridique dans ce domaine, en conférant directement au partenaire du citoyen de l'Union un droit de séjour dérivé au même titre que les membres de la famille visés à l'article 2 de la directive 2004/38. L'auteure souligne tout de même les avancées opérées par l'article 3, paragraphe 2 de la directive. Elle en souligne deux notables. D'une part, cette disposition limite le pouvoir discrétionnaire des États en matière d'admission au séjour de tout ressortissant de pays tiers entretenant un partenariat durable avec le citoyen de l'Union ayant fait usage de son droit de circuler et de séjourner librement dans les États membres. « L'obligation imposée aux États membres de faciliter l'admission du partenaire implique le droit du partenaire à voir son entrée et son séjour facilités, à moins que des raisons impérieuses d'intérêts publics empêchent une telle admission »[172]. D'autre part, l'obligation imposée aux États membres par l'article 3, paragraphe 2 de la directive 2004/38 est plus vaste que celle résultant de la jurisprudence *Ree* dans laquelle la Cour a considéré que la possibilité pour un travailleur d'obtenir l'admission au séjour de son partenaire non marié doit être regardée comme relevant de la notion d'avantage social au sens de l'article 7, paragraphe 2 du règlement 1612/68[173]. Selon la Cour, les États membres qui admettent dans leur territoire les partenaires non mariés de leurs nationaux ne

[169] CJUE, 5 septembre 2012, Rahman, aff. C-83/11.
[170] URBANO DE SOUSA Constança, op cit. note 19.
[171] Ibid.
[172] Ibid.
[173] CJCE, 17 avril 1986, aff. C-59/85, Reed, Rec., 1986, point 28.

peuvent pas refuser l'entrée et le séjour du partenaire des citoyens de l'Union établis sur leur territoire, sous peine de violer le principe de non-discrimination en raison de la nationalité[174]. Or, l'article 3, paragraphe 3 de la directive 2004/38 impose l'obligation de faciliter l'admission du partenaire du citoyen européen quelle que soit l'attitude de l'État membre d'accueil face à ses propres ressortissants[175].

Nous soulignons quelques difficultés liées à l'article 3, paragraphe 2, de la directive. En effet, cette disposition invite les États membres à apprécier l'opportunité d'admission au séjour de ces membres de la famille au regard de leur dépendance économique et physique vis-à-vis du citoyen. Si ce droit de séjour a pour but de maintenir l'unité familiale au sens large du terme, il dépend considérablement de la législation nationale de chaque État membre. En effet, les conditions d'admission au séjour de ces ressortissants de pays tiers peuvent varier d'un Etat membre à un autre. Chaque État membre dispose d'une large marge d'appréciation dans le choix des critères à prendre en compte pour apprécier la qualité de membre de la famille et de dépendance vis-à-vis du citoyen européen.[176]Le droit de séjour de ces membres de la famille dépend finalement de la politique nationale d'immigration des États membres, plus l'État membre est hostile à l'immigration, plus il durcit ses critères d'appréciation.

En tout état de cause, la directive 2004/38 n'oblige pas les Etats membres à accueillir toute demande d'entrée et de séjour introduite par les personnes qui démontrent qu'elles sont membres de la famille à charge d'un citoyen de l'Union au sens de l'article 3, paragraphe 2, de ladite directive.[177]Ainsi, il ne suffit pas pour ces membres de la famille d'être à charge du citoyen, mais il faut aussi satisfaire aux critères définis par la législation nationale de l'État membre d'accueil.

B. La catégorisation des membres de la famille selon le statut du citoyen regroupant

Aux termes de l'article 21 TFUE « tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et les dispositions prises pour leur application ». Afin d'éliminer les obstacles à l'exercice de ce droit, un droit de séjour dérivé été reconnu aux membres de la famille des citoyens européens quelle que soit leur nationalité. Cependant, les conditions d'admission au

[174] Ibid. point 29.
[175] URBANO DE SOUSA Constança, op cit. note 19.
[176] CJUE, 5 septembre 2012, Rahman, aff. C-83/11
[177]Ibid. point 18.

séjour des membres de la famille varient selon le statut d'actif ou de non actif du citoyen. En effet, le droit de l'Union européenne, tel qu'interprété par la Cour de justice, maintient deux régimes distincts, fondés sur le statut du citoyen européen : celui du citoyen de l'Union économiquement actif et celui du citoyen de l'Union non actif. La distinction opérée est loin d'être anodine. Elle témoigne du fait que le droit de l'Union européenne, comme à ses débuts, privilégie la dimension économique du droit de séjour, et donc du droit au regroupement familial, au détriment du respect des droits fondamentaux parmi lesquels figure le droit au respect de la vie familiale.

On s'aperçoit ainsi que la directive 2004/38 CE n'a pas atteint tous ses objectifs, notamment celui de dépasser l'approche sectorielle et fragmentaire du droit de libre circulation[178].

Les considérations économiques restent prégnantes en matière d'admission au séjour des membres de la famille du citoyen européen (A), remettant ainsi en cause le droit fondamental au respect de la vie familiale de certains citoyens en raison de leur situation économique (B).

1) La prééminence des considérations économiques en matière d'admission au séjour des ressortissants d'États tiers, membres de la famille du citoyen européen

Les conditions d'admission au séjour des ressortissants des États tiers, membres de la famille du citoyen européen, varient selon le statut du citoyen. En effet, tout citoyen de l'Union a le droit de séjourner sur le territoire d'un autre État membre pour une durée de plus de trois mois, s'il est travailleur salarié ou non salarié dans l'État membre d'accueil ou, s'il dispose pour lui-même et pour les membres de sa famille, de ressources suffisantes et d'une assurance maladie complète dans l'État membre d'accueil afin de ne pas devenir une charge pour le système d'assistance sociale de cet État, ou, s'il est inscrit dans un établissement privé ou public, agrée ou financé par l'Etat membre d'accueil sur la base de sa législation ou de sa pratique administrative[179]. Ce droit de séjour s'étend aux membres de la famille n'ayant pas la nationalité d'un État membre lorsqu'ils accompagnent ou rejoignent dans l'Etat membre d'accueil le citoyen, pour autant que ce dernier satisfasse aux conditions précédemment énoncées. Il résulte

[178] Considérant 4 de la directive 2004/38 « en vue de dépasser cette approche sectorielle et fragmentaire du droit de circuler et de séjourner librement et dans le but de faciliter l'exercice de ce droit, il convient d'élaborer un acte législatif unique visant à modifier […] ».
[179] Article 21 TFUE, article 45 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, directive 2004/38.

de cette disposition des conditions différenciées d'admission au séjour selon le statut du citoyen européen qui rejaillissent sur les conditions d'admission au séjour des membres de sa famille.

En effet, à la lecture de la directive, on s'aperçoit que l'admission au séjour du citoyen européen, économiquement actif, ainsi que celle des membres de sa famille, ressortissants d'Etat tiers, n'est subordonnée à aucune condition de ressources. La seule qualité d'agent économique suffit. Or, l'admission au séjour des citoyens non actifs et les membres de leur famille est subordonné à la condition de satisfaction de ressources suffisantes.

L'exigence de conditions différentes selon le statut d'actif ou non du citoyen européen remet en cause l'objectif de dépasser l'approche sectorielle et fragmentaire[180] du droit fondamental des citoyens de l'Union de circuler et de séjourner librement dans les États membres.

A titre d'illustration, l'article 7 de la directive 2004/38, prévoit que les citoyens de l'Union et les membres de leur famille ont le droit de séjourner dans l'Etat membre d'accueil dès lors qu'ils y exercent une activité économique et ce, sans d'autres conditions. Le règlement 492/2011 du 5 avril 2011, indique même que la libre circulation constitue pour les travailleurs et leur famille un droit fondamental[181]. En revanche, pour les membres de la famille du citoyen économiquement non actif, le regroupant doit disposer, pour lui-même et pour les membres de sa famille, de ressources suffisantes afin de ne pas devenir une charge pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil et d'une assurance maladie complète. Les conditions prévues par la directive traduisent une certaine prudence du législateur européen, manifestement sensible aux inquiétudes étatiques. Ainsi, on s'aperçoit que la seule qualité d'agent économique du citoyen européen dans un Etat membre autre que celui dont il la nationalité permet la reconnaissance, dans cet État membre, d'un droit de séjour dérivé aux membres de sa famille, quelle que soit leur nationalité. L'interprétation faite de la directive par la Cour de justice de l'Union va dans le même sens. Toutefois, la conception extensive de la notion de travailleur retenue par la Cour tend à remédier aux différences de traitement entre les citoyens actifs et non actifs. En effet, selon la Cour, « doit être considéré comme travailleur toute personne qui exerce des activités réelles et effectives, à l'exclusion d'activités tellement

[180] Le considérant 4 de la directive 2004/38 prévoit expressément que « en vue de dépasser l'approche sectorielle et fragmentaire du droit de circuler et de séjourner librement et dans le but de faciliter l'exercice de ce droit, il convient d'élaborer un acte législatif unique visant à modifier le règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, et à abroger les actes suivants ; […] ».

[181] Le considérant 4, du règlement n° 492/2011 du parlement européen et du conseil du 5 avril 2011, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union.

réduites qu'elles se présentent comme purement marginales et accessoire »[182]. La Caractéristique de la relation de travail est, selon cette jurisprudence, la circonstance qu'une personne accomplit pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération. En outre, la Cour considère que le niveau moins élevé des ressources provenant d'une activité salariale ne peut avoir de conséquences quelconques sur la qualité de travailleur au sens du droit communautaire.[183] Ainsi, les conditions de ressources suffisantes ne peuvent être opposées aux travailleurs et par conséquent aux membres de leur famille, quelle que soit la nationalité de ces derniers, même lorsque la rémunération du citoyen ne les empêche pas de recourir au système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil. Seule importe donc, pour prétendre au droit de séjour dérivé, l'exercice d'une activité économique par le citoyen regroupant. Autrement dit, en dépit du niveau moins élevé des rémunérations, la seule qualité d'agent économique suffit à reconnaitre un droit de séjour dérivé en faveur des membres de la famille des agents économique, citoyens de l'Union.

La condition de ressources suffisantes opposée aux citoyens de l'Union non actifs et aux membres de leur famille tend à protéger les finances de l'État membre d'accueil.

2) Le droit de séjour des membres de la famille du citoyen non actif à l'épreuve de considérations financières de l'État membre d'accueil

Pour que le citoyen non actif établi dans un autre État membre de l'Union puisse être rejoint par les membres de sa famille, quelle que soit leur nationalité, ce citoyen doit disposer de ressources suffisantes pour lui-même et pour les membres de ladite famille.[184] Cette condition a pour objectif d'éviter que le citoyen et les membres de sa famille ne deviennent une charge pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil[185]. Or, le droit pour citoyen de circuler et de séjourner librement dans les États membres est conféré par le statut de citoyen de l'Union et ce statut a pour vocation à être « le statut fondamental des ressortissants des État membres[186] ». L'exercice d'un droit fondamental, conféré par le statut de citoyen de l'Union, doit-il légitimement être subordonné à la satisfaction de conditions de ressources suffisantes ?

[182] CJUE, 7 septembre, Trojani, aff. C-456/02, point 15.
[183] Arrêt de la cour de justice de l'union européenne (grande chambre) du 7 septembre 2004, aff. C-456/02 Trojani point 16.
[184] Article 7, b, de la directive 2004/38.
[185] Ibid.
[186] CJUC, 20 septembre 2001, aff, C-184/99, Grzelczyck, point 31.

La citoyenneté, érigée en statut fondamental des ressortissants des Etats membres, s'accorde mal avec toute tentative de limitation pour des considérations économiques des droits qui y sont attachés[187]. A cet égard, Ismaël Omarjee, soulignait que « s'il ne fait pas de doute que des considérations économiques font parties des éléments pris en compte pour l'appréhension des migrations externes, c'est-à-dire des ressortissants des États tiers, la prise en compte de telles considérations des migrations internes, et particulièrement de la mobilité des travailleurs ressortissants des États membres, ne va pas de soi si l'on veut bien considérer le caractère fondamental tant de la liberté de circulation des travailleurs que de la citoyenneté européenne »[188]. Dans ce sens, le droit de séjour des membres de la famille étant lié à celui du citoyen ne devrait pas non plus être subordonnée à des conditions économiques.

Ce constat témoigne que le droit dérivé des membres de la famille du citoyen non actif n'est pas considéré par le législateur européen et la jurisprudence de la Cour de justice comme un droit fondamental inhérent au statut du citoyen de l'Union. Le droit dérivé des membres de la famille du citoyen européen dans l'État membre d'accueil n'est, en réalité, protégé qu'en tant que corolaire de la libre circulation des agents économiques[189]. Ainsi, on s'aperçoit que les citoyens européens non actifs et les membres de leur famille sont, sauf à remplir des conditions de ressources suffisantes, exclus du bénéfice de la libre circulation des personnes[190]. En réalité, la limitation des droits de séjour des citoyens européens et les membres de leur famille a toujours existé en droit de l'Union. Dès 1990, la soumission du droit de séjour des non actifs et les membres de leur famille à la justification de ressources suffisantes et d'une assurance maladie traduisait clairement le souci du législateur d'éviter que le séjour des personnes concernées ne constitue une charge déraisonnable pour le pays d'accueil.

Quant à la détermination de ressources considérées comme suffisantes, les Etats membres ne peuvent pas fixer le montant de ressources qu'ils considèrent comme suffisantes, ils doivent tenir compte de la situation personnelle de la personne concernée. Dans tous les cas, ce montant ne peut pas être supérieur au niveau en dessous duquel les ressortissants de l'État membre d'accueil peuvent bénéficier une assistance sociale et, lorsque ce critère ne peut pas s'appliquer,

[187]OMARJEE Ismaël, Migration des travailleurs, prestations sociales et citoyenneté européenne. La déstabilisation des valeurs sociales de l'Union européenne ? In BENLOLO CARABOT Myriam, (dir), L'Union européenne et migration, Bruylant, 2020, p. 196.
[188] Ibid.
[189] CARLIER Jean-Yves, SAROLEA Sylvie, Droit des étrangers, Larcier, 2016, p.360.
[190] CARLIER Jean-Yves, Les bénéficiaires et les exclus de la libre circulation des personnes, in LECLER Stéphane (dir), La libre circulation des personnes dans l'Union européenne, Bruylant 2000, p. 27.

on prend en compte le montant de la pension minimale de sécurité sociale versée par l'Etat membre d'accueil.[191]

La non harmonisation du niveau de revenus minimums dans les États membres de l'Union est une autre source de diversification des conditions d'admission au séjour des membres de la famille du citoyen non actif. En effet, il est plus facile de remplir les conditions de ressources suffisantes dans les États membres dans lesquels le niveau de revenu permettant d'obtenir une assistance sociale est plus bas. De la même manière, plus le niveau de revenu permettant de prétendre au bénéfice de l'assistance sociale est élevé, plus il est difficile de remplir les conditions de ressources suffisantes. Ainsi, les conditions d'admission au séjour du citoyen lui-même et les membres de sa famille varieraient d'un Etat membre à un autre.

En outre, contrairement aux agents économiques, les ascendants directs du citoyen étudiant et ceux de son conjoint ou partenaire enregistré sont exclus du champ d'application personnel de l'article 2 de la directive 2004/38.[192] Ces membres de la famille sont soumis au régime de l'article 3, paragraphe 1. Toutefois, douze États membres n'ont pas eu recours à la possibilité offerte par l'article 7, paragraphe 4 de la directive. D'autres États membres ont utilisé cette option, mais huit d'entre eux n'ont pas correctement transposé l'obligation de favoriser l'entrée et le séjour des membres de la famille concernés[193].

En définitive, la directive 2004/38 opère une distinction, en matière d'admission au séjour du citoyen et des membres de sa famille, selon le statut d'actif ou non actif du citoyen de l'Union concerné ; remettant en cause l'objectif principal même de la directive, « dépasser l'approche sectorielle et fragmentaire du droit de circuler et de séjourner librement »[194].

Si la directive 2004/38 prévoit qu'elle 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, ainsi qu'aux membres de sa famille […] qui l'accompagnent ou le rejoignent »[195], la Cour de justice a, en s'appuyant sur le droit primaire, reconnu un droit de séjour dérivé, dans l'État membre d'origine, en faveur des

[191] Article 8 paragraphe 4 de la directive CE 2004/38.
[192] Article 7, paragraphe 4 de la directive 2004/38 « par dérogation au paragraphe 1, point d, et au paragraphe 2 ci-dessus, seul le conjoint, le partenaire enregistré au sens de l'article 2, paragraphe 2, point b, et les enfants à charge bénéficient du droit de séjour en tant que membre de la famille d'un citoyen de l'Union qui remplit les conditions énoncées au paragraphe 1, point c. l'article 3, paragraphe 1, s'applique à ses ascendants directs à charge et à ceux de son conjoint ou partenaire enregistré ».
[193] Rapport de la commission au parlement européen et au conseil sur l'application de la directive 2004/38 CE 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 point 3.4.1.
[194] Considérant 4 de la directive 2004/38.
[195] Article 3, paragraphe 1 de la directive 2004/38.

membres de la famille du citoyen qui a fait usage de son droit de circuler et de séjourner librement dans un autre État membre ou lorsque son activité économique dépasse la dimension nationale.

§ II. Le droit dérivé de la famille du citoyen dans l'État membre d'origine, outil de protection de la mobilité ou de la dimension intra-européenne de l'activité

Les droits issus des traités, notamment la libre circulation des personnes, s'exercent, en principe, dans les conditions définies par les dispositions prises pour leur application[196], donc dans les conditions définies par le droit dérivé.

La directive ayant limité son champ d'application personnel à la situation du citoyen de l'Union qui se rend ou séjourne dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité, la Cour de justice a trouvé d'autres fondements au droit de séjour dérivé des membres de la famille dans l'État membre d'origine du citoyen. En la matière, deux situations doivent être distinguées : celle où le citoyen retourne dans son État d'origine après avoir résidé dans un autre État membre ou s'il se rend dans un État autre que celui dont il a la nationalité pour exercer une activité économique tout en continuant à résider dans son État membre d'origine (B) de celle où l'activité économique du citoyen dépasse la dimension nationale (A).

A. La dimension intra-européenne de l'activité économique comme fondement du droit de séjour dérivé des membres de la famille

Cette situation concerne principalement les membres de la famille, ressortissants de pays tiers, du citoyen européen, prestataire de services.

Dès l'origine, les traités prévoyaient que la suppression des restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services implique également la suppression des restrictions au déplacement et au séjour à l'intérieur de l'Union[197]. Ainsi, les membres de la famille du prestataire de services bénéficiaient d'un droit de séjour dérivé lorsqu'ils rejoignent ou accompagnent le prestataire de services dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité. Le droit de séjour du citoyen et celui des membres de sa famille correspondent, en

[196] Article 21 TFUE.
[197] Le premier considérant de la directive 73/148/CEE relative à la suppression au déplacement et au séjour des ressortissants des Etats membres à l'intérieur de la communauté en matière d'établissement et de prestation de services.

principe, à la durée de la prestation de services[198]. Ainsi, l'admission au séjour des ressortissants de pays tiers, membres de la famille du citoyen, prestataire de services, ne présente aucune difficulté lorsque le citoyen se rend ou séjourne dans un Etat membre autre que celui dont il a la nationalité. En revanche, le sujet est plus complexe lorsque le citoyen ne se rend pas dans un autre États membre et que son activité a une dimension intra-européenne. La Cour de justice a d'abord considéré qu'un citoyen de l'Union pouvait fournir des services dans d'autres Etats membres sans nécessairement se déplacer[199]. Autrement dit, la liberté de prestation de services telle que prévue par le traité ne nécessite pas forcément le déplacement physique d'un État membre à un autre. Mais la véritable question était de savoir si une telle situation pouvait justifier, en application du droit de l'Union, la reconnaissance d'un droit de séjour dérivé en faveur des membres de la famille du citoyen de l'Union.

La Cour a eu l'occasion de se prononcer sur cette question, pour la première fois, dans l'arrêt *Carpenter* du 11 juillet 2002[200]. En l'espèce, la requérante de nationalité philippine en séjour irrégulier au Royaume-Uni était mariée à un citoyen britannique. Ce dernier exploitait une entreprise qui vendait de la publicité dans des revues médicales dans plusieurs États membres de l'Union et y réalisait une part importante de son chiffre d'affaire. Si l'intéressé se rendait dans d'autres États membres de l'Union pour les besoins de son activité, son entreprise ainsi que les membres de sa famille étaient dans son État d'origine. La requérante a demandé l'autorisation de séjourner dans l'État membre d'origine de son époux, en faisant valoir qu'en application du droit de l'Union, elle serait bénéficiaire d'un droit de séjour dérivé de celui de son mari, prestataire de services. C'est dans ces conditions que la juridiction de renvoi a posé la question à la Cour JUE de savoir si le conjoint d'un prestataire de services, à dimension intra-européenne, établit dans son État membre d'origine, pouvait prétendre à un droit de séjour dérivé dans cet État membre.

La Cour a d'abord jugé que la directive ne réglementait pas le droit de séjour des membres de la famille d'un prestataire de services dans l'État membre d'origine de celui-ci[201]. Elle a, ensuite, rechercher si ce droit de séjour en faveur du conjoint pouvait être inféré des principes ou d'autres normes du droit de l'Union.

[198] Article 4, paragraphe 1 de la directive 73/148.
[199] CJUE 10 mai 1995 Alpine investments BV, aff. C-384/93.
[200] CJUE, 11 juillet 2002, Carpenter, aff. C-60/00,
[201] Ibid. point 36.

Pour reconnaitre un droit de séjour en faveur de l'intéressée, la Cour a procédé, pour reprendre l'expression de Vincent Réveillère, à une « conjonction des droits fondamentaux et des libertés de circulation »[202]. Elle a considéré que le législateur européen a reconnu l'importance d'assurer la protection de la vie familiale des citoyens de l'Union afin d'éliminer les obstacles à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité[203]. C'est la volonté d'assurer les libertés économiques qui, indirectement, exhorte la Cour à protéger la vie familiale des citoyens. Ainsi, selon la Cour, « un État membre ne peut invoquer des motifs d'intérêt général pour justifier une mesure nationale qui est de nature à entraver l'exercice de la libre prestation des services que lorsque cette mesure est conforme aux droits fondamentaux dont la cour assure le respect »[204]. Cette solution résulte d'une lecture combinée du droit fondamental au respect de la vie familiale telle qu'issue de l'article 8 de la Conv. EDH et les libertés économiques garanties par le traité.

Dans cet arrêt, la Cour semblait subordonner la protection de la vie familiale du citoyen à la dimension intra-européenne de son activité économique. Ainsi, les droits fondamentaux apparaissent comme un instrument des libertés de circulation[205].

Les citoyens de l'Union pourront faire l'objet d'un traitement différencié en raison de la dimension nationale ou intra-européenne de leurs activités économiques.

Se pose également la question de la nature juridique du droit de séjour reconnu aux membres de la famille du citoyen européen dans l'État membre d'origine.

En effet, le ressortissant d'un État membre entre et séjourne sur le territoire de son État membre d'origine en vertu des droits qui sont attachés à sa seule nationalité et non en vertu du droit de l'Union[206]. De ce fait et compte tenu de la durée indéterminée du droit de séjour du citoyen européen dans son État membre d'origine, doit-on considérer que le droit de séjour dérivé des membres de sa famille dans l'État membre concerné est également à durée indéterminée ? Ou sa situation cesserait de relever du droit communautaire lorsque le citoyen ne fournit plus de service dans les autres États membres ? Qu'en est-il du maintien de ce droit de séjour en cas de rupture des liens conjugaux ?

---

[202] REVEILLERE Vincent, La conjonction des libertés de circulations et des droits fondamentaux, in BOUJEKA Augustin, HABU GROUD Thomas, ZEVOUNOU Lionel (dir), Les libertés européennes de circulation au-delà de l'économie, Mare et Martin, p. 197-210.
[203] CJUE, 11 juillet 2002, Carpenter op cit, note 72, point 38.
[204]Ibid., 40.
[205] REVEILLERE Vincent, La conjonction des libertés de circulations et des droits fondamentaux, op cit, note 74.
[206] Article 3 du quatrième protocole additionnel à la convention européenne des droits de l'Homme, un Etat ne peut pas refouler ou expulser de son territoire l'un de ses ressortissants.

B. Le droit de séjour dérivé des membres de la famille du citoyen lors du retour ou lorsqu'il se rend quotidiennement dans un autre État membre

Nous l'avons souligné, ni la directive 2004/38 ni les directives et règlements antérieures ne s'appliquent dans l'État membre d'origine du citoyen de l'Union. Ils ne s'appliquent que lorsque le citoyen se rend ou séjourne dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité. Pourtant, la Cour de justice a trouvé dans le droit primaire les moyens de protéger le droit dérivé des membres de la famille, d'une part, du citoyen qui retourne dans son pays d'origine après avoir fait usage de son droit de circuler et de séjourner librement dans un autre État membre et, d'autre part, le citoyen qui se rend dans un autre État membre dans le cadre de l'exercice de son activité professionnelle sans y résider (les travailleurs frontaliers).

L'arrêt *Singh* du 7 juillet 1992[207] a été le précurseur du recours direct au droit primaire pour fonder un droit de séjour dérivé en faveur des membres de la famille du citoyen européen qui retourne dans pays d'origine après avoir fait usage de son droit de circuler et de séjourner librement. En l'espèce, le requérant, ressortissant d'un État tiers, marié à une citoyenne de l'Union, avait résidé et travaillé avec cette dernière dans un autre État membre de l'Union avant de retourner dans l'État membre d'origine de son épouse pour commencer une activité commerciale. A la suite de son divorce, les autorités compétentes de l'État membre d'origine de son épouse ont décidé de ne pas renouveler son titre de séjour. Pour les autorités compétentes de l'État membre d'origine de son épouse, le droit de séjour dérivé de l'intéressé ne trouvait aucun fondement en droit de l'Union européenne, dans la mesure où la citoyenne de l'Union qui revient s'établir dans son pays d'origine le fait en application du droit national et non du droit de l'Union. La Cour JUE a, au contraire, jugé que l'intéressé pouvait disposer d'un droit de séjour en application du droit de l'Union. Elle a fondé son argument sur la nécessité de ne pas entraver la libre circulation des citoyens. Pour la Cour, l'effectivité de la liberté de circulation du citoyen européen est remise en cause s'il ne peut pas retourner dans son État membre d'origine avec les membres de sa famille, car l'anticipation de l'obstacle à un éventuel retour le dissuaderait de quitter le territoire national[208]. Ainsi, on comprend que ce droit de séjour dérivé vise à protéger la liberté de circulation du citoyen européen. Il est fondé directement sur le droit primaire mais dans les conditions définies par la directive.

[207] CJCE, 7 juillet 1992, Singh, aff. C-370/90.
[208] CJCE, 7 juillet 1992, Singh, op cit, note 79.

Cette solution a été précisée par la Cour JUE dans un arrêt du 11 décembre 2007[209], dans une situation dans laquelle le citoyen européen n'exerçait pas d'activité économique lors de son retour dans l'État membre d'origine. Il était question de savoir si lors de retour d'un travailleur dans son État membre d'origine, après avoir exercé une activité salariée dans un autre État membre, le ressortissant d'un État tiers, membre de la famille de ce travailleur, disposait, au titre du droit de l'Union, d'un droit de séjour dérivé dans l'État membre dont le travailleur a la nationalité, sans que ce dernier y exerce une activité économique réelle et effective. La Cour a considéré dans un premier temps que le droit de séjour du citoyen dans son État membre d'origine ne peut pas lui être refusé ni être soumis à des conditions[210]. Toutefois, le retour du citoyen dans son État membre d'origine ne peut pas être considéré comme une situation purement interne, dans la mesure où les obstacles au retour dissuaderaient le citoyen de faire usage de son droit de circuler et de séjourner librement dans les autres États membres[211]. Ainsi, le statut de citoyen non actif lors du retour dans le pays d'origine ne s'oppose pas à la reconnaissance d'un droit de séjour dérivé en faveur des membres de la famille qui ont résidé avec ledit citoyen de l'Union dans un autre État membre d'accueil[212].

Toutefois, la Cour de justice opère une distinction en fonction du moment de la constitution de la relation familiale. En effet, la reconnaissance du droit de séjour en faveur des membres de la famille lors du retour du citoyen dans son État membre d'origine est subordonnée au moment de la constitution des liens familiaux. Si les liens familiaux sont constitués avant ou pendant le séjour du citoyen dans l'État membre d'accueil, les membres de sa famille bénéficient d'un droit de séjour dérivé dans l'État membre d'origine. En revanche, la Cour exclut du bénéfice du droit de séjour dérivé les membres de la famille du citoyen qui en sont devenus après le retour du citoyen dans son Etat membre d'origine. Selon la Cour « Un ressortissant d'un Etat tiers, qui n'a pas eu, à tout le moins pendant une partie de son séjour dans l'Etat membre d'accueil, la qualité de membre de la famille, qui n'a pas pu bénéficier dans cet Etat membre un droit de séjour dérivé, ne peut pas non plus se fonder sur l'article 21, paragraphe 1 TFUE, pour obtenir un droit de séjour dérivé lors du retour du citoyen de l'Union dans l'Etat membre dont il possède la nationalité »[213].

[209] CJUE, 11 décembre 2007, EIND, aff. C-291/05.
[210] Ibid. point 31.
[211] Ibid. points 36 et 37.
[212] Ibid. point 38.
[213] CJUE 12 mars 2014, O, B, aff. C-456/12, point 63.

L'objectif étant d'éliminer les obstacles à la libre circulation en garantissant au citoyen de pouvoir poursuivre la vie de famille qu'il a développée dans l'État membre d'accueil, Cette solution semble logique. Cela signifie que le citoyen (s'il constitue une vie familiale postérieurement), après son retour dans son État membre d'origine, il sera traité de la même manière que les citoyens statiques, le droit de séjour des membres de sa famille relèvera du droit national. Autrement dit, les familles constituées postérieurement à l'usage par le citoyen européen de son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres ne relèvent pas du champ d'application du droit de l'Union européenne.

S'agissant de la situation des travailleurs frontaliers, comme dans l'hypothèse du retour du citoyen dans son État membre d'origine, la Cour JUE a eu recours au droit primaire pour palier l'inapplicabilité du droit dérivé.

En effet, dans deux arrêts du 12 mars 2014 S et G, en se fondant sur le principe de l'arrêt *Carpenter*, la Cour de justice a jugé que « tout citoyen de l'Union qui, dans le cadre d'un contrat de travail, exerce des activités professionnelles dans un Etat membre autre que celui de sa résidence relève du champ d'application de l'article 45 TFUE »[214]. L'effet utile du droit des libertés de circulation exigerait qu'un droit de séjour dérivé soit reconnu aux membres de sa famille dans son État membre d'origine[215]. La finalité et la justification d'un tel droit de séjour se fondent sur la constation que le refus de sa reconnaissance est de nature à porter atteinte à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité[216]. Dans cet arrêt, contrairement à l'arrêt Carpenter, la Cour renvoie aux juridictions nationales la tache de vérifier si le refus du droit de séjour dérivé en faveur des membres de la famille est susceptible d'entraver l'exercice effectif par le citoyen de l'Union de son droit fondamental garanti par l'article 45 TFUE[217].

Il ressort de cet arrêt que la vie familiale du citoyen frontalier n'est protégée par le droit de l'Union européenne que si le refus de titre de séjour en faveur des membres de sa famille est susceptible de porter atteinte à ses libertés économiques.

Ainsi la protection des libertés économiques prime sur la protection de la vie familiale du citoyen.

[214] CJUE arrêt du 12 mars 2014, S et G Aff. C-457/12, point 39.
[215] Ibid. point 40.
[216] Ibid. point 41.
[217] Ibid. point 42.

A côté de la protection des libertés économiques du citoyen européen par la reconnaissance d'un droit de séjour dérivé en faveur des membres de sa famille, la Cour de justice a développé un autre fondement juridique à ce droit de séjour à partir de l'arrêt *Zambrano* du 8 mars 2011[218].

Section II. Les droits dérivés de la famille du citoyen européen, outil de protection des droits attachés à la citoyenneté européenne

L'instauration de la citoyenneté européenne, en 1992, a radicalement transformé les libertés de circulation ; passant d'une liberté économique à un droit pour tout citoyen de l'Union. Ce droit s'exerce dans des conditions et limitations prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application[219]. En vue d'encourager la mobilité intra-européenne des citoyens, un droit de séjour dérivé a été reconnu aux membres de leur famille, à condition que la situation ait un lien de rattachement avec le droit de l'Union européenne.

Si la Cour JUE a progressivement reconnu que les membres de la famille du citoyen européen pouvaient prétendre à un droit de séjour dérivé dans l'État membre d'origine de celui-ci, elle exigeait, pour autant, la présence d'un facteur de rattachement avec droit de l'Union (soit parce que le citoyen exerce une activité économique à dimension intra-européenne[220], soit parce qu'il retournait dans son État membre d'origine après avoir fait usage de son droit de circuler et de séjourner librement dans les États membres)[221].

Il a fallu attendre l'arrêt *Zambrano* du 8 mars 2011 pour que la Cour ait une nouvelle conception de la « situation purement interne ». Si cet arrêt a suscité des espoirs pour le droit de séjour des ressortissants des États tiers membres de la famille du citoyen, son apport a été circonscrit par la jurisprudence postérieure (paragraphe I). En outre, certains États membres ont tenté d'anticiper les conséquences éventuelles de l'arrêt *Zambrano* sur leurs politiques nationales d'immigration en modifiant les conditions d'attribution de leur nationalité (paragraphe II).

[218] CJUE, 8 mars 2011 Ruiz Zambrano, aff. C-34/09.
[219] Article 21 TFUE.
[220] CJUE, 11 juillet 2002, Carpenter, op cit, note 72.
[221] CJCE, 7 juillet 1992, Singh, op cit, note 79.

§ I. La protection des droits attachés à la citoyenneté européenne par la reconnaissance d'un droit de séjour dérivé : l'apport et les limites postérieures de l'arrêt Zambrano

Dans l'arrêt *Zambrano*, la Cour avait jugé que le refus de séjour opposé à un ressortissant d'un État tiers, dans l'État membre d'origine de ses enfants qui n'ont jamais fait usage de leur droit de circuler et de séjourner librement dans les États membres, était contraire à l'article 20 TFUE. Pour la Cour, le refus de séjour qui obligerait les enfants, citoyens de l'Union, à quitter le territoire de l'Union pour accompagner leurs parents, était de nature à « les priver de la jouissance effective de l'essentiel des droits attachés au statut de citoyen de l'Union »[222]. Cette décision semblait ainsi porter un coup décisif à la distinction entre « situation purement interne », régie exclusivement par le droit national, et situation présentant un facteur de rattachement au droit de l'Union, régie par les règles communes[223].

Si cet arrêt a suscité de l'espoir en faveur de l'admission au séjour des ressortissants de pays tiers, membres de la famille du citoyen européen (A), son apport a été circonscrit par la jurisprudence postérieure (B).

A. L'espoir suscité par l'arrêt Zambrano

L'arrêt *Zambrano* a été l'occasion pour la Cour JUE de réaliser une avancée considérable sur le terrain des droits fondés sur la citoyenneté européenne en général et en particulier sur le droit de séjour dérivé des membres de la famille du citoyen européen. Deux précisions résultent de cet arrêt. D'une part, l'article 20 TFUE peut être invoqué en absence de toute situation de mobilité intra-européenne. D'autre part, les ressortissants d'États tiers, membres de la famille du citoyen européen, peuvent prétendre à un droit de séjour dérivé dans l'État membre d'origine dudit citoyen, dès lors que le refus du droit de séjour est de nature à contraindre le citoyen à quitter le territoire de l'Union dans son ensemble.

Nous l'avons souligné, traditionnellement les règles communes ne s'appliquaient pas dans des situations qui ne présentent aucun facteur de rattachement avec le droit de l'Union, dont tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre[224]. L'arrêt *Zambrano* semblait renoncer à cette exigence. Depuis cet arrêt, l'invocabilité du droit de l'Union européenne pour

[222] CJUE, 8 mars 2011 Ruiz Zambrano, op cit, note 91, point 42.
[223] BENLOLO CARABOT Myriam, La jouissance effective de l'essentiel des droits attachés au statut de citoyen. Une nouvelle substance pour la citoyenneté de l'Union ? Revue des affaires européennes, 2011, n°2, p. 443-450.
[224] CJCE, 5 juin 1997, C-64/96.

la reconnaissance d'un droit de séjour dérivé en faveur des ressortissants de pays tiers, membres de la famille du citoyen de l'Union, ne nécessite plus forcément la mobilité intra-européenne du citoyen. Ce droit de séjour dérivé trouve son fondement non pas dans l'usage par le citoyen de son droit de circulation, mais dans son statut de citoyen de l'Union. Comme l'écrit à juste titre Myriam Benlolo Carabot, il s'agissait d'une « appréciation renouvelée de la situation purement interne »[225]. Dit autrement, tout refus de séjour des membres de la famille, ressortissants de pays tiers, susceptible de contraindre le citoyen à quitter territoire de l'Union le prive, par la même occasion, de la jouissance effective des droits attachés à son statut. Ainsi, la protection des droits attachés au statut de citoyen de l'Union devient le nouveau facteur de rattachement au droit de l'Union et, par conséquent, le nouveau fondement du droit de séjour dérivé des membres de la famille. Cette décision semblait déposséder les États membres d'une partie de leur compétence en matière d'immigration, en adoptant une nouvelle conception de la « situation purement interne ».

Rendu contre l'avis de la Commission et de tous les gouvernements qui sont intervenus dans la procédure, qui estimaient que le droit de l'Union n'était pas applicable dans la mesure ou les enfants résidaient dans l'État membre dont ils avaient la nationalité et n'avaient jamais quitté cet État, certains auteurs ont pu penser que la Cour reconsidérait sa jurisprudence, « en prenant en considération les situations purement internes et en condamnant implicitement les discriminations à rebours nées de telles situations »[226].

Il résulte de l'arrêt *Zambrano* que la Cour abandonne toute condition de mobilité dès lors que la jouissance de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union est en cause[227].

En plus de diviser la doctrine, l'arrêt *Zambrano* a laissé en suspens certaines questions relatives à la notion de « droit attachés à la citoyenneté européenne ». Concrètement dans quelle situation faut-il considérer que le refus de séjour est de nature à contraindre le citoyen à quitter le territoire dans son ensemble ? Que faut-il entendre par enfant en bas âge ? La solution est-elle applicable aux liens conjugaux ?

[225] BENLOLO CARABOT Myriam, La jouissance effective de l'essentiel des droits attachés au statut de citoyen. Une nouvelle substance pour la citoyenneté de l'Union ? op cit, note 96.
[226] PONGERARD-PAYET Hélène, La liberté de circulation des citoyens européens sédentaires à l'aune de la Charte post-Lisbonne, Revue de l'Union européenne, 2014, p.596.
[227] CORNELOUP Sabine, Citoyenneté européenne : la Cour de justice apporte une nouvelle pierre à son édifice, Recueil Dalloz, 2011 ? P1325.

En tout état de cause la jurisprudence postérieure à largement circonscrit l'apport de l'arrêt *Zambrano*.

B. Les limites apportées à l'arrêt Zambrano par la jurisprudence postérieure

S'il ne fait aucun doute que l'arrêt *Zambrano* a largement amélioré les conditions d'admission au séjour des ressortissants de pays tiers, membres de la famille du citoyen européen, son apport a été largement limité par la jurisprudence postérieure.

L'apport de l'arrêt *Zambrano* a été limité, en premier lieu, par l'arrêt *McCarthy*[228], rendu deux mois après. En l'espèce, la requérante possédait les nationalités britannique et irlandaise. Elle avait toujours résidé au Royaume-Uni et était économiquement inactive. Après s'être mariée avec un ressortissant de pays tiers en situation irrégulière au Royaume-Uni, elle a demandé et obtenu pour la première fois le passeport irlandais, puis sollicité avec son conjoint une autorisation de séjour au Royaume-Uni, en se fondant sur le droit de l'Union européenne. C'est dans ce contexte que la Cour JUE a été saisie d'une question préjudicielle. Ce fut l'occasion pour la Cour de préciser ce qu'elle entendait par la « privation de l'essentiel des droits attachés au statut de citoyen de l'Union. En effet, après avoir Confirmé le principe posé à l'arrêt *Zambrano*, selon lequel l'article 20 TFUE s'oppose à des mesures nationales qui ont pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut[229], la Cour a considéré que la situation de Madame McCarthy se présentait aucun facteur de rattachement au droit de l'Union européenne et que l'ensemble des éléments pertinents se cantonnaient à l'intérieur d'un seul État membre[230]. Pour reprendre l'expression employée par Myriam Benlolo Carabot, « la Cour de justice parait faire volte-face »[231], dans la mesure où les deux affaires présentaient des similitudes. L'intérêt de la comparaison de ces deux décisions réside dans le fait que, dans des circonstances semblables, la Cour de justice fait une distinction entre les droits qu'elle considère comme attachés à la citoyenneté européenne et qui permettent la reconnaissance d'un droit de séjour dérivé et ceux qu'elle considère comme n'étant pas attachés à la citoyenneté européenne et par conséquent non constitutifs d'un droit de séjour au profit des ressortissants de pays tiers membres de la famille du citoyens européen.

[228] CJUE, 5 mai 2011, McCarthy, aff. C-434/09.
[229] Ibid. point 47.
[230] Ibid. point 51.
[231] BENLOLO CARABOT Myriam, La jouissance effective de l'essentiel des droits attachés au statut de citoyen de l'Union. Une nouvelle substance pour la citoyenneté de l'Union, op cit, note 96.

On assiste, dès lors, à une graduation des droits attachés à la citoyenneté européenne. En outre, si dans l'arrêt *Zambrano*, la Cour semblait écarter, dans les situations ou le citoyen n'a pas fait usage de son droit de circuler et de séjourner librement dans les États membres, toute référence à la notion d'entrave à la libre circulation pour se focaliser sur l'entrave à la jouissance effective des droits attachés à la citoyenneté européenne, l'arrêt McCarthy a réintroduit la référence à la notion d'entrave à la libre circulation[232]. Il convient dès lors de noter que conformément à la solution retenue par la Cour de justice dans l'arrêt McCarthy, le refus de séjour opposé au conjoint, ressortissant d'un État tiers, d'une citoyenne de l'Union n'est pas de nature à priver celle-ci de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par son statut.

En deuxième lieu, dans l'arrêt *Dereci* du 15 novembre 2011, la Cour a considéré que le seul fait qu'il pourrait paraitre souhaitable à un ressortissant d'un État membre, pour des raisons d'ordre économique ou afin de maintenir l'Unité familiale sur le territoire de l'Union, que des membres de sa famille, ressortissants de pays tiers, puissent séjourner avec lui sur le territoire de l'Union, ne suffit pas en soi à considérer que ledit citoyen serait contraint de quitter le territoire de l'Union si un tel droit n'était pas accordé[233]. Toutefois, contrairement à l'arrêt *Zambrono* et à l'arrêt *McCarthy*, dans l'affaire Dereci, la Cour invite la juridiction de renvoi à envisager la question au regard du droit au respect de la vie familiale, soit en application de l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux, soit en application de l'article 8 de la Conv EDH[234], en fonction de leur applicabilité.

En troisième lieu, le conjoint, ressortissant d'État tiers, du parent d'un citoyen européen mineur n'entre pas dans le champ d'application du droit de séjour fondé sur l'article 20 TFUE, car dans son arrêt du 6 novembre 2012, la Cour a jugé que « le refus d'un Etat membre de délivrer un titre de séjour au nouveau conjoint du parent d'un citoyen n'entraine pas pour ledit citoyen la privation de la jouissance effective des droits conférés par son statut »[235]. En l'absence de cohabitation dans l'État membre d'origine du citoyen européen mineur, le refus d'accorder un titre de séjour à son père, ressortissant de pays tiers, ne porte atteinte ni au droit de circulation ni à la jouissance effective des droits attachés au statut de citoyenneté de l'Union[236].

[232] CORNELOUP Sabine, Citoyenneté européenne : la Cour de justice apporte une nouvelle pierre à son édifice, op, cit, note 100.
[233] CJUE, 15 novembre 2011, Dereci, aff. C- 256/11, point 68.
[234] Ibid. point 71 et 72.
[235] CJUE, 6 novembre 2012, O, S, aff. C-356/11.
[236] CJUE, 8 novembre 2012, Lida, aff. C-40/11, point 76.

La Cour rappelle très souvent que le critère de la privation de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union revêt un « caractère particulier [237]». Il vise des situations dans lesquelles un droit de séjour ne saurait exceptionnellement être refusé à un ressortissant d'État tiers, membre de la famille d'un citoyen de l'Union, sous peine de méconnaitre l'effet utile de la citoyenneté de l'Union »[238]. Ségolène Barbou Des Places analyse la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Zambrano* dans le sens de la restriction, en écrivant que « la référence répétée […] au caractère très particulier et exceptionnel du droit de séjour garanti traduit l'ambition de la Cour de limiter l'application de la solution Ruiz *Zambrano* à des cas d'espèces et la justifier par la nécessité de protéger la citoyenneté de l'Union »[239].

Concernant la situation spécifique des enfants mineurs citoyens de l'union, la Cour a précisé les critères permettant de déterminer les situations dans lesquelles le refus de séjour de leurs parents est susceptible de les contraindre à quitter le territoire de l'Union. L'étranger concerné doit s'occuper quotidiennement de l'enfant et supporter, fut ce en partie, la charge légale, financière ou affective. Il doit exister une relation de dépendance entre le citoyen de l'Union et le parent concerné[240]. Selon la Cour, si un des parents est citoyen de l'Union, la circonstance qu'il est capable et prêt à assumer seul la charge quotidienne et effective de l'enfant est un critère pertinent, mais n'est pas à lui seul suffisant pour conclure que le refus d'admission au séjour de l'autre parent ne contraindrait pas le citoyen à quitter le territoire de l'Union[241]. L'appréciation « doit être fondée sur la prise en compte, dans l'intérêt supérieur de l'enfant, de l'ensemble des circonstances de l'espèce, notamment, de son âge, de son développement physique et émotionnel, du degré de sa relation affective tant avec le parent citoyen de l'Union qu'avec le parent ressortissant d'un État tiers, ainsi que le risque que la séparation d'avec ce dernier engendrerait pour son équilibre »[242].

[237] CJUE, 30 juin 2016, N.A, aff. C-115/15, point 72, note BARBOU DES PLACES Ségolène, Le droit de séjour des ressortissants d'États tiers ayant la garde effective d'enfants citoyens de l'Union, Revue critique de droit international privé, 2017, n°1, p.45-54.
[238] Ibid.
[239] Ségolène BARBOU DES PLACES, Le droit de séjour des ressortissants d'États tiers ayant la garde effective d'enfants citoyens de l'Union, op, cit, note 110.
[240] CJUE, 10 mars 2017, Chavez-Viclchez, aff. C-133/15, point 69.
[241] Ibid. point 71.
[242] Ibid. 72.

En dépit des précisions apportées par la Cour de justice au fil des arrêts, certaines difficultés subsistent. A titre d'exemple, Sabine Corneloup s'interroge sur la notion d'enfant en bas âge[243]. Y a-t-il une limite d'âge ?

La Cour de justice ne s'est pas prononcée sur cette question d'âge minimum. De surcroit l'âge de la majorité civile n'est pas harmonisé dans les États membres de l'Union. La Commission européenne a confirmé l'absence de compétence de l'Union pour une éventuelle harmonisation de l'âge de la majorité dans les État membres de l'Union[244]. Néanmoins, en ce qui concerne la définition de la majorité légale, l'article 24 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne renvoie à la convention de New-York relative aux droits de l'enfant dont l'article 1er dispose que « au sens de la présente convention un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable ». Ainsi, le droit de séjour dérivé de ressortissant d'État tiers, parent de citoyen européen mineur est susceptible de varier en fonction de l'âge de la majorité légale dans l'État membre d'origine du citoyen.

L'arrêt *Zambrano* n'a pas été sans conséquences sur les politiques nationales, notamment en matière d'attribution de la nationalité.

§ II. La volonté nationale de circonscrire l'approche extensive du droit de séjour

Si la Cour JUE a limité le champ d'application de l'arrêt *Zambrono* en ayant une conception restrictive de la privation de la jouissance effective des droits attachés au statut de citoyen de l'Union, certains États membre, depuis l'arrêt Zhu et Chen, ont tenté d'agir en modifiant les conditions d'attribution de leur nationalité (A).

L'apport de la jurisprudence *Zambrano* doit également être analysé au regard des États membres dont la législation nationale prévoit, en matière d'attribution de la nationalité, un droit de sol différé (B).

[243] CORNELOUP Sabine, Citoyenneté européenne : la Cour de justice apporte une nouvelle pierre à son édifice, Recueil Dalloz, 2011, p.1325.
[244] Questions parlementaires, 7 mars 2002, réponse donnée par M.Vitorino au nom de la commission. Questions écrites E-2821/01.

A. Le durcissement des conditions d'attribution de la nationalité

Dès l'institution de la citoyenneté européenne, en 1992, la déclaration relative à la nationalité des États membres indiquait clairement que « la question de savoir si une personne a la nationalité de tel ou tel État membre est réglée uniquement par référence au droit national de l'État concerné »[245]. La compétence nationale en matière d'attribution de la nationalité a été ultérieurement réaffirmée dans la jurisprudence de la Cour JUE.

Si, en la matière, la compétence des États membres a été progressivement encadrée par la Cour JUE, elle n'a jamais été remise en cause. Etant exclusivement compétente, à la suite de l'émergence d'un droit de séjour dérivé sur le fondement de l'article 20 TFUE, les États soucieux de préserver leur compétence dans le domaine de l'immigration et du droit de la nationalité n'ont pas hésité à durcir les conditions d'attribution de leur nationalité. C'est ce qui s'est produit en Irlande ou le droit de la nationalité a été réformé à la suite de l'arrêt Zhu et Chen. En effet, avant l'arrêt Zhu et Chen, l'article 2 de la constitution irlandaise disposait que « c'est le droit et le droit acquis à la naissance de toute personne née dans l'ile d'Irlande, y compris les iles et les mers qui en dépendent, de faire partie de la nation irlandaise… ».[246] Pour circonscrire les conséquences de l'arrêt Zhu et Chen, le gouvernement irlandais a proposé, avec succès, un référendum visant à réviser cette disposition constitutionnelle. Selon le gouvernement Irlandais, il s'agissait de mettre fin « au tourisme de nationalité, de faire un rapprochement entre la législation irlandaise et celle des autres Etats européens ». Le premier ministre Bertie Ahern affirmait ainsi que « des femmes aux dernières semaines de grossesse sont prêtes à voyager en Irlande pour contourner les lois sur l'immigration des Etats membres de l'Union européenne ». Depuis cette réforme, l'acquisition de la nationalité irlandaise pour tout enfant d'étranger né en Irlande est soumise à une condition de séjour préalable de 3 ans en Irlande. La législation belge a aussi évolué et il ne serait plus possible aujourd'hui pour les parents de choisir de ne pas inscrire leurs enfants auprès des autorités diplomatiques de leur propre pays afin que ces derniers puissent acquérir la nationalité belge, comme l'avaient fait les époux *Zambrano.* Enfin, il convient de noter qu'en absence de conditions uniformes d'acquisition de la citoyenneté européenne, l'article 20 TFUE peut être de nature à favoriser le tourisme de nationalité, en attirant les ressortissants de pays tiers dans les Etats membres ou les législations nationales prévoient le droit du sol sans autres conditions que la naissance sur le territoire.

[245] Déclaration jointe par les États à l'acte final du traité sur l'Union européenne, JO 1992, C-191, p. 98.
[246] Article 2 de la constitution d'Irlande.

La question n'est pas sans incidence sur la législation des États membres qui prévoient un droit de sol différé.

B. Les difficultés juridiques liées au droit du sol différé : le cas de la France.

Aux termes de l'article 21-7 du code civil français, « tout enfant né en France de parent étranger acquiert la nationalité française à sa majorité si, à cette date, il a en France sa résidence et s'il a eu sa résidence habituelle en France pendant une durée continue ou discontinue d'au moins cinq ans, depuis l'âge de onze ans ».[247] Ainsi, on considère que l'acquisition de la nationalité française de l'enfant né en France de parents étrangers est différée et soumise à des conditions de résidence en France. De ce fait, ces enfants ressortissants d'États tiers et potentiellement français à leur majorité sont des citoyens européens en puissance. Ainsi, peut-on refuser le droit de séjour à un ressortissant d'État tiers, parent d'un enfant né en France et qui pourra prétendre à la citoyenneté française à sa majorité ?

L'enfant se trouvant dans une telle situation ne deviendra citoyen de l'Union qu'après l'acquisition de la nationalité française. Partons de l'hypothèse que ses parents se trouvent en séjour irrégulier sur le territoire de l'État membre d'accueil. Le refus d'accorder un droit de séjour à de tels parents n'est-il pas de nature à priver l'enfant de toute possibilité de devenir citoyen de l'Union, s'il doit suivre ces parents dans un État tiers à l'Union européenne ?

La volonté de protéger les ressortissants de pays tiers, membres de la famille du citoyen européen, se prolonge après la dissolution des liens familiaux.

Section III. Les conditions du maintien du droit de séjour dérivé des membres de la famille, entre insécurité juridique et protection

A certaines conditions, le droit dérivé des ressortissants d'États tiers, membres de la famille du citoyen européen, peut être maintenu après la rupture des relations familiales.

La rupture des relations familiales entre le citoyen de l'Union et les membres de la sa famille, ressortissants d'États tiers, peut résulter de différents facteurs tels que le décès ou le départ du citoyen, du divorce, d'annulation du mariage ou de rupture d'un partenariat enregistré. Les

[247] Article 21-7 du code civil français.

conditions du maintien de leur droit de séjour diffèrent selon leur nationalité (citoyen de l'Union ou ressortissants d'États tiers).

En cas de décès ou de départ du citoyen de l'Union, l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2004/38, prévoit que ces situations n'affectent pas le droit de séjour des membres de sa famille qui ont la nationalité d'un État membre[248]. Avant l'acquisition du droit de séjour permanent, ils doivent soit exercer une activité économique, soit disposer de ressources suffisantes afin de ne pas devenir une charge pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil[249]. S'agissant des membres de la famille, ressortissant de pays tiers, en cas de décès, le droit de séjour n'est maintenu que s'ils résident dans l'État membre d'accueil depuis au moins un an[250]. En tout état de cause, le départ ou le décès du citoyen n'affecte pas leur de droit séjour, d'une part, si ses enfants sont scolarisés dans l'État membre d'accueil et, d'autre part, s'ils ont la garde effective desdits enfants[251]. Lorsque les enfants sont scolarisés dans l'État membres d'accueil, en cas de départ du citoyen de l'Union, le droit de séjour du parent qui en a la garde effective, trouvait son fondement dans l'article 12 du règlement 1612/68[252]. En effet, dans deux arrêts du 23 février 2010, la Cour a considéré que le droit de l'enfant de poursuivre sa scolarité dans l'État membre d'accueil, en application de l'article 12 du règlement 1612/68, implique qu'il ait le droit d'être accompagné par la personne qui assure effectivement sa garde et ce, sans que les conditions définie par la directive 2004/38 ne puissent leur être imposées[253]. En la matière, la nationalité de l'enfant scolarisé est indifférente[254]. Ces conditions semblent favorables aux ressortissants de pays tiers, membres de la famille du citoyen.

En cas de divorce, d'annulation de mariage ou rupture d'un partenariat enregistré, le droit de séjour des membres de la famille qui ont la nationalité d'un État membre est maintenu dans les mêmes conditions qu'en cas de décès ou de départ[255]. En revanche, le maintien du droit de séjour des membres de la famille, ressortissants de pays tiers, est soumis à plusieurs conditions alternatives [256]: le mariage ou le partenaire doit avoir duré au moins trois ans avant le début de la procédure judiciaire de divorce ou d'annulation ou de rupture, dont un an au

[248] Article 12, paragraphe 1, de la directive 2004/38.
[249] Ibid.
[250] Article 12, paragraphe 2.
[251] Article 12, paragraphe 3.
[252] CJUE, 23 février 2010, Ibrahim, aff. C-310/08 ; CJUE, 23 février 2010, Teixeira, aff. C-480/08.
[253] CJUE, 23 février 2010, Ibrahim, aff. C-310/08, point 50.
[254] CJUE, 8 mai 2013, Olaitan Ajoke Alarape et Olukayode Azeez Tijani, aff. C-529/11.
[255] Article 13, paragraphe 1.
[256] Article 13, paragraphe 2.

moins dans l'État membre d'accueil ; avoir la garde des enfants ; avoir été victime de violences conjugales ; avoir un droit de visite à l'enfant mineur du couple.

Ces conditions de maintien de droit de séjour mettent les ressortissants de pays tiers, membres de la famille du citoyen, dans une situation d'insécurité juridique. En effet, lorsque ces derniers n'ont pas un droit de séjour dans un Etat membre de l'Union européenne, ils seront contraints de quitter le territoire de l'Union dans son ensemble. Les difficultés dues à ces conditions de maintien peuvent être illustrées à travers plusieurs arrêts récents de la Cour JUE, notamment l'affaire NA du 30 juin 2016. En l'espèce, la requérante, ressortissante d'un État tiers, demandait le maintien de son droit de séjour dans un État membre d'accueil alors que le divorce était postérieur au départ du citoyen de l'Union. C'est dans ce contexte que la Cour a considéré que la ressortissante d'État tiers victime de violence durant le mariage ne pouvait bénéficier du maintien de son droit de séjour sur le fondement de l'article 13 de la directive 2004/34 dès lors que le début de la procédure judiciaire de divorce est postérieur au départ du citoyen de l'Union[257].

Si cette solution semble conforme à l'esprit du droit de séjour dérivé, elle n'en demeure pas moins discutable[258]. Dans ses conclusions, l'Avocat général Wathelet proposait à la Cour de juger que, lorsque le divorce est consécutif à des actes de violence, l'article 13 n'exige pas que le citoyen de l'Union séjourne dans l'État membre d'accueil au moment du début de la procédure judiciaire de divorce[259]. Pour l'Avocat général Wathelet, une interprétation de l'article 13, paragraphe 2, de la directive 2004/38, imposant la présence du citoyen de l'Union sur le territoire de l'État membre d'accueil jusqu'à l'introduction de la procédure judiciaire de divorce priverait de tout effet utile la disposition « qui consiste à transformer le droit de séjour dérivé d'un membre de la famille en un droit de séjour personnel dans certaines circonstances particulières qui méritent d'être protégées »[260]. Comme l'écrit Ségolène Barbour Des Place, « l'enjeu est en effet la protection de la victime de l'acte de violence qui pourrait subir un chantage au divorce si son droit de séjour était inextricablement lié au mariage. L'exigence

[257] CJUE, 30 juin 2016, NA, aff. C-115/15, points 49, 50 et 51 ; f c, aussi CJUE 16 juillet 2015, Singh, e.a, aff. C-218/14
[258] BARBOU DES PLACES Ségolène, Le droit de séjour des ressortissants d'États tiers ayant la garde effective d'enfants citoyens de l'Union, op cit, note 110.
[259] Conclusion de l'Avocat général, MELCHIOR Wathelet, du 14 avril 2016 dans l'affaire NA, C-115/15, point 62.
[260] Ibid. point 76.

d'une présence effective du conjoint jusqu'à l'introduction de la procédure de divorce pourrait par conséquent produire des effets contraires à ceux visés par la directive »[261].

Ainsi, les ressortissants de pays tiers membres de la famille du citoyen européen ne sont pas suffisamment protégés contre l'éventuelle perte du droit de séjour.

[261] BARBOU DES PLACES Ségolène, Le droit de séjour des ressortissants d'États tiers ayant la garde effective d'enfants citoyen de l'Union, op cit, note 110.

CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE

Ce chapitre a permis de cerner les fondements juridiques du droit de séjour dérivé des ressortissants de pays tiers membres de la famille du citoyen européen. Ces étrangers bénéficient d'un régime favorable en matière d'admission au séjour. Les fondements et les objectifs de ce droit de séjour dérivé ont évolué dans le temps. Initialement conçu comme un instrument au service de la liberté de circulation du citoyen qui ne s'applique que lorsque ledit citoyen se rend dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité, la Cour a progressivement étendu les hypothèses de reconnaissance de ce droit à la situations des ressortissants des pays tiers qui assurent effectivement la charge du citoyen mineur et ce, en l'absence de toute de mobilité.

Les fondements juridiques de ce droit de séjour varient en fonction des situations. Lorsque le citoyen se rend dans un État membre d'accueil, le droit de séjour des membres de sa famille trouve son fondement dans le droit dérivé. Lorsqu'il retourne dans son pays d'origine après avoir fait usage de son droit de libre circulation, le droit drivé des membres de sa famille trouve son fondement dans l'article 21 TFUE, dans les conditions définies par la directive. En l'absence de toute situation de mobilité, on a recours l'article 20 TFUE.

Chapitre II.

LE DROIT DE SEJOUR BASE SUR DES CONSIDERATIONS AXIOLOGIQUES BIAISEES

Ce chapitre a pour objectif de démontrer que l'Union européenne et ses États membres opposent des conditions restrictives lorsque le droit de séjour des étrangers trouve son fondement dans le respect de leurs droits fondamentaux, tels que le regroupement familial ou la protection internationale. Pour illustrer le caractère restrictif du droit de séjour fondé sur la protection des droits fondamentaux, Marie-Laure Basilien-Gainche écrivait que « les possibilités d'entrée et de séjour des ressortissants des pays tiers dans l'Union se réduisent, comme l'illustrent les conditions mises au regroupement familial […]. C'est un même constat que l'on peut établir concernant le droit d'asile [262]».

En matière d'admission au séjour, le constat du recul des valeurs au profit des considérations économiques est plus que perceptible. En effet, si les droits fondamentaux ont été un vecteur de reconnaissance de droits en faveur des étrangers en matière d'admission au séjour dans les États membres de l'Union, aujourd'hui, on assiste à un recul de ce droit.

Le caractère restrictif de l'admission au séjour au titre des droits fondamentaux dans l'union peut être illustré à travers le regroupent familial (section I) et la protection internationale (section II).

Section I. Le droit au regroupement familial, un droit malmené lorsque le regroupant est le ressortissant d'un Etat tiers[263]

L'importance de la famille et la protection de la vie familiale sont consacrées dans de nombreux instruments nationaux[264] et internationaux[265]. Classiquement catégorisé comme un droit de l'homme de la deuxième génération, c'est-à-dire un droit de créance[266], la protection de la vie

[262] BASILIEN-GAINCHE Marie-Laure, La politique européenne d'immigration et d'asile en question : la valeur de la solidarité soumise à l'argument de la réalité, In BOUTAYEB Chahira (dir), La solidarité dans l'Union européenne- élément constitutionnel [en ligne] consulté le 3 avril 2022.

[263] BUGNON Caroline, Le regroupement familial : échec d'une harmonisation des règles à l'échelle européenne, In ICARD Philippe, Les flux migratoires au sein de l'Union européenne », Bruylant, 2017, P.89.

[264] En France, dès 1978, le Conseil d'état a érigé le droit au respect de la vie familiale en principe du droit en s'appuyant sur le préambule de la constitution de 1946. En 1993, le Conseil constitutionnel l'a consacré en principe constitutionnel, Cf, CE, 8 décembre 1978, GISTI, CFDT, CGT n° 10097.

[265] Cf, l'article 16 de la déclaration universelle des droits de l'homme du 17 décembre 1948 ; OIT, recommandation n°86 et 151.

[266] CEDH, 13 juin 1979, Marckx c. Belgique Req n° 6833/74 ; CEDH, 9 octobre 1979 Airey c. Irlande Req n° 6289/73 « Si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas d'astreindre l'État à s'abstenir de pareille ingérence : à cet engagement

familiale a pu servir de fondement à l'admission au séjour des ressortissants des États tiers[267]. Avant la communautarisation de la politique d'asile et d'immigration, le droit pour un étranger, régulièrement installé dans un État, de faire venir les membres de sa famille auprès de lui relevait de la compétence de l'État d'accueil, partiellement encadrée par la Cour. EDH. Sous le règne des États et malgré les sources constitutionnelles et internationales, le droit au regroupement familial n'a cessé de faire l'objet de mesures restrictives[268]. Au milieu des années 1980, la Cour. EDH est intervenue pour affirmer « l'applicabilité de l'article 8 de la Conv. EDH » à la situation des étrangers désireux d'être rejoints par les membres de leur famille[269]. Si la jurisprudence de la Cour a influencé les conceptions nationales du droit d'entrée et de séjour des étrangers au titre du regroupement familial[270], cette influence est restée largement relative.

La communautarisation de la question migratoire et d'asile au sein de l'Union a érigé des barrières « pour restreindre la portée du droit au regroupement familial »[271]. Depuis cette communautarisation, le droit au regroupement familial des ressortissants des pays tiers est régi par la directive 2003/86[272] du 22 septembre 2003, « adoptée après quatre ans de débats difficiles, et dans une version édulcorée, comparée à la première proposition de la commission »[273]. Si cette directive constitue l'une des premières avancées notables de la stratégie de l'Union européenne en direction des ressortissants de pays tiers, elle n'obéit nullement au principe d'égalisation des droits affiché au Conseil européen de Tampere[274]. Cette inégalité des droits entre les ressortissants des pays tiers et les citoyens de l'Union en matière

plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale ». Ainsi est apparu l'aspect de créance de la famille contre l'État.

[267] BAUDET Véronique, Regroupement familial : l'acharnement, Plein droit, 2008 n°76, p. 3 à 6.

[268] Ibid.

[269] CEDH, 28 mai 1985, Abdulaziz, Cabales et Balkandali, req n° 9214/80.

[270] Sur l'influence de l'article 8 de la Convention en droit national, Cf, ABRAHAM Ronny, Les juridictions françaises et la Convention européenne des droits de l'homme, FULCHIRON Hugues, Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, L.G.D.J, 1999, P. 39-49.

[271] BUGNON Caroline, Le regroupement familial : échec d'une harmonisation des règles à l'échelle européenne, In ICARD Philippe, Les flux migratoires au sein de l'Union européenne », Bruylant, 2017, P.89.

[272] Directive 2003/86/CE du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, journal officiel de l'Union européenne L251/12, du 3 octobre 2003.

[273] Proposition de directive du 1er décembre 1999 relative au regroupement familial. Cette première proposition intégrait dans le cercle des bénéficiaires, les partenaires non mariés y compris de même sexe, n'excluait ni les ascendants ni les enfants majeurs, ne prévoyait pas de conditions de logement. Ce texte n'ayant pas donné de suite favorable, la nouvelle proposition du 2 mai 2002 a traduit un véritable recul non seulement par rapport aux versions antérieures, mais aussi par rapport aux promesses de Tampere.

[274] DI MANNO Thierry, MARIE-PIERRE Elie, L'étranger sujet du droit et sujet des droits, Bruylant 2008, page 40

de regroupement familial résulte de la volonté des États membres de conserver leur souveraineté en la matière (paragraphe I).

La version finale de la directive étant considérée par certaines organisations non gouvernementales nationales et européennes spécialisées[275] dans la défense de la famille et des droits des étrangers comme peu respectueuse des droits fondamentaux, la Cour de justice de l'Union européenne a tenté d'encadrer la marge d'appréciation des États membres dans la mise en œuvre de la directive 2003/86 (paragraphe II).

En dépit des tentatives d'encadrement de la marge d'appréciation des États, les traces des souverainetés nationales sont encore perceptibles (paragraphe III).

§ I. Le droit au regroupement familial des étrangers à l'épreuve des souverainetés nationales

Le droit pour les étrangers à mener une vie familiale normale sur le territoire d'un État d'accueil appelle au préalable plusieurs observations. Tout d'abord, ce droit touche à la souveraineté de l'État sur le territoire duquel les intéressés entendent s'établir. Ensuite, il oppose deux intérêts : celui de l'individu et celui de la société de l'État d'accueil.

En Europe, depuis « l'affirmation de l'applicabilité » de l'article 8 de la Conv. EDH au regroupement familial des étrangers, cet article semble être l'instrument le plus important de protection de la vie familiale. Ainsi, pour déterminer si la directive 2003/86 est respectueuse de l'obligation de respect de la vie familiale telle que formulée à l'article 8 de la Conv. EDH, il convient dans un temps d'analyser la portée de cet article (A) avant de se pencher sur l'étendue du droit au regroupement familial en application des dispositions de l'Union européenne (B).

A. L'étendue du droit au regroupement familial des étrangers en droit de la CEDH : les obligations positives de l'article 8

Bien que la Conv. EDH, dans son texte originaire, ne contienne pas de dispositions particulières relatives à la situation des ressortissants des États tiers, la Cour EDH a pris en compte les droits

[275] Cf, RODIER Claire, L'Europe contre le regroupement familial, Plein droit n°59-60, mars 2004.

des étrangers et a réalisé une extension de la protection conventionnelle[276]. Les étrangers, quelle que soit leur nationalité, peuvent se prévaloir des droits et libertés protégés par la Conv EDH[277].

En matière d'admission au séjour des étrangers, l'article 8 est le pivot de l'extension de la protection conventionnelle. Deux obligations résultent de cette disposition, une positive et l'autre négative. Ici, l'analyse consiste à rattacher l'autorisation de séjour des membres de la famille aux obligations positives résultant de l'article 8 de la Convention EDH, puisque ces obligations se caractérisent par le fait qu'elles exigent des autorités nationales de « prendre les mesures nécessaires » à la sauvegarde d'un droit[278] ou plus précisément « d'adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits des individus[279] ». Ce qui distingue les obligations positives des obligations négatives[280], c'est que les premières exigent une intervention positive de l'État (par exemple autoriser l'entrée et le séjour) tandis que les secondes requièrent de lui qu'il s'abstienne de commettre des ingérences (par exemple séparer les membres d'une même famille).

Concernant l'obligation positive (l'admission des membres de la famille au titre du regroupement familial) la particularité est qu'elle touche à la maitrise de l'entrée et le séjour des étrangers sur le territoire national. En la matière, la jurisprudence de la Cour EDH a connu une évolution.

En effet, La jurisprudence de la Cour EDH a longtemps fait céder le respect du droit de la vie familiale devant les nécessités du contrôle de l'immigration[281], en jugeant que le droit pour une personne de pénétrer et de s'établir dans un pays dont elle n'est pas ressortissante n'est pas garanti en tant que tel par la Convention[282]. Autrement dit, si l'étranger a indéniablement le droit à une vie familiale normale, ce droit ne fait pas obligation à l'État d'accueil d'admettre au séjour les membres de sa famille. La Cour EDH le rappelle régulièrement, en considérant que « l'article 8 ne saurait être interprété comme comportant pour un État contractant l'obligation générale de respecter le choix par des étrangers du lieu de leur installation »[283]. Ce qui signifie

[276] SUDRE Frédéric, MILANO Laure, PASTRE-BELTA Béatrice, SCHAHMANECHE Aurélia, Droit européen et international des droits de l'homme, 16ème édition, PUF, 2023, p.929.
[277] Article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme « les hautes parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention ».
[278] Cour EDH, 23 septembre 1994, Hokkanen c. Finlande Req n°19823.
[279] Cour EDH, 9 décembre 1994, Lopez Ostra c. Espagne Req n° 16798/90
[280] Les obligations négatives seront abordées dans la dernière partie de la présente thèse.
[281] SUDRE Frédéric, MILANO Laure, PASTRE-BELTA Béatrice, SCHAHMANECHE Aurélia, Droit européen et international des droits de l'homme, op cit, note 148.
[282] Commission, Décision du 24 avril 1965, req 1855/63.
[283] CEDH, 28 mai 1985, Abadulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni Req n°9214/80.

que l'État est en droit de refuser une demande d'entrée et de séjour au titre du regroupement familial dès lors que les demandeurs ont la possibilité de mener une vie familiale normale dans leur pays d'origine. Cette interprétation restrictive est corroborée par le principe selon lequel il revient aux États de contrôler leurs frontières, sous réserve de leurs engagements internationaux. Dans son arrêt Gul contre Suisse de 1996[284], pour confirmer un refus d'admission au séjour des enfants d'un étranger régulièrement établi en Suisse, la Cour EDH s'est limitée à vérifier s'il n'existait pas d'obstacle au développement de la vie familiale dans le pays d'origine du requérant. En réalité, le droit à la protection de la vie familiale ne se confondait avec le droit au séjour des membres de la famille que lorsque la vie familiale n'était pas possible dans le pays d'origine de l'étranger[285]. Il s'agissait, d'une part, de considérer que dès lors que les étrangers ont volontairement quitté leur pays d'origine, l'État d'accueil, en raison de sa souveraineté en matière d'immigration, n'avait pas l'obligation d'autoriser l'entrée et le séjour des membres de leur famille. Cela revient à considérer, à contrario, que lorsque le regroupant étranger a été contraint de quitter son pays d'origine et que le développement de sa vie familiale n'y est plus possible, l'article 8 fait obligation aux États parties d'autoriser l'entrée et le séjour des membres de sa famille. Cette interprétation restrictive de la Cour EDH avait fait l'objet de plusieurs critiques doctrinales. Henri Labayle comparait la position de la Cour à celle des ordres juridiques internes. Selon l'auteur, l'ordre juridique interne français reconnaissait[286] déjà que le droit à mener une vie familiale normale « comportait en particulier la faculté pour les étrangers de faire venir auprès d'eux leurs conjoints et leurs enfants mineurs »[287]. Or, la Cour européenne des droits de l'homme semblait subordonner l'obligation positive à la charge des États à l'impossibilité pour les intéressés de mener une vie familiale normale dans leur pays d'origine. Dans ce sens, dès lors que le regroupant est à l'origine de la séparation des membres de la famille, il ne pouvait pas prétendre à un droit au regroupement familial en application de l'article 8 de la Conv. EDH[288].

L'arrêt Sen contre Pays-Bas du 21 décembre 2001[289] a marqué une évolution « heureuse »[290] puisque la Cour a renoncé à analyser la situation du seul point de vue de l'immigration pour se

[284] CEDH, Gul c/ Suisse, 19 février 1996, req 23218/94.
[285] CEDH, 28 novembre 1996, Ahmut c/ Pays-Bas, req 21702/93.
[286] LABAYLE Henri, L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale, in FULCHIRON Hugues (dir), Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, LGDJ, 1999,p. 104-105.
[287] Conseil Constitutionnel, Décision 93-325 DC, loi relative à la maitrise de l'immigration, considérant 70.
[288] CEDH, Gul c/ Suisse, 19 février 1996, op cit, note 156.
[289] CEDH, 21 décembre 2001, Sen c/ Pays-Bas, req 31465/96.
[290] SUDRE Frédéric, MILANO Laure, PASTRE-BELTA Béatrice, SCHAHMANECHE Aurélia, Droit européen et international des droits de l'homme, op cit, note 148.

livrer à un « véritable contrôle de proportionnalité ». Depuis cet arrêt, la Cour EDH admet que l'article 8 fait peser sur les États partie l'obligation positive d'autoriser l'enfant à résider avec ses parents, afin de permettre aux intéressés de maintenir et de développer une vie familiale normale. La jurisprudence postérieure confirme ce mouvement et admet désormais que l'article 8 garantit le droit des étrangers mineurs au regroupement familial[291]. Comme l'écrit professeur Flauss, « avec son arrêt Sen contre Pays-Bas, la Cour a reconnu à la charge des États parties une obligation positive d'assurer l'unité familiale au moyen d'un droit au regroupement familial »[292].

Toutefois, la Cour invite les États partie à tenir compte « du juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble »[293], tout en reconnaissant une certaine marge de manœuvre en faveur des États[294]. Ces derniers ont souvent tendance à opposer « le bien-être économique » à l'admission au séjour au titre du regroupement familial, ce qui semble largement critiquable[295].

La portée de l'arrêt *Sen* semble se limiter à l'admission au séjour des enfants ressortissants d'États tiers. En effet, lorsque le regroupé est le conjoint du regroupant, la Cour opère une distinction selon qu'il s'agit ou non d'une relation préexistante au départ du regroupant.

S'il s'agit d'une relation postérieure au départ du regroupant, la Cour considère que l'article 8 ne saurait être interprété comme comportant pour un État partie l'obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur domicile commun et d'accepter l'installation de conjoints sur leur territoire[296]. Dans ce sens, l'admission au séjour du conjoint est subordonnée à la preuve de l'existence d'obstacles au développement de la vie familiale dans le pays d'origine. Cette solution adoptée dès 1985 dans la jurisprudence *Adulaziz*, a été réaffirmée dans un arrêt *Konstatinov* du 26 avril 2007[297], rendu postérieurement à l'arrêt *Sen*. A la différence de l'arrêt Sen, lorsqu'il s'agit d'une relation de couple, la Cour se contente de vérifier s'il n'existe pas d'obstacles au développement de la vie familiale dans le pays d'origine des intéressés.

[291] Ibid ; cf, CEDH, 1 décembre 2005, Tuquabo-Tekele c/ Pays-Bas, req 60665/00.
[292] FLAUSS Jéan-François, actualité de la Convention européenne des droits de l'homme, novembre 2001, avril 2002, AJDA, juin 2002, n°6, p. 505.
[293] CEDH, 21 décembre 2001, Sen c/ Pays-Bas, req 31465/96.
[294] CEDH, 28 novembre 1996, Ahmut c/ Pays-Bas, req 21702/93.
[295] LABAYLE Henri, L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale, op, cit note 158, p. 107.
[296] CEDH, 28 mai 1985, Abdulaziz, Cabales, Balkandali c/Royaume-Uni, req 9214/80 ; 9473/81 ; 9474/81.
[297] CEDH, 26 avril 2007, Kontatinov c/ Pays-Bas, req n° 16351/03.

En outre, en matière d'admission au séjour, la Cour EDH admet un traitement différencié entre les membres de la famille des citoyens européens et ceux des ressortissants de pays tiers. S'agissant de l'admission au séjour des membres de la famille des ressortissants des pays tiers, comme précédemment évoqué, elle considère que l'article 8 ne garantit pas un droit d'entrée et de séjour en faveur des étrangers. En revanche, concernant les membres de la famille du citoyen européen, elle adopte une approche différente en considérant que l'article 8 doit être interprété à la lumière du droit de l'Union et en particulier des obligations imposées aux États membres en matière d'entrée et de séjour des citoyens de l'Union[298].

On s'aperçoit ainsi que dans le système de la CEDH, la souveraineté des États en matière d'accès et de séjour des étrangers à leur territoire attenue fortement la valeur juridique du droit au regroupement familial. Le droit de l'Union européenne ne fait pas exception à cette atténuation de la portée du regroupement familial.

B. L'étendue du droit au regroupement familial des étrangers en droit de l'Union européenne

En droit de l'Union européenne, l'admission des ressortissants des États tiers au titre du regroupement familial est régie par la directive 2003/86[299]. Cette directive s'inscrivait dans la réalisation des objectifs définis lors du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, c'est-à-dire le rapprochement des législations nationales en matière d'admission et de séjour des ressortissants des États tiers dans les États membres de l'Union, assurer un traitement équitable à ceux parmi eux qui se trouvent légalement installés dans les États membres, à leur offrir des droits et des obligations comparables à ceux des citoyens de l'Union en vue de faciliter leur intégration[300]. Les règles relatives au regroupement familial devaient être adoptées en conformité avec l'obligation de protection de la famille et de respect de la vie familiale conformément aux instruments du droit international[301]. Il convient dès lors de comparer les dispositions de la directives 2003/86 à celle de l'article 8 de la Conv EDH.

En premier lieu, le champ d'application personnel de l'article 8 de la Conv EDH semble plus large que celui de la directive 2003/86. En effet, en application de l'article 8, le regroupement familial ne concerne pas que le conjoint marié et les enfants mineurs. Les concubins ou les

[298] CEDH, 21 juin 2005, Aristimuno Mensdizabal, c/ France, req, 51431/99, point 69.
[299] Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003, relative au droit au regroupement familial, JO de l'Union européenne, L251/12 du 3 novembre 2003.
[300] Considérant 3 de la directive 2003/86.
[301] Considérant 2 de la directive 2003/86.

personnes pacsées sont considérés comme des membres de la famille pouvant prétendre au bénéfice du regroupement familial[302] ; alors qu'en application de la directive 2003/86 leur admission, au titre du regroupement familial, est laissée à la discrétion des États membres[303]. Autrement dit, lorsque le regroupé est lié au regroupant par un lien juridique autre que le mariage (concubinage, PACS) seul l'article 8 de la Conv EDH fait obligation aux États de l'admettre au séjour si les conditions définies si dessus sont remplies. Le caractère restrictif du champ d'application de la directive 2003/86 est dû à la résistance opposée par les États membres de l'Union à l'adoption d'un texte plus large.

En effet, la première proposition de directive présentée par la Commission allait dans le même sens que l'article 8 de la Con EDH. Ladite proposition présentait plusieurs avancées, elle définissait la famille de manière extensive. Son article 5 précisait les membres de la famille du regroupant éligibles au regroupement en y intégrant le conjoint, le partenaire non marié, y compris le partenaire du même sexe[304], les enfants du couple mariés ou non, les enfants d'un seul des conjoints ou des partenaires. Cette proposition ne faisait aucune différence de traitement à l'égard des enfants nés hors mariage, nés de mariages antérieurs ou adoptés. Elle incluait également dans le cercle des bénéficiaires du regroupement familial, les ascendants à la charge du regroupant. Ladite proposition reçut un accueil favorable du parlement européen exprimé dans une résolution du 6 septembre 2000[305]. Cependant, si cette proposition de directive permettait de progresser vers un champ d'application personnel comparable à celui de l'article 8 de la Conv EDH, c'était sans compter sur la résistance des Etats membres à se voir imposer sur des questions mettant en cause leur souveraineté des normes s'écartant du seul registre du contrôle des flux migratoires pour faire place au respect des principes fondamentaux. Cette résistance n'a pas tardé à se manifester.[306]Le conseil européen de Laeken de décembre 2001[307] faisait le constat des nombreux obstacles à l'obtention d'un accord et invitait la Commission à revoir sa proposition.[308] La nouvelle proposition traduisit un recul de la Commission, manifestement sensible aux résistances des Etats membres. Un mois avant que le Parlement ne formule, en avril 2003, une proposition très critique et comportant de nombreux

[302] CEDH, 30 juin 2016, Taddeucci et McCall c/ Italie, req n° 51362/09.
[303] Article 4, paragraphe 3 de la directive 2003/86.
[304] Commission européenne, article 5 de la proposition de directive sur le regroupement familial, Com (1999) 638 final du 1er décembre 1999.
[305] Parlement européen, résolution législative du Parlement européen sur la proposition de directive du conseil relative au regroupement familial.
[306]BUGNON Caroline, Les flux migratoire au sein de l'Union européenne, Bruyant novembre 2017, page 90.
[307] Conseil européen de Laeken, conclusion de la présidence 14 et 15 décembre 2001, bulletin 17 décembre 2001, PE 313.424.
[308] RODIER Claire L'Europe contre le regroupement familial, op cit.

amendements sur la dernière proposition qui lui avait été soumise, les Etats membres arrêtaient et rendaient public un accord politique sur le texte lors d'une réunion de leurs ministres d'immigration.[309] Au sein du conseil, la règle étant l'unanimité (avant le traité de Lisbonne) pour la prise des décisions relative à la PESC, il a fallu concilier des intérêts contradictoires. Le résultat de la résistance étatique fut l'adoption d'une directive peu satisfaisante au regard de la législation qui existait dans certains États membres[310]. En effet, le champ d'application personnel a été réduit au conjoint[311] (en exclusion des relations de couple non fondées sur le mariage), et les enfants mineurs du regroupant et de ceux de son conjoint[312]. Une marge de manœuvre fut également reconnue aux Etats qui tenaient au respect de leur souveraineté en la matière. Au nom de la protection des intérêts nationaux, la directive 2003/86 autorise les Etats membres à imposer des conditions additionnelles au regroupant étranger et aux membres de sa famille.[313]

Une analyse minutieuse des conditions d'exercice du droit au regroupement familial permet ainsi d'affirmer que ce droit s'accommode d'une distinction entre deux modèles, celui généreux et tolérant, applicable aux citoyens européens et un autre, restrictif et suspicieux, applicable aux ressortissants de pays tiers. Depuis les années 1974, Le regroupement familial constitue la première source d'immigration légale dans les États membres de l'Union européenne, ce qui explique la réticence des États à l'égard d'un encadrement communautaire de leurs compétences dans ce domaine. La directive 2003/86 est donc le résultat d'une conciliation de deux impératifs contradictoires, celui de régulation de l'immigration, et la nécessité de permettre aux ressortissants de pays tiers résidants légalement sur le territoire d'un État membre de mener une vie familiale normale.

Estimant que la directive ne respectait pas les droits fondamentaux et particulièrement le droit au respect de la vie familiale, le Parlement européen n'a pas hésité à former un recours en annulation.

Dans son recours, il soutenait que les dispositions attaquées[314] ne respectaient pas les droits fondamentaux et, notamment, le droit à la vie familiale et le droit à la non-discrimination tels

[309] BUGNON Caroline, Les flux migratoire au sein de l'Union européenne, op cit, note 249.
[310] En France par exemple.
[311] Article 3, paragraphe 1, a, de la directive 2003/86.
[312] Article 3, paragraphe 1, b, c, d, de la directive 2003/86.
[313] BUGNON Caroline, Les flux migratoires au sein de l'Union européenne, op, cit .p 94.
[314] CJUE, 27 juin 2006, Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne, aff. C-540/03, le Parlement européen a demandé l'annulation de l'article 4, paragraphe 1, et 6, ainsi que l'article 8 de la directive 2003/86/CE du Conseil, du 22 septembre 2003, relative au regroupement familial.

que garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles commune aux États membres de l'Union, en tant que principes généraux du droit communautaire, que l'Union se doit de respecter.

En réponse à la requête du Parlement, dans son arrêt du 27 juin 2006[315], la Cour de justice n'a certes retenu aucun des griefs, cependant, elle a engagé les États à faire en sorte que l'application des règles posées par la directive soit conforme aux droits fondamentaux.

Ainsi, la version définitive adoptée a retenu un champ d'application personnel restrictif comparé à l'article 8 de la Conv EDH, tout en consacrant un droit subjectif d'admission au titre du regroupement familial.

En second lieu, comme précédemment évoqué, l'article 8 de la Conv EDH ne consacre aucun droit subjectif d'admission au séjour en faveur des ressortissants des pays tiers. Or, la directive 2003/86 consacre un droit subjectif d'admission en leur faveur dès lors que les conditions qui en sont définies sont remplies.

En ce sens, les États de l'Union européenne ont instauré, « en matière de regroupement familial, un système qui va au-delà du standard minimum de l'article 8 CEDH »[316]. Sur cette question spécifique, le caractère plus favorable du droit de l'Union s'explique par la volonté d'intégrer les ressortissants des pays tiers dans la société de l'État membre d'accueil.

En dépit du caractère relatif de l'admission au séjour des ressortissants des pays tiers au titre du regroupement famille, tant en droit de l'Union européenne qu'en droit de la CEDH, la Cour de justice de l'Union européenne a tenté d'encadrer la marge de manœuvre reconnue aux États.

§ II. Les tentatives d'encadrement des souverainetés étatiques en droit de l'Union européenne

Il est dorénavant indiscutable que ni le droit de la CEDH ni le droit de l'Union européenne ne met d'obligation générale à la charge des Etats d'autoriser le regroupement familial des étrangers sur leur territoire. L'analyse précédente a mis en évidence la marge d'appréciation laissée aux États en la matière. Cependant, en raison de son attachement à certaines valeurs universelles, l'Union européenne tente d'encadrer la compétence de ses États membres par

[315] Ibid.
[316] AMARELLE Cesla, CHRISTEN Nathalie, SON NGUYEN Minh, Migration et regroupement familial, Édition Stampfli, 2012, p.150.

l'exigence d'une application conforme de la directive 2003/86 aux droits fondamentaux (A), et par la mise en place de certains instruments relatifs à la bomme application de la directive (B).

A. L'exigence d'une application conforme de la directive 2003/86 à son objectif et aux droits fondamentaux

Comme précédemment évoqué, si le recours en annulation du Parlement européen contre certaines dispositions de la directive 2003/86 a été rejeté par la Cour de justice[317], sa décision a néanmoins eu des conséquences sur la manière dont les Etats membres doivent appliquer ladite directive. Elle considère en particulier que les droits fondamentaux lient les Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre des réglementations communautaires et que ceux-ci sont tenus d'appliquer les dispositions de la directive dans des conditions qui ne méconnaissent pas les exigences découlant de la protection de ces droits, notamment en ce qui concerne la vie familiale et le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant mineur[318].

De ce fait, l'exercice par les États membres de leur pouvoir d'appréciation doit s'effectuer dans le respect du droit fondamental au respect de la vie familiale et de l'objet de la directive. Dit autrement, la marge de manœuvre reconnue aux États membres par la directive 2003/86 ne doit pas s'exercer de manière à empêcher l'exercice du droit au regroupement familial. Le préambule de la directive prévoit une transposition conforme avec l'obligation de protection et de respect de la vie familiale[319]. En ce sens, les mesures adoptées par les États membres doivent veiller à respecter les droits fondamentaux et plus particulièrement le principe du respect de la familiales énoncé à l'article 8 CEDH[320]. L'exigence de l'application conforme de la directive aux droits fondamentaux et à l'objectif de la directive a donné lieu à une jurisprudence abondante. Dans son arrêt *Chakroun* de 2010[321], la Cour s'est prononcée sur l'application conforme des articles 7, paragraphe 1, et 2 de la directive aux droits fondamentaux. En effet, l'article 7, paragraphe 1, prévoit que lors du dépôt de la demande de regroupement familial, l'État membre concerné peut exiger de la personne qui a introduit la demande de fournir la preuve que le regroupant dispose notamment de ressources stables, régulières et suffisantes pour subvenir à ses propres besoins et à ceux des membres de sa famille sans recourir au

[317] CJUE, 27 juin 2006, op cit, note 257.
[318] Ibid. point 105.
[319] Considérant 2 de la directive 2003/86 « les mesures concernant le regroupement familial devraient être adoptées en conformité avec l'obligation de protection de la famille et de respect de la vie familiale qui est consacrée dans de nombreux instruments du droit international ».
[320] Directive 2003/86, préambule considérant 2.
[321] CJUE, 4 mars 2010, Chakroun, aff. C-578/08.

système d'aide sociale de l'Etat membre concerné. Il était question de savoir, d'une part, si la notion de recours au « système d'aide sociale » incluait le bénéfice d'une assistance spéciale en cas de dépenses particulières accordée par les collectivités locales de l'Etat membre d'accueil et, d'autre part, si une réglementation nationale qui, pour l'application des conditions de revenus, fait une distinction selon que les liens familiaux sont antérieurs ou postérieurs à l'entrée du regroupant sur le territoire de l'État membre d'accueil était conforme à l'objectif de la directive. La Cour, après avoir souligné que la marge de manœuvre reconnue aux Etats membres ne doit pas être utilisée par ceux-ci d'une manière qui porterait atteinte à l'objectif de la directive, qui est de favoriser le regroupement[322], et à son effet utile, a considéré que la notion de système d'aide sociale de l'État membre est une notion autonome du droit de l'Union qui ne saurait être définie par référence à des notions de droit national[323]. Ainsi, au sens de cette décision, la notion autonome d'aide sociale peut être définie comme l'aide visant à suppléer à un manque de ressources stables, régulières et suffisantes et non comme celle qui permettrait de faire face à des besoins extraordinaires et imprévus[324]. Dans cette affaire, c'est l'exigence d'une application conforme de la directive à son objectif et à son effet utile qui a permis finalement d'encadrer la marge d'appréciation de l'État membre concerné. En outre, la Cour, en se basant sur l'article 7 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui n'établit aucune distinction selon les circonstances et le moment au cours desquels se constitue une famille, considère que la réglementation nationale faisant une distinction selon que les liens familiaux sont postérieurs ou antérieurs à l'entrée du regroupant sur le territoire de l'État membre concerné n'est pas conforme aux droits fondamentaux et à l'objectif de la directive.

Aux termes de l'article 7, paragraphe 2 de la directive 2003/86 « les États membres peuvent exiger des ressortissants de pays tiers qu'ils se conforment aux mesures d'intégration, dans le respect du droit national. En ce qui concerne les réfugiés et ou les membres de la famille des réfugiés visés à l'article 12, les mesures d'intégration visées au premier alinéa ne peuvent s'appliquer qu'une fois que les personnes concernées ont bénéficié du regroupement familial ». Cependant, si les mesures d'intégration relèvent du droit national de chaque Etat membre, elles doivent respecter le principe de proportionnalité, qui fait partie des principes généraux du droit de l'Union. Ainsi, les moyens mis en œuvre par la réglementation nationale transposant l'article 7, paragraphe 2, premier alinéa, doivent être aptes à réaliser les objectifs visés par cette

[322] Ibid., point 43.
[323]Ibid. point 45.
[324] Ibid., point 49.

réglementation et ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour les atteindre.[325] A cet égard, dans la mesure où l'article 7, paragraphe 2, ne vise que des mesures d'intégration, force est de constater que les mesures que les États peuvent exiger sur le fondement de cette disposition ne peuvent être considérées comme légitimes que si elles permettent de faciliter l'intégration des membres de la famille du regroupant. A contrario, toute mesure nationale allant au-delà de cet objectif doit être considérée comme non conforme aux objectifs de la directive. En définitive, l'examen d'intégration ne doit pas avoir pour but de sélectionner les candidats au regroupement familial. Les États membres ayant recours à cette méthode pour restreindre le regroupement familial des étrangers voient ainsi leur pouvoir d'appréciation limité par la Cour de justice.

Les États membres ne peuvent pas non plus exiger du regroupant un séjour légal de plus de 2 ans[326]. Toute décision des États membres relative au regroupement familial doit prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant[327]. En matière de regroupement familial, l'intérêt supérieur de l'enfant joue un rôle crucial. Cependant, cet intérêt supérieur de l'enfant n'est véritablement protégé par le droit de l'Union européenne que lorsque l'enfant a moins de 12 ans. En effet, la directive autorise les Etats membres à subordonner l'admission au séjour des enfants de plus de 12 ans à des critères d'intégration, lorsqu'ils arrivent indépendamment du reste de la famille[328]. Il est évident que cette disposition est susceptible de porter atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant et d'établir une discrimination en raison de l'âge de l'enfant concerné[329]. Néanmoins, l'exigence de proportionnalité des décisions de refus de regroupement familial et de l'application conforme de la directive aux droits fondamentaux permet de remédier à l'atteinte susceptible d'être portée à l'intérieur supérieur de l'enfant qui demande à bénéficier du droit au regroupement familial.

En tout état de cause, il convient de noter que la directive 2003/86 est, à certains égards, plus favorable aux étrangers que le droit de la CEDH, puisqu'elle impose aux Etats membres des obligations positives précises, auxquelles correspondent des droits subjectifs clairement définis, dans des hypothèses déterminées, d'autoriser le regroupement familial de certains membres de la famille du regroupant sans pouvoir exercer leur marge d'appréciation.

[325] CJUE, 9 juillet 2015, Pays-Bas c. K, A aff. C-153/14, voir, par analogie, arrêt Commission /Pays-Bas, C-508/10, point 75.
[326] Article 8 de la directive 2003/86.
[327] CJUE, 27 juin 2006, précité.
[328] Directive 2003/86 article 4, paragraphe 1, dernier alinéa.
[329] CJUE, 27 juin 2006, précité.

A côté du contrôle opéré par la Cour de justice concernant l'application conforme de la directive à certaines valeurs, l'Union européenne s'est dotée de moyens permettant de veiller à la bonne application de la directive par les États membres.

B. Les instruments européens relatifs à la bonne application de la directive 2003/86

Aux termes de l'article 19 de la directive, la Commission fait rapport au parlement européen et au conseil sur l'application de la directive dans les Etats membres et propose, le cas échéant, les modifications nécessaires[330]. La directive 2003/86 étant un texte restrictif par rapport à la proposition initiale de la commission, le rapport prévu à l'article 19 a pour objet de veiller à la bonne application de ladite directive par les États membres. En 2008, la Commission a rendu son premier rapport sur l'application de la directive 2003/86[331]. Dans sa communication, la commission rappelle le principe de la reconnaissance du droit au regroupement familial pour les ressortissants des pays tiers en séjour légal dans les Etats membres. Il s'agit pour la Commission de réaffirmer clairement sa volonté de voir les États membres appliquer la directive 2003/86 conformément à son objectif. A la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice, la commission rappelle que les dérogations au principe de l'autorisation du droit au regroupement familial, en plus de répondre à l'une des finalités, sont strictement encadrées et ne peuvent faire l'objet d'application automatique. Les États membres doivent examiner les situations au cas par cas, c'est-à-dire apprécier la demande à l'aune d'une évaluation individualisée et exhaustive de tous les éléments pertinents pour rendre une décision circonstanciée[332]. Cette exigence est posée à l'article 17 de la directive qui dispose que « les Etats membres prennent dument en considération la nature et la solidité des liens familiaux de la personne et sa durée de résidence dans l'État membre, ainsi que l'existence d'attache familiales, culturelles ou sociales avec son pays d'origine, dans les cas de rejet d'une demande, de retrait ou de non renouvellement du titre de séjour, ainsi qu'en cas d'adoption d'une mesure d'éloignement du regroupant ou des membres de sa famille ». La Commission va faire de l'objectif et de l'effet utile de la directive des arguments pour tenter de restreindre la marge d'appréciation des Etats membres.

---

[330] Article 19 de la directive 2003/86

[331] Rapport de la commission au parlement européen et au conseil sur l'application de la directive 2003/86 CE relative au droit au regroupement familial.

[332] GRANGEON Julien et AUGER Cyril, juin 2014 De timides lignes directrices pour une meilleure protection du droit au regroupement familial des étrangers dans l'Union » Revue des droits de l'homme, juin 2014, [en ligne], https://doi.org/10.4000/revdh.841

La volonté de la Commission est de mettre en perspective le droit au regroupement familial consacré par la directive 2003/86 au regard des droits fondamentaux pour ainsi affirmer que l'ensemble de la directive doit être interprété en adéquation avec l'article 7 de la charte et l'article 8 de la CEDH.

A travers ses communications, la Commission adresse des consignes d'application de la directive aux États membres. Le 13 avril 2014, 11 ans après l'adoption de la directive, elle a rendu publique « des lignes directrices pour développer une interprétation adéquate et une meilleure application de la directive 2003/86. Elles ont pour objectif de favoriser plus largement le regroupement familial des ressortissants de pays tiers en séjour légal dans un Etat membre de l'Union[333]. Toutefois, ce rappel de la Commission qui constitue un effort louable, revêt une valeur incertaine. La portée d'une telle communication ne contraint pas les États, et ceux-ci disposent encore de trop grandes latitudes, ce qui ne manque pas d'avoir des conséquences sur le regroupement familial des étrangers, surtout lorsqu'on compare leur situation à celle des membres de la famille du citoyen européen, et ce, quelle que soit leur nationalité. Enfin, il convient de noter que si la latitude des États est liée à la marge d'appréciation qui leur est reconnue par la directive 2003/86, la reconnaissance d'une telle marge d'appréciation était la seule solution pour aboutir à l'adoption d'un texte communautaire en la matière. Concrètement, il s'agit de respecter la souveraineté des États membres en leur reconnaissant une marge d'appréciation, sans pour autant leur laisser une totale liberté. C'est ce que nous souhaitons appeler « la marge d'appréciation des États membres sous contrôle de l'Union ».

Si la Cour de justice a tenté d'encadrer la marge d'appréciation des États membres en la matière, elles sont encore perceptibles.

§ III. Les résistances étatiques à l'encadrement de leur marge d'appréciation

Au-delà des tentatives d'encadrement de la marge d'appréciation des États membres en matière de regroupement familial, la résistance des États membres en la matière se manifeste lorsqu'on compare les conditions d'admission au séjour des membres de la famille du regroupant étranger à celles des membres de la famille du citoyen européen (A). Une analyse approfondie de la directive 2003/86 et de la jurisprudence de la Cour de justice permet de mettre en évidence l'importance particulière accordée au comportement individuel du regroupant dans l'exercice

[333] COM (2014) 210 final concernant les lignes directrices pour l'application de la directive 2003/86 CE relative au droit au regroupement familial du 3 avril 2014.

du regroupement familial (B). Enfin, la notion d'ordre public, qui peut être évoquée par les États comme motif de refus d'entrée ou de séjour, est extensive lorsque le regroupant est le ressortissant d'un pays tiers (C).

A. La résistance étatique manifestée par une conception restrictive des bénéficiaires et des conditions d'exercice du regroupement familial

Une analyse comparative de la directive 2003/86/CE du conseil du 22 septembre 2003 relative au regroupement familial et de la directive 2004/38/CE du parlement européen et du conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et les membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres est révélatrice d'une différence de traitement entre les membres de la famille du citoyen européen et ceux du regroupant étranger[334]. En effet, la notion de membre de la famille, bénéficiaire d'un droit de séjour au titre de regroupement familial, est restrictive lorsque le regroupant est le ressortissant d'un État tiers (A). De surcroit, des conditions strictes d'accès au regroupement familial sont opposées au regroupant étrangers et aux membres de sa famille (B).

1) Une conception restrictive de la famille du regroupant étranger

Pour pouvoir prétendre au bénéfice du regroupement familial en faveur des membres de sa famille, le ressortissant d'État tiers régulièrement établi dans un État membre de l'Union doit remplir certaines conditions. Il doit tout d'abord être titulaire d'un titre de séjour délivré par un État membre, d'une durée de validité supérieure ou égale à un an et avoir une perspective fondée d'obtenir un droit de séjour permanent[335]. Il acquiert la qualité de regroupant lorsqu'il demande le regroupement familial ou lorsque les membres de sa famille demandent à le rejoindre[336]. Ainsi, on s'aperçoit que certains ressortissants de pays tiers sont exclus du bénéfice de la directive. Il s'agit notamment de ceux n'ayant pas une perspective fondée d'obtenir un droit de séjour permanent, parmi lesquels on peut citer, les étudiants, les travailleurs saisonniers, les travailleurs détachés, les demandeurs du statut de réfugié, les bénéficiaires d'une protection temporaire,[337] ou encore les personnes en situation irrégulière. Concernant les étrangers en

[334] Conformément à la jurisprudence de la CEDH, Cette différence de traitement n'est pas contraire à la Convention européenne des droits de l'homme, CEDH, 7 aout 1996, C c / Belgique, req n°21794/93, point 38.
[335] Article 3 de la directive 2003/86
[336] Article 2, c de la directive 2003/86
[337] Article 3, paragraphe 2 de la directive 2003/86

séjour irrégulier, contrairement au droit de l'Union, la Cour EDH leur reconnait la possibilité de prétendre à un titre de séjour sur le fondement du regroupement familial[338].

Une fois la qualité de regroupant acquis, l'étranger ne peut être rejoint par n'importe quel membre de sa famille. L'article 4 de la directive 2003/86 procède à une énumération restrictive des bénéficiaires du regroupement familial, s'articulant autour d'une distinction entre les membres de la famille qui doivent et ceux qui peuvent bénéficier d'une mesure de regroupement familial. Aux termes de cette disposition, les États membres autorisent l'entrée et le séjour, sous réserve du respect des conditions annoncées, du conjoint du regroupant ainsi que des enfants mineurs du couple et de chacun des deux conjoints séparément s'ils ont la garde et la charge. La cellule familiale est réduite à sa dimension la plus élémentaire. Or, comme nous l'a vu plus haut, lorsque le regroupant est un citoyen de l'Union, la directive 2004/38 prévoit un cercle de bénéficiaire beaucoup plus large, en y intégrant les ascendants à charge et en ne prévoyant aucune possibilité de dérogation pour les États membres. Lorsque le regroupant est le ressortissant d'un pays tiers, le regroupement familial vise les membres de la famille nucléaire, c'est-à-dire le conjoint et les enfants mineurs. Seuls le conjoint et les enfants mineurs du regroupant de moins de 15 ans et ceux de son conjoint sont en toutes hypothèses considérés comme membres de la famille. Chaque État membre est libre d'inclure ou non les enfants de plus de 15 ans dans le champ d'application personnel de la directive, car aux termes de l'article 4, paragraphe 6, les États membres peuvent exiger que la demande concernant le regroupement familial d'enfants mineurs soit introduite avant que ceux-ci n'aient atteint l'âge de 15 ans. A cet égard, on notera que conformément à l'article 4, paragraphe 6 de la directive, certains États membres ont abaissé l'âge maximal des enfants d'étrangers susceptibles de bénéficier du droit au regroupement familial. C'est notamment le cas du Danemark qui a abaissé de 18 à 15 ans, dans la loi 2004/427 modifiant la loi sur les étrangers et la loi sur l'intégration, comme l'a constaté le réseau d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux de l'Union européenne[339]. Ainsi, lorsqu'un État membre de l'Union européenne exige que la demande de regroupement familial soit introduite avant l'âge de 15 ans, il devient évident que dans ces États membres, les enfants de plus de 15 ans ne bénéficient pas de la protection de la directive. Le Parlement européen fondait pour partie son recours en annulation sur l'incompatibilité de cette restriction avec le droit au respect de la vie familiale[340]et le principe de non-discrimination. Au contraire, le Conseil soutenait que l'objectif était d'inciter les

[338] CEDH, 3 octobre 2014, Jeunesse c/ Pays-Bas, req n°12738/10.
[339] Rapport de synthèse de 2004, p. 49 et 50.
[340] CJUE 27 juin 2007, précité.

familles immigrées à faire venir leurs enfants mineurs dès leur plus jeune âge, afin de faciliter leur intégration[341]. Si cet argument du Conseil semble judicieux, il ne tient pas compte de la situation des regroupants étrangers nouvellement admis au séjour dans un État membre de l'Union, ayant des enfants de plus de 15 ans dans leur pays d'origine et qui souhaitent mener une vie familiale normale dans l'État membre d'accueil. Ainsi, la dérogation prévue à l'article 4, paragraphe 6, de la directive restreint considérablement la notion d'enfant mineur pouvant prétendre au bénéfice du regroupement familial.

Quant au conjoint d'un regroupant étranger, la directive autorise les États membres à exiger que le regroupant et son conjoint aient atteint un âge minimal avant lequel il est impossible d'exercer leur droit au regroupement familial, un âge minimal qui ne peut être supérieur à 21 ans[342]. Cette condition d'âge doit être remplie au moment du dépôt de la demande, et non au moment du regroupement familial effectif[343]. Dit autrement, l'article 4, paragraphe 5 de la directive 2003/86 ne s'oppose pas à une législation nationale prévoyant que des conjoints doivent avoir atteint l'âge de 21 ans au moment du dépôt de la demande pour pouvoir être considérés comme des membres de la famille éligibles au regroupement familial. Il résulte également de cette condition un traitement différencié selon le statut du regroupant, car aucune condition d'âge ne peut être opposée au conjoint d'un citoyen européen ayant fait usage de son droit de circulation. Même si la directive prétexte que cette condition vise à prévenir les mariages forcés, il y'a lieu de réfuter cet argument dès lors qu'il n'est pas opposé au conjoint d'un citoyen européen, même ressortissant d'un pays tiers.

Quant aux ascendants, l'article 4, paragraphe 2 de la directive 2003/86 n'impose aucune obligation d'admission au séjour en leur faveur, laissant une large marge d'appréciation aux États membres en disposant que « les États membres peuvent, par voie législative ou réglementaire, autoriser l'entrée et le séjour, au titre du regroupement familial, les ascendants en ligne directe au premier degré du regroupant ou de son conjoint, lorsqu'ils sont à la charge et qu'ils sont privés du soutien familial nécessaire dans le pays d'origine ». En effet, les États membres sont libres d'inclure ou non les ascendants dans le cercle des bénéficiaires du regroupement famille. Lorsque le regroupant est un citoyen de l'Union, une situation de dépendance de l'ascendant suffit, c'est-à-dire une situation de fait caractérisée par la circonstance que le soutien matériel de l'ascendant est assuré par le citoyen européen ayant fait

[341] P.CJUE 27 juin 20077, précité.
[342] Article 4, paragraphe 5 de la directive 2003/86.
[343] CJUE, 17 juillet 2014, Marjan Noorzia, aff. C-338/13

usage de sa liberté de circulation[344]. Et pour qualifier la situation dépendance de l'ascendant vis-à-vis du citoyen, la Cour affirme qu'il suffit de prouver que le demandeur recevait une aide financière de la part du citoyen, qu'il n'est nul besoin de déterminer les raisons du recours à ce soutien[345], ni d'exiger que le demandeur du regroupement familial établisse avoir tenté de trouver un travail ou de recevoir une aide à la subsistance des autorités de son pays d'origine[346].

On remarque ainsi que lorsque le regroupant est un citoyen de l'Union, les ascendants directs à charge et ceux de son conjoint sont considérés comme des membres de la famille, bénéficiaires du droit au regroupement familial. Malgré les conclusions contraires du conseil de Tampere et de Laeken, il existe des disparités entre les deux régimes.

Concernant les autres membres de la famille, les enfants majeurs à la charge du regroupant, les partenaires non mariés, les enfants d'un autre conjoint dans le cas d'un mariage polygame, les État membres sont libres de les inclure ou non dans le champ d'application de la directive. Une comparaison avec les membres de la famille du citoyen pouvant prétendre au bénéfice d'un droit de séjour dérivé dans les États membres de l'Union européenne atteste d'une conception restrictive de la notion de membre de la famille du ressortissant de pays tiers.

Au-delà de la conception restrictive de la notion de membre de la famille, certaines conditions ne sont imposées que lorsque le regroupant est le ressortissant d'un pays tiers. Ces conditions sont propres aux membres de la famille du regroupant étranger.

2) Des conditions strictes d'exercice du regroupement familial propres aux ressortissants des pays tiers

Une fois que l'application de la directive leur est reconnue, le regroupant étranger et les membres de sa famille doivent remplir les conditions draconiennes du chapitre IV de la directive 2003/86 pour se voir reconnaitre le droit au regroupement familial. En comparant ces conditions à celles imposées aux membres de la famille du citoyen européen, on s'aperçoit qu'il s'agit de droits différents, voire incomparables.

Aux termes de l'article 7 de la directive 2003/86, les États membres peuvent exiger que le regroupant dispose d'un logement considéré comme normal pour une famille de taille comparable dans la même région et qui répond aux normes générales de salubrité et de sécurité

[344] CJUE, 9 février 2007, Jia, aff. C-1/05, Point 35.
[345] CJUE, 18 juin 1987, Lebon, aff. C-316/85, point 22.
[346] CJUE, 16 janvier 2014, Flora May Reyes, aff. C-423/12, point. 28.

en vigueur dans l'État membre concerné ; d'une assurance maladie couvrant l'ensemble des risques normalement couverts pour ses propres ressortissants ; de ressources stables, régulières et suffisantes pour subvenir à ses propres besoins et à ceux des membres de sa famille sans recourir au système d'aide sociale de l'État membre concerné, et qu'il satisfasse, lui-même et les membres de sa famille, à des mesures d'intégrations[347].

La condition relative aux ressources stables, régulières et suffisantes ne s'applique pas au citoyen de l'Union lorsqu'il a la qualité de travailleur[348] ; en tout état de cause, lorsque le regroupant est un citoyen de l'Union, le montant des ressources exigées ne doit pas être supérieur au niveau en dessous duquel les nationaux peuvent bénéficier d'une assistance sociale, ou à défaut, être supérieur à la pension minimale de sécurité sociale versée par l'État d'accueil[349]. Or, lorsque le regroupant est le ressortissant d'un pays tiers, la directive 2003/86 ne contient aucun plafonnement des ressources exigibles. Le regroupant étranger doit prouver qu'il dispose de ressources stables, régulières et suffisantes lui permettant de subvenir à ses propres besoins et à ceux des membres de sa famille[350].

Quant aux conditions de logement, si l'article 10, paragraphe 3 du règlement 1612/68 les opposaient également aux travailleurs ressortissants d'un État membre[351], elles ont été abrogées par la directive 2004/38. Désormais aucune condition de logement ne peut être opposée à la demande d'admission au séjour lorsque le regroupant est le ressortissant d'un État membre de l'Union. Or, la quasi-totalité des États membres, à l'instar de la France[352] opposent cette condition au regroupant étranger.

Outre ces conditions, l'article 8 de la directive 2003/86 permet aux États membres d'exiger que le regroupant ait séjourné légalement pendant 2 ans sur leur territoire, voire 3 ans si leur législation prend en compte la capacité d'accueil du pays, avant d'autoriser le regroupement familial[353]. Cette condition nous semble difficilement conciliable avec le droit au respect de la vie familiale normale.

---

[347] Article 7 de la directive 2003/86
[348] Article 7, paragraphe 1, a de la directive 2004/38
[349] Article 8, paragraphe 4 de la directive 2004/38.
[350] CJUE, 4 mars 2010, ChaKroun, aff. C-578/08.
[351] Article 10 du règlement 1612/68 du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la communauté.
[352] Article 411-5, 2 du code de l'entrée et de séjour des étrangers et du droit d'asile «le regroupement familial peut être refusé si le demandeur ne dispose pas ou ne disposera pas à la date d'arrivée de sa famille en France d'un logement considéré comme normal pour une famille comparable vivant dans la même région géographique».
[353] Article 8 de la directive 2003/86.

De surcroit, certains États membres de l'Union font de l'intégration du regroupant un critère du regroupement familial[354]. En France, une demande de regroupement familial peut être refusée lorsque le demandeur ne se conforme pas aux principes essentiels qui, conformément aux lois de la République, régissent la vie familiale en France[355]. Ce type de critère est également prévu par le droit de l'Union européenne puisque la directive 2003/86 a elle-même prévu un dispositif semblable[356]. Certains États membres ont mis en place des critères formels relatifs à l'intégration, comme au Danemark ou le regroupant doit s'engager par écrit à tout mettre en œuvre pour faciliter l'intégration des membres de sa famille dans la société danoise. L'exigence de l'intégration du regroupant pour l'exercice du regroupement familial nous semble contestable, il y a un risque de dénaturation de ce droit. En effet, le regroupement familial devrait permettre de faciliter l'intégration du regroupant dans la société d'accueil[357] ; en subordonnant l'exercice de ce droit à son intégration préalable, on tourne en rond en ignorant l'objectif même de la directive. En revanche, le critère d'intégration des membres de la famille regroupés est souhaitable et conforme à la philosophie du droit au regroupement familial puisqu'il permet un meilleur accueil des membres de la famille en provenance d'un État tiers.

A l'origine, le droit au regroupement familial permettait d'intégrer les ressortissants de pays tiers au tissu national de la société d'accueil grâce à la poursuite d'une vie familiale normale. La tendance semble inversée lorsque le regroupant est le ressortissant d'un pays tiers, il est désormais exigé que le regroupant soit intégré et qu'il ne soit pas à la charge de la société, pour que les membres de sa famille soient admis au séjour. Le droit au regroupement familial n'est-il pas devenu un instrument de contrôle et de maitrise de l'immigration ?

Enfin, concernant les enfants de 12 ans ou plus, lorsqu'ils arrivent indépendamment des membres de la famille, la directive autorise les États à soumettre leur admission à un critère d'intégration. Cette réserve est pour le moins paradoxale dans la mesure où elle autorise la vérification d'un critère d'intégration pour l'admission au séjour d'un mineur qui vise justement à s'intégrer dans la société au sein de laquelle vit déjà sa famille[358]. En outre, cette condition

[354] Tel est le cas en France, aux termes de l'article L 411-5 du CESEDA, une demande de regroupement familial peut être refusé lorsque «le demandeur ne se conforme pas aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la république».
[355] Article L 411-5, paragraphe 3, du CESEDA.
[356] Article 7, paragraphe 2 de la directive 2003/86 «Les États membres peuvent exiger des ressortissants des pays tiers qu'ils se conforment aux mesures d'intégration, dans le respect du droit national».
[357] Considérant 4 de la directive 2003/86 « le regroupement familial est un moyen nécessaire pour permettre la vie en famille. Il contribue à la création d'une stabilité socioculturelle facilitant l'intégration des ressortissants de pays tiers dans les États membres. Ce qui permet par ailleurs de promouvoir la cohésion économique et sociale… ».
[358] Le rapport sur les droits fondamentaux de l'Union européenne 2003, p.53.

n'est opposée que lorsque le regroupant est le ressortissant d'un pays tiers. Selon la Cour de justice, l'âge de 12 ans se justifie en tant « qu'il correspond à un stade de la vie d'un mineur ou celui-ci a déjà vécu pendant une durée relativement longue dans un pays tiers sans les membres de sa famille, de sorte qu'une intégration dans un autre environnement est susceptible d'engendrer davantage de difficultés »[359]. En définitive se voit validée l'idée selon laquelle pour faciliter l'intégration, conformément à l'objectif de la directive, un niveau minimal de capacité d'intégration peut être requis.

Alors que les ressortissants de pays tiers, membres de la famille du citoyen européen, bénéficient des facilités pour l'obtention de visa d'accès, sans frais, dans les meilleurs délais et ce, dans le cadre d'une procédure accélérée[360], un délai d'attente de 3 ans peut être opposé aux membres de la famille du regroupant étranger. L'absence d'adoption d'une décision des autorités compétentes à l'expiration du délai n'oblige pas l'Etat membre concerné à délivrer d'office un titre de séjour au demandeur, sans vérifier au préalable que l'intéressé remplit les conditions pour séjourner dans l'Etat membre d'accueil conformément au droit de l'Union[361]. Ces conditions facultatives portent atteinte à l'harmonisation des conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers au titre du regroupement familial.

B. Le droit au regroupement familial à l'épreuve du comportement individuel du regroupant

« Le droit de l'espace de liberté, de sécurité et de justice a été construit en empruntant une partie de ses catégories, de ses méthodes et de ses principes au droit du marché intérieur, qui est un droit construit pour l'individu »[362]. Le droit au regroupement familial des étrangers s'attache plus à l'individu, au regroupant, qu'aux membres de sa famille. Même si l'unité familiale est consacrée par l'article 7 de la charte des droits fondamentaux, et est l'objet même de la directive 2003/86, la figure cardinale de cette directive n'est pas la famille, mais le regroupant[363]. Bien que pour prétendre au bénéfice du regroupement familial, les membres de la famille, comme précédemment indiqué, doivent remplir certaines conditions, le regroupant reste la personne principalement visée par la directive 2003/86. Son comportement personnel est susceptible d'influencer la décision d'admission au séjour des membres de sa famille.

[359] Point 74 à 80de l'arrêt parlement contre conseil précité
[360] Article 5, paragraphe 2, deuxième alinéa, de la directive 2004/38
[361] CJUE, 20 novembre 2019, X c. Belgique, aff. C-706/18
[362] BARBOU DES PLACES Ségolène, La famille du ressortissants d'États tiers : une famille désinstituée ? In FULCHIRON Hugues, (dir), La famille des migrants, Edition lexisnexis 2020, p.24.
[363] Ibid. p.25.

L'affaire YZ, ZZ, YY du 14 mars 2019[364] en offre une illustration. En l'espace, les membres de la famille du regroupant (son épouse et son fils mineur) avaient obtenu des permis de séjour ordinaires d'une durée limitée dans le cadre d'un regroupement familial. En application des articles 7 et 8 de la directive 2003/109, les intéressés avaient ultérieurement acquis le statut de résident de longue durée. Après s'être rendues compte que le regroupant avait fourni de fausses informations, les autorités compétentes de l'État membres d'accueil avaient décidé de retirer, avec effet rétroactif, les permis de séjour délivrés au regroupant et aux membres de sa famille. Pour leur défense, les regroupés alléguaient, d'une part, qu'ils ignoraient la fraude commise par le regroupant, qu'ils n'avaient pas eu connaissance du caractère frauduleux des attestations d'emploi fournies et, d'autre part, que le retrait de leur permis de séjour méconnaissait les articles 8 de la Conv EDH et 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. C'est dans ce contexte que la juridiction de renvoi avait décidé de surseoir à statuer et à poser deux questions préjudicielles à la Cour de JUE à savoir, d'une part, si l'article 16, paragraphe 2, de la directive 2003/86 s'opposait au retrait d'un titre de séjour accordé dans le cadre du regroupement familial dans l'hypothèse où l'obtention de ce titre de séjour est fondée sur des informations frauduleuses fournies par le regroupant alors que le regroupé ignorait le caractère frauduleux desdites informations. Et d'autre part, si l'article 9, paragraphe 1, de la directive 2003/109 s'opposait au retrait du statut de résident de longue durée dans l'hypothèse où l'obtention de ce statut est fondée sur des informations frauduleuses alors que le résident de longue durée ignorait le caractère frauduleux des informations. C'est dans ce contexte que la Cour a considéré que, compte tenu de l'importance centrale du regroupant dans le système institué par la directive 2003/86, la fraude commise par lui affecte les titres de séjour octroyés aux membres de sa famille, même si ces derniers n'avaient pas eu connaissance de la fraude commise[365]. L'intégration du regroupant dans la société de l'État membre d'accueil étant l'un des objectifs principaux de la directive 2003/86, le droit de séjour des membres de la famille reste dérivé de celui du regroupant jusqu'à l'obtention d'un droit de séjour autonome[366], conformément à l'article 15[367] de ladite directive. En raison de son caractère dérivé, la Cour a jugé qu'« un État membre doit pouvoir considérer que la fraude commise par le regroupant affecte le processus de regroupement familial dans son ensemble, en particulier le droit de

[364] CJUE, 14 mars 2019, YZ, ZZ, YY, aff. C-557/17.
[365] CJUE, 4 mars 2019, Y.Z, ZZ, Y.Y, aff. C-557/17, point 46.
[366] Ibid. point 47.
[367] Article 15, de la directive 2003/86 « au plus tard après cinq ans de résidence et dans la mesure ou les membres de la famille n'ont pas reçu de titre de séjour pour d'autres motifs que le regroupement familial, le conjoint ou le partenaire non marié et l'enfant mineur devenu majeur ont droit, au besoin sur demande, à un titre de séjour autonome, indépendant de celui du regroupant ».

séjour dérivé des membres de la famille de ce regroupant, et, sur ce fondement, retirer auxdits membres leurs titres de séjour, quand bien même ces derniers n'auraient pas eu connaissance de la fraude commise »[368].

En réalité, la Cour, dans l'esprit du droit dérivé, consacre plutôt la dépendance de la famille à l'égard du droit individuel du regroupant[369]. L'examen individuel de la situation du membre de la famille sert à cela : évaluer la solidité des liens individuels avec le regroupant. Toutefois, la Cour souligne que le retrait des titres de séjour octroyés aux membres de la famille ne saurait intervenir de manière automatique. Ainsi, les autorités nationales doivent effectuer, au préalable, un examen individualisé de la situation des membres de la famille concernés en tenant compte de tous les intérêts en présence.

Concernant la deuxième question, la Cour s'est référée à l'étendu des droits attachés au statut de résident de longue durée pour juger que les États membres doivent être mis en mesure de retirer ce statut dès lorsqu'une fraude aura été commise[370], alors que les regroupés n'avaient commis aucune fraude pour l'obtention de ce statut.

La solution issue de cet arrêt du 14 mars 2019 nous semble largement critiquable. En effet, en matière de limitation du droit de séjour pour raison d'ordre public ou de sécurité publique, la directive 2004/38 exige un comportement personnel de l'intéressé [371]et cette exigence de comportement personnel de l'intéressé a été à plusieurs reprises rappelée par la Cour de justice[372]. Au nom de la sécurité juridique, l'exigence d'un comportement personnel aurait pu être appliquée lorsque le regroupé ignore la fraude commise par le regroupant. Comme le formulait très exactement Jean Boulouis, « un droit qui n'assurerait pas la sécurité des relations qu'il régit cesserait d'en être un[373] ». Certes, on pourrait arguer l'adage bien connu des civilistes « fraus omnia corrumpit » qui vise à frapper la fraude d'inefficacité, ou même la notion d'acte

[368] Ibid.
[369] BARBOU DES PLACES Ségolène, La famille du ressortissants d'États tiers : une famille désinstituée ? op cit, note 227.
[370] CJUE, 4 mars 2019, Y.Z, ZZ, Y.Y, aff. C-557/17, op cit, note 230, point 64.
[371] Article 27, paragraphe 1 et 2, de la directive 2004/38 « sous réserve des dispositions du présent chapitre, les États membres peuvent restreindre la liberté de circulation et de séjour d'un citoyen de l'Union ou d'un membre de sa famille, quelle que soit sa nationalité, pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique. Ces raisons ne peuvent être invoquées à des fins économiques. Les mesures d'ordre public ou de sécurité doivent respecter le principe de proportionnalité et être fondées exclusivement sur le comportement personnel de l'individu concerné. L'existence de condamnations pénales antérieures ne peut à elle seule motiver de telles mesures ».
[372] CJUE, 4 décembre 1974, Van Duyn c. home Office, aff. C-41/74, CJUE, 28 octobre 1975, Rutti c. Ministère de l'intérieur, aff. C-36/75.
[373] BOULOUIS Jean, Quelques observations à propos de la sécurité juridique du droit international au droit de l'intégration, Liber amicorum, Pierre Pescatore, Nomos Verlag, 1987, p.53.

obtenu par fraude, utilisée en droit administratif, notion selon laquelle « un acte obtenu par fraude ne crée pas de droit et, par la suite, peut être retiré ou abrogé par l'autorité compétente, alors même que le délai de retrait de droit commun serait expiré[374] ». Sauf que dans notre hypothèse, la fraude n'est pas le fait des regroupés. La solution est critiquable au regard de la notion même de fraude en droit français. En droit français, notamment en droit de la nationalité, Vincent Bonnet définit la fraude comme un « mensonge, de manœuvre, de tricherie en vue de tromper »[375]. Par définition, elle réclame la réunion d'un élément matériel et d'un élément intentionnel[376]. Le mensonge ou la manœuvre frauduleuse doivent s'accompagner d'une volonté de tromper. Dans ce sens, la fraude ne peut être reprochée qu'à son auteur, dans la mesure où c'est lui seul qui peut avoir l'intention frauduleuse[377]. Ainsi, c'est le regroupant qui a commis la fraude, s'il est vrai que c'est cette fraude qui est à l'origine de l'admission au séjour des regroupés, elle n'était ni leur fait ni leur intention. Il nous semble donc qu'il y a quelque chose de très injuste dans cette décision, dans la mesure où la Cour de justice fait peser sur les regroupés les poids d'une fraude commise par le regroupant.

A titre comparatif, on pourrait évoquer le refus de transcription d'un acte de naissance fait à l'étranger à la suite d'une gestation pour autrui, pratique interdite en France[378]. Dans cette hypothèse, il y a certainement une fraude à la loi française commise par les parents, mais la Cour EDH dans un avis consultatif du 10 avril 2019 et la Cour de cassation dans un arrêt du 4 octobre de la même année ont considéré que l'intérêt supérieur de l'enfant issu de la gestation pour autrui devrait primer sur la fraude à la loi commise par les parents[379]. Ainsi, en dépit de la fraude à la loi, la Cour de cassation juge qu'il convient de transcrire en France l'acte de naissance établi à l'étranger à l'égard du père et de la mère d'intention et ce, au nom du respect de la vie familiale de l'enfant et de son intérêt supérieur.

Il convient également de noter que lorsque le regroupant est le ressortissant d'un État membre, la simple fraude aux dispositions relatives à la libre circulation des citoyens et les membres de leur famille n'est pas un motif suffisant pour refuser le séjour desdits membres, et ce quelle que

[374] CE, 29 novembre 2002, assistance publique- hôpitaux de Marseille.
[375] BONNET Vincent, La fraude commise par un tiers justifie l'annulation de l'enregistrement de la déclaration d'acquisition de la nationalité française par la possession d'état, Revue critique de droit international privé 2019/1 n°1, p.127-134.
[376] Ibid.
[377] Ibid.
[378] Article 16-7 du code civil « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».
[379] Cass. Ass. Plén., 4 octobre 2019, n°10-19053 ; Cour EDH, avis consultatif du 10 avril 2019.

soit leur nationalité[380] ; seul un mariage de complaisance est de nature à justifier le refus d'admission au séjour du ressortissant d'État tiers, conjoint d'un citoyen de l'Union[381].

C. Le caractère extensif de la notion d'ordre public lorsque le regroupant est le ressortissant d'un pays tiers

Les États membres peuvent rejeter une demande d'entrée et de séjour d'un membre de la famille pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique[382]. Cette limitation du droit de séjour concerne tant les membres de la famille d'un citoyen européen [383]que ceux d'un ressortissant de pays tiers. Elle ne peut être que le résultat d'un comportement personnel de l'intéressé. Ce principe a été itérativement rappelé par la Cour de justice de l'Union européenne[384]. Cependant, si cette limitation au séjour concerne tant les membres de la famille du citoyen européen que ceux du ressortissant de pays tiers, la notion d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, semble plus large lorsque le regroupant est le ressortissant d'un pays tiers. S'agissant, en premier lieu, du libellé de l'article 6, paragraphe 1 et 2 de la directive 2003/86, il convient de noter que, à la différence de l'article 27, paragraphe 2 de la directive 2004/38, il n'exige pas expressément que le comportement de la personne concernée représente « une menace réelle, actuelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société », pour que cette personne puisse être considérée comme constituant une menace pour l'ordre public. A cet égard, il importe de souligner que l'article 6, paragraphe 1 et 2 de la directive 2003/86 prévoit que les États membres tiennent compte de la gravité ou de la nature de l'infraction à l'ordre public commise par l'intéressé ou des dangers que son comportement est susceptible de causer. Cette obligation renvoie à un standard nettement moins exigeant que celui résultant de l'article 27, paragraphe 2 de la directive 2004/38. De surcroit, lorsque le regroupant est le ressortissant d'un État tiers, la notion d'ordre public peut couvrir la condamnation pour infraction grave[385]ce qui tend à indiquer que la seule existence d'une telle condamnation pourrait suffire à établir l'existence d'une menace pour l'ordre public au sens de la directive 2003/86, sans qu'il soit nécessaire d'établir une menace réelle, actuelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société de l'État membre concerné. Lorsque le regroupant est le ressortissant d'un pays tiers, les États membres peuvent, d'une part,

[380] CJUE, 23 septembre 2003, Akrich, aff. C-109/01.
[381] CJUE, 23 septembre 2003, Akrich, précité.
[382] Article 6 de la directive 2003/86
[383] Article 27-2-1 de la directive 2004/38.
[384] CJUE, 4 décembre 1974, Van Duyn c/Home office, aff. C-41/74, CJUE28 octobre 1975, Rutti c/Ministère de l'intérieur, aff. C-36/75, CJUE 18 mai 1982, Adoui et Cornuaille c/ Belgique.
[385] Considérant 14 de la directive 2003/86

rejeter une demande d'entrée et de séjour au titre du regroupement familial sur la base d'une simple condamnation pénale intervenue lors d'un séjour antérieur et, d'autre part, retirer un titre de séjour ou refuser son renouvellement lorsqu'une peine suffisamment lourde par rapport à la durée du séjour a été prononcée contre le membre de la famille[386]. Or, lorsqu'il s'agit de l'admission au séjour d'un citoyen de l'Union ou des membres de sa famille, quelle que soit leur nationalité, la notion d'ordre public est définie de manière restrictive, de telle sorte à réduire la marge d'appréciation des États membres. Dans cette hypothèse, l'existence d'une condamnation pénale ne peut être retenue à l'égard d'un citoyen de l'Union ou des membres de sa famille pour limiter leur admission au séjour dans un État membre que dans la mesure ou les circonstances qui ont donné lieu à cette condamnation font apparaitre l'existence d'un comportement personnel constituant une menace actuelle pour l'ordre public[387].

Ainsi, on s'aperçoit que la notion d'ordre public dans le cadre de la limitation du droit de séjour au titre du regroupement familial est susceptible de varier selon le statut du regroupant.

L'admission au séjour des ressortissants d'États tiers au titre d'une forme de protection internationale est également soumise à des conditions restrictives.

Section II. L'admission au séjour des bénéficiaires d'une forme de protection internationale, une protection limitée[388]

Dans les États membres de l'Union européenne, quatre catégories de bénéficiaires de protection internationale peuvent être distinguées : les réfugiés, les bénéficiaires de la protection subsidiaire, les bénéficiaires de la protection temporaire et les bénéficiaires d'une protection à titre humanitaire[389]. Leurs conditions d'admission au séjour ont progressivement fait l'objet d'harmonisation. A chaque catégorie correspond des règles propres d'admission[390]. Comme

[386] CJUE, 12 décembre 2019, GS, VG, aff. C-381/18, C-382/18.
[387] CJUE, 27 avril 2006, commission c/Allemagne, aff. C-441/02, point 33.
[388] BASILIEN-GAINCHE Marie-Laure, L'Union et les réfugiés. Une Europe sans qualité ? Revue de l'Union européenne, n° 613, décembre 2017, p. 603-606, « devant le phénomène global et normal des migrations, l'Union européenne et ses États membres se positionnent comme des société assiégés. Loin de manifester leur puissance, les références permanentes à la défense de la sécurité manifestent la fragilité de ces sociétés de droit qui n'ont pas la volonté de mettre en pratique les valeurs qu'elles prétendent incarner. En effet, la persistance de l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière se révèle en totale inadéquation avec l'enjeu actuel qui réside en réalité dans la protection des réfugiés, et révèle la relativité de la conception des droits fondamentaux qu'ont l'Union européenne et ses États membres qui cherchent à se défausser de leurs internationales ».
[389] Les conditions d'admission au séjour de cette dernière catégorie relèvent de la compétence discrétionnaire des États membres, article 25 du code visas « un visa à validité territoriale limitée est délivré à titre exceptionnel dans les cas suivants : a) lorsqu'un État estime nécessaire, pour des raisons humanitaires, pour des motifs d'intérêt national ou pour honorer des obligations internationales… ».
[390] Dans le cadre de notre étude, on entend par protection internationale « le réfugié et le bénéficiaire de la protection subsidiaire ».

l'écrit Marie-Laure Basilien-Gainche, « si les États européens cherchent de façon pour le moins paradoxale à se protéger de ceux qui ont besoin de protection, ce n'est pas seulement en élevant des barrières et des barbelés ; c'est également en instaurant une catégorisation des individus[391]».

Concernant les réfugiés, la Convention de Genève, adoptée le 28 juillet 1951 et entrée en vigueur le 22 avril 1954, en constitue le pivot[392]. Selon la Convention, est réfugié « toute personne craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouvant hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays, ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle ne peut, ou en raison de ladite crainte, ne veut y retourner »[393]. Si la convention de Genève définit le réfugié et détermine son statut, elle reste silencieuse sur la procédure d'octroi dudit statut. Face au silence de la Convention de Genève sur la procédure d'octroi du statut de réfugié, l'Union et ses États membres ont, dans un espace sans frontières intérieures, mis en place, d'une part, un mécanisme de détermination de l'État membre responsable du traitement de la demande[394] (l'unicité du traitement de la demande) et, d'autre part, des règles communes relatives à la procédure d'admission au séjour au titre de la protection internationale[395].

La mise en place d'un mécanisme de détermination de l'État membre responsable du traitement de la demande d'asile avait pour objectif d'empêcher « les mouvements secondaires », « asile

[391] BASILIEN-GAINCHE Marie-Laure, Les frontières européennes. Quand le migrant incarne la limite, Revue de l'Union européenne, [en ligne] n°609, juin 201.
[392] TEITGEN-COLLY Catherine, Le droit d'asile , 1er édition, Humensis, 2019, page 26.
[393] Article 1 A 2 de la convention de Genève du 28 juillet 1951.
[394] Les règlements de Dublin I, II et III ; sur les défaillances de Dublin II, cf BARBOU DES PLACES Ségolène, Le dispositif Dublin II ou les tribulations de la politique Communautaire d'asile, EUI, Working Paper Law, n° 2004/6, http://www.iue.it/PUB/law04-6.pdf
[395] Directive 2003/9 du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres; Directive 2004/83 du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants de pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugiés ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une internationale, et relative au contenu de ces statuts (directive qualification) ; Directive relative à la procédure à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres.

shopping »[396], alors que l'harmonisation des procédures tendait à éviter que la politique menée par un État n'ait des incidences sur celle des autres États[397].

S'agissant de la protection subsidiaire, elle concerne les personnes qui ne remplissent pas les conditions d'octroi du statut de réfugié mais qui risquent des « atteintes graves » en cas de retour dans leur pays d'origine. L'existence d'une telle protection n'est-elle pas la preuve d'une conception restrictive du droit d'asile[398].

Quant à la protection temporaire, elle vise à accorder une protection pendant une période déterminée à des groupes de personnes identifiés au préalable. Les conditions d'admission au titre de cette protection sont déterminées par la directive 2001/55, relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil.

En dépit de son caractère fondamental, l'admission au séjour au titre de l'une ou de l'autre forme de la protection internationale est subordonnée à l'entrée du demandeur sur le territoire de l'État d'accueil[399].

L'accès au territoire est ainsi un préalable à l'accès à la procédure d'octroi de la protection internationale et aux statuts conférés. Or, en application de la convention de Schengen, l'Union a renforcé les contrôles aux frontières extérieurs, ce qui n'est pas sans conséquence sur l'accès des demandeurs à la procédure de demande de protection internationale[400] (Paragraphe I). En

---

[396] BARBOU DES PLACES Ségolène définit l'asile shoping comme « le processus par lequel un demandeur d'asile compare plusieurs pays de possible destination et sélectionne sur la base de plusieurs critères celui dans lequel il va finalement demander l'asile ». BARBOU DES PLACES Ségolène, Le dispositif Dublin II ou les tribulations de la politique Communautaire d'asile, EUI, Working Paper Law, n° 2004/6, http://www.iue.it/PUB/law04-6.pdf

[397] Rapport du groupe ad hoc immigration, SN 4038/91 WGIW 930 ? cité par DUMAS Perrine, L'accès des ressortissants des pays tiers u territoire des États membres de l'Union européenne, Bruylant, 2013, p. 536.

[398] BODART Serge, Les réfugiés conventionnels et protection subsidiaire, apports et apories d'une directive européenne, Journal des tribunaux, 2005, n° 6176, pp.245-252 « le fait que le système communautaire de protection comporte deux pilier, le statut de réfugié et la protection subsidiaire, ne va pas sans susciter des critiques : la première tient au fait que les atteintes graves justifiant l'octroi de la protection subsidiaire peuvent dans une large mesure coïncider avec les actes de persécution justifiant la reconnaissance du statut de réfugié, ce qui est susceptible de compromettre ledit statut. La seconde est liée à la conception du statut de protection subsidiaire comme étant de nature temporaire, ce qui a justifié un niveau de droits inférieur pour les bénéficiaires de ladite protection, cité par DUMAS Perrine, L'accès des ressortissants des pays tiers au territoire des États membres de l'Union européenne, op, cit.

[399] ALLAND Denis, TEIGEN-COLLY Catherine, Traité du droit de l'asile, Puf, 2002, p. 523.

[400] LOCHAK Daniel, Protéger ou refouler : le droit d'asile à l'épreuve des politiques migratoires, BOUCHERON Patrick, Migrations, réfugiés, exil, Odile Jacop, P289-316, 2017, Collège de France, 978-2-7381-3989-4. Hal-01647256, « pour comprendre comment les États ont réussi le tour de force de s'affranchir des obligations de la Convention de Genève en faisant mine de ne pas la violer, il faut rappeler ce point capital : à savoir que : au regard du droit international, y compris des Conventions relatives aux droits de l'homme, aucun État n'est tenu d'accepter

plus, lorsque les demandeurs parviennent à accéder au territoire de l'Union, parfois au prix de leur vie, l'Union et ses États membres développent des concepts qui empêchent un traitement approfondi de leur demande (paragraphe II). Toutefois, face au caractère restrictif des conditions d'octroi du statut de réfugié en application de la Convention de Genève, l'Union européenne a, d'une part, développé une protection alternative (la protection subsidiaire et la protection temporaire) et, d'autre part, procédé à une interprétation favorable des conditions d'octroi de la protection internationale (paragraphe III).

§ I. Les restrictions liées à l'accès au territoire du pays d'accueil

Si la convention de Genève fait du principe de non refoulement[401] une obligation internationale à la charge des États parties[402], rien dans la convention ne détermine les modalités d'accès des demandeurs au territoire de ces États[403]. De la même manière, si les États membres de l'Union européenne sont tenus de respecter ce principe de non refoulement en vertu de leurs obligations internationales, les conditions d'accès des demandeurs au territoire restent indéfinies[404]. En effet, la demande du statut de réfugié est subordonnée à la présence du demandeur sur le territoire de l'État d'accueil, à ses frontières ou dans une zone de transit[405]. Ainsi, le droit d'accès à la procédure de demande de protection internationale se trouve entravé par l'absence de procédure légale d'accès des demandeurs au territoire des États membres de l'Union, les contraignant ainsi à franchir illégalement les frontières (A). Ce franchissement illégal des frontières extérieures n'est pas sans incidence sur la solidarité entre États membres en matière la matière, exposant les États membres de première ligne à plus de pression que d'autres (B).

---

l'entrée et la présence sur son territoire d'un individu qui n'est pas son national ; et que la souveraineté territoriale des États ne cède même pas lorsqu'est en cause le droit d'asile ».

[401] L'article 33 de la Convention de Genève « aucun État contractant n'expulsera ou ne refoulera d'aucune manière que ce soit un réfugié sur les frontières des territoires ou sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social, ou de ses opinions politiques ».

[402] Article 33, paragraphe 1, de la convention de Genève du 28 juillet 1951 «aucun des États contractant n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires ou sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques».

[403] Le droit d'asile des demandeurs est une question centrale car si le système de la Convention de Genève n'a pas l'asile pour objet direct, l'asile reste un préalable au statut de réfugié. Pour etre amené à exercer son droit premier qui est de demander l'asile, le demandeur doit pouvoir entrer sur le territoire de l'État d'accueil et y séjourner le temps nécessaire au traitement de sa demande. Aussi bien qu'elle n'impose pas l'obligation d'asile aux États, la Convention de Genève pour préserver ce droit pose, par ses articles 31 et 33, deux principes d'immunité pénale et de non refoulement qui ont une incidence territoriale et donc une incidence sur l'asile, ALLAND Denis, COLLY Teitgen, Traité du droit de l'asile, Puf, 1ère édition, 2002, p. 223.

[404] Article 21, paragraphe 1, des directives 2004/83/CE et 2011/95/UE.

[405] Article 3 du règlement de Dublin 3 précité « les États membres examinent toute demande de protection internationale présentée par un ressortissant d'un pays tiers ou un apatride sur le territoire de l'un quelconque d'entre eux, y compris à la frontière ou dans une zone de transit…».

Face à cette situation, l'Union européenne a tenté de restaurer la solidarité en mettant en place des mesures de relocalisation en faveur de la Grèce et de l'Italie[406] (C).

A. L'absence de procédures légales d'accès au territoire, incitation au franchissement illégal des frontières[407]

S'il n'est pas interdit pour le demandeur d'asile de formuler sa demande depuis son pays d'origine, dans les représentations diplomatiques et consulaires, il s'avère que l'Union et ses États membres s'intéressent peu aux demandes formulées en dehors du territoire d'asile[408]. La demande d'asile formulée depuis le pays d'origine, dans une Ambassade, ne doit pas être confondue avec l'asile diplomatique. Contrairement à l'asile diplomatique, la demande d'asile sollicitée dans le pays d'origine vise à transférer le demandeur sur le territoire de l'État d'accueil[409]. Si les États membres de l'Union ont, depuis fort longtemps, reconnu la possibilité[410] de délivrer un « visa d'asile », les dispositions communes de l'Union relatives à l'accès au territoire semblent ignorer cette possibilité. Autrement dit, aucune disposition du code communautaire des visas ne prévoit à la charge des États l'obligation de délivrer un visa dans les représentations diplomatiques pour cause de « persécution » ou d'« atteintes graves ».

En effet, l'article 25 du code des visas prévoit qu'un visa à validité territoriale limitée peut être délivré à titre exceptionnel pour des raisons humanitaires, pour des motifs d'intérêt national ou pour honorer des obligations internationales[411], mais les conditions et l'opportunité d'attribution d'un tel visa sont laissées à l'entière discrétion des États membres. Au-delà de ce constat, aucune disposition de la convention de Genève ne définit les conditions d'accès des demandeurs d'asile au territoire du pays d'accueil. Dans ce sens, la Convention de Genève se contente d'imposer aux États des obligations négatives, celles de ne pas refouler un demandeur

[406] Décision Union européenne 2015/1523 du Conseil du 14 septembre 2015, instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce.
[407] Sur l'absence de procédure légale d'accès au territoire au titre de la demande de protection internationale, Cf, LENAIN HETREAU Émilie, Obligation de visa et personnes en besoin de protection internationale en droit de l'union européenne, [en ligne] droit, Université d'Anger, 2023, [consulté le 3 mars 2024].
[408] POUPET Raphaëlle, La demande d'asile avant l'admission sur le territoire, in JEANNIN Laure, MENEGHINI Marco, PAUTI Christine, POUPET Raphaëlle, Droit d'asile en Europe. Étude comparée, L'Harmattan, 1999, p. 155 « le cas des demandes d'asile présentées individuellement depuis le pays d'origine constitue une hypothèse peu traitée par les États. En tout état de cause, ces demandes ne sauraient être confondues avec l'asile diplomatique qui est accordé dans les locaux d'une ambassade et qui repose, contrairement à l'asile territorial, sur la fiction juridique de l'extraterritorialité ».
[409] Ibid.
[410] Ibid. sur les pratiques des différents État européen en matière de demande d'asile depuis le pays d'origine.
[411] Article 25 du code des visas « un visa à validité territoriale limitée est délivrée à titre exceptionnel dans les cas suivants : lorsqu'un État membre estime nécessaire, pour des raisons humanitaires, pour des motifs d'intérêt national ou pour honorer des obligations internationales… »

vers un pays à risque[412] (le principe de non-refoulement) et de ne pas punir l'entrée irrégulière sur le territoire[413] (le principe d'immunité pénale).

La convention de Genève, dans cette logique, dispense le demandeur de la protection internationale de document normalement requis à l'entrée sur le territoire par l'immunité pénale qu'elle leur accorde en son article 31[414].

Or depuis fort longtemps, l'Union érige des barrières à ses frontières extérieures, empêchant ainsi les demandeurs d'asile d'accéder au territoire de l'Union. En l'absence de règles communes relatives à la demande d'asile depuis le pays d'origine, situation aggravée par les barrières érigées aux frontières extérieures, les demandeurs d'asile n'ont d'autres choix que de franchir illégalement les frontières, parfois au prix de leur vie.

Toutefois, cette situation ne concerne pas tous les ressortissants d'États tiers. En effet, le règlement 539/2001 du 15 mars 2001 établit la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa et ceux dont les ressortissants en sont exemptés[415]. Si les ressortissants des pays exemptés de l'obligation de visas peuvent facilement accéder au territoire des États membres de l'Union et effectuer une demande de protection internationale lorsqu'ils en ont besoin, ceux dont l'accès au territoire est subordonné à l'obtention d'un visa, n'ont d'autres moyens d'accéder à la procédure de demande de la protection internationale que le franchissement illégal des frontières extérieures. Partant de ce constat, Karine Parrot qualifie le code des visas de « rempart assumé contre les migrants en quête de protection internationale »[416]. En effet, comme précédemment évoqué, l'article 25 du code des visas autorise les États membres à déroger de manière exceptionnelle aux conditions générales de

[412] Article 33 de la Convention de Genève « aucun des Etats contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires ou sa vie où sa liberté serait menacée en raison de race, de sa religion, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ».
[413] L'article 31, paragraphe 1, de la Convention de Genève « les États contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irrégulier, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire ou leur vie ou leur liberté était menacée au sens prévu par l'article premier, entrent ou se trouvent sur le territoire sans autorisation, sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulière ».
[414] Article 31 de la convention de Genève « les États contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irréguliers, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire ou leur vie ou leur liberté était menacée au sens prévu par l'article premier, entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulières ».
[415] Le règlement 539/2001 du conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation.
[416] PARROT Karine, Le code des visas, un rempart assumé contre les migrants en quête de protection internationale, Plein droit, n° 116, mars 2018, disponible en ligne, https://www.cairn.info/revue-plein-droit-2018-1page-45-htm

délivrance de visas et à délivrer un visa à « validité territoriale limitée » pour « des raisons humanitaires » ou pour « honorer des obligations internationales »[417]. Dans un arrêt du 7 mars 2017[418], la Cour JUE était appelée à se prononcer sur la portée juridique de cette disposition. En espèce, il s'agissait d'une famille syrienne qui a introduit, le 12 octobre 2016, une demande de visa à validité territoriale limitée (depuis un État tiers) auprès de l'ambassade de Belgique sur le fondement de l'article 25, paragraphe 1, sous a du code des visas. A l'appui de leurs demandes, les requérants ont expliqué que les visas sollicités avaient pour objectif de leur permettre de quitter un conflit armé dans leur pays d'origine afin d'introduire une demande d'asile en Belgique. La question était posée à la Cour de savoir, d'une part, si l'article 25, paragraphe 1, sous a, du code des visas devait être interprété en ce sens que les obligations internationales qu'il vise englobent le respect, par un État membre, de l'ensemble des droits garantis par la charte, en particulier à ses article 4 et 18, ainsi que par la Conv EDH et par l'article 33 de la convention de Genève. Et, d'autre part, si l'article 25, paragraphe 1, faisait obligation aux États membres de délivrer un visa à validité territoriale limitée lorsque le demandeur est soumis à un risque avéré de violation des droits fondamentaux. C'est dans ce contexte que la Cour a clairement considéré « qu'une demande de visa à validité territoriale limitée introduite par un ressortissant d'un pays tiers pour des raisons humanitaires, sur la base de l'article 25 du code des visas, auprès de la représentation de l'État membre de destination, située sur le territoire d'un pays tiers, dans l'intention d'introduire, dès son arrivée dans cet État membre une demande de protection internationale et, par la suite, de séjourner dans ledit État membre plus de 90 jours sur une période de 180 jours, ne relève pas de l'application dudit code, mais, [..] du seul droit national »[419]. Autrement dit, une demande de visa en vue d'accéder au territoire d'un État membre pour y solliciter l'asile ne relève pas du champ d'application du code des visas, mais du seul droit national. Karine Parrot formule plusieurs critiques à l'endroit de cette décision. Selon l'auteur, l'Union ne semble pas être concernée par les « éventuelles violations des droits fondamentaux liées à des refus de visas sollicités en vue de demander l'asile »[420]. Partant de la logique selon laquelle le code des visas autorise l'État membre qui a délivré le « visa d'exception » à en prolonger la durée de validé en cas de « force majeure ou de raison humanitaire », Karine Parrot affirme que « la qualification des demandes litigieuse en

[417] Article 25 du règlement 810/2009, du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009, JOUE, L243/1, du 15 septembre 2009.
[418] CJUE, 7 mars 2017, X et x contre Belgique, aff. C-638/16, UE C:2017:173.
[419] Ibid. point 51.
[420] PARROT Karine, Le code des visas, un rempart assumé contre les migrants en quête de protection internationale, op, cit, note 336.

demande de visa de long séjour opérée sur la base de l'intention future des requérants de demander l'asile est à la fois dépourvue de fondement textuel mais aussi contraire à la logique dérogatoire de l'article 25 du code des visas »[421]. Cet arrêt illustre l'absence de voie légale d'accès au territoire de l'Union en vue de solliciter l'asile. Contrairement à la décision rendue par la Cour et la position défendue par les États membres, l'analyse de l'Avocat général, Paolo Mengozzi, nous semble plus conforme au respect des droits fondamentaux des étrangers en quête de l'asile[422]. Selon lui, la demande de visa de court séjour, effectuée dans un État tiers, en vue de solliciter l'asile, relève de la politique commune de visas. Par conséquent, en la matière, les États mettent en œuvre le droit de l'Union européenne et sont, dès lors, tenus au respect de la Charte des droits fondamentaux[423]. Il ajoutait que, le fait que la décision de délivrance du visa soit adoptée dans un consulat, hors du territoire de l'Union, est sans incidence sur l'applicabilité de la Charte, qui conformément à son article 51, s'applique dès lors que le droit de l'Union est mis en œuvre.

Cette position de la Cour de justice a été reprise par la Cour EDH dans un arrêt du 5 mai 2020[424]. Il était question de savoir si le refus de l'État belge d'accorder un visa humanitaire à des ressortissants de pays tiers exposés à un risque réel de violation de leurs fondamentaux dans leur pays d'origine, était constitutif d'une violation de la convention européenne des droits de l'homme. La Cour EDH a répondu par la négative, en considérant que le champ d'application des dispositions de la CEDH se limite aux personnes relavant de la juridiction des États parties à la convention. Elle a considéré que le fait de ne pas accorder un visa humanitaire à une personne se trouvant sur le territoire d'un État tiers n'est pas constitutif d'une violation des dispositions de la convention[425]. Cet arrêt vient limiter la portée de la jurisprudence antérieure de la Cour EDH selon laquelle les États parties peuvent être tenus au respect de leurs obligations conventionnelles au-delà de leurs frontières[426]. Ainsi apparait une limite à la « portée extraterritoriale des obligations conventionnelles des États partie »[427].

---

[421] Ibid.
[422] Conclusion de l'Avocat général, Paolo Mengozzi, 7 février 2017, aff. C-638/16, UE:C:2017:93.
[423] Ibid. point 82.
[424] Cour EDH, 5 mai 2020, M.N et autres contre Belgique, Req n°.3599/18.
[425] Ibid.
[426] CEDH, 8 juillet 2004, Ilascu et autres c/ Moldova et Russsie, req n°48787/99 ; CEDH, 29 mars 2010, Medvedyev et autres c/ France, n°3394/03.
[427] Sur cette question, cf, LENAIN Émilie, Il était une, un visa obligatoire qui n'existait pas. Quand les Cours européennes dansent la polka autour des lacunes du droit, Revue des droits de l'homme, [en ligne] Actualités Droit-Libertés, Online since 15 june 2020, http://journals.openedition.org/revdh/9913

Or, conformément à la jurisprudence de cette même Cour, deux obligations résultent des dispositions de la Convention : une obligation négative (l'obligation de ne pas faire) et une obligation positive (l'obligation de faire). L'obligation positive devrait pouvoir justifier la délivrance d'un visa dans une telle hypothèse, comme en matière de regroupement familial.

Pour sa part, le conseil d'Etat français a jugé que « si le droit d'asile a pour corollaire le droit de solliciter l'asile en France, les garanties attachées à ce droit fondamental reconnu aux étrangers se trouvant sur le territoire de la République n'emportent aucun droit à la délivrance d'un visa en vue de déposer une demande d'asile en France »[428]. Néanmoins en France, des visas de long et de court séjour pour motif humanitaire ont été délivrés en 2017, mais de manière discrétionnaire. Cette absence de voies légales d'accès au territoire des États membres de l'Union européenne, contraint les demandeurs de la protection internationale à emprunter d'autres voies et à s'exposer à d'autres risques plus graves que ceux qu'ils tentent de fuir. 90 % des personnes qui ont reçu une protection internationale sont arrivées sur le territoire de l'Union par des moyens irréguliers[429].

Conscient de la gravité de la situation, le Parlement européen a saisi la Commission en décembre 2018 d'une proposition visant à instituer une procédure de délivrance d'un visa humanitaire européen assortie de garanties et permettant aux demandeurs de solliciter l'asile dans le pays qui a accordé ce visa[430]. L'institution d'un tel visa aura indéniablement des avantages tant pour les demandeurs de la protection internationale que pour les États membres de l'Union européenne.

Les demandeurs de la protection internationale, pourront ainsi emprunter une voie légale, dont on peut espérer qu'elle permettra de limiter le nombre de mort sur les routes migratoires. Quant aux États membres de l'Union, ils pourront avoir un regard et un contrôle plus aiguisé sur les flux migratoires étant donné que l'accès à leur territoire se fera par des voies légales et sous leur contrôle. Ce qui, par conséquent, entrainera une diminution des moyens humains et financiers mobilisés pour le seul contrôle des frontières extérieures. Enfin, ce « visa d'asile » permettrait de mettre fin au détournement de la protection internationale à des fins migratoires,

[428] CE, 9 juillet 2015, n°391392.
[429] Résolution du parlement européen du 11 décembre 2018 contenant des recommandations à la commission sur les visas humanitaires, 2018/2271.
[430] Résolution du parlement européen du 11 décembre 2018 contenant des recommandations à la commission sur les visas humanitaires, 2018/2271, précité.

si les conditions d'éligibilité sont préalablement appréciées avant l'accès du demandeur au territoire du pays d'accueil.

Une protection effective des demandeurs de la protection internationale exigerait ainsi la mise en place d'un « visa d'asile » au niveau de l'Union. Or, en l'état actuel du droit de l'Union, aucune procédure spécifique n'est prévue à cette fin.

Cette absence de voies légale d'accès n'est pas sans incidence sur la solidarité entre les États membres en matière de protection internationale car certains États, en raison des critères de détermination de l'État membre responsable du traitement de la demande d'asile et de leur situation géographique, se trouvent confrontés à une pression migratoire plus importante que d'autres.

B. La solidarité à l'épreuve du franchissement illégal des frontières extérieures

Dès 1990, la Convention de Dublin[431] prévoyait des critères de détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres de l'ancienne Communauté européenne (l'Union européenne). Le traité d'Amsterdam ayant instauré la base juridique de son remplacement par un texte européen, plusieurs règlements ont été adoptés [432]en vue d'innover les critères de détermination de l'État responsable du traitement de la demande d'asile.

Ces règlements, en dernier lieu Dublin III, posent le principe de l'unicité de la responsabilité du traitement des demandes de protection internationale dans les États membres de l'Union en établissant des critères hiérarchisés. Ces règlements avaient pour objectifs de répondre à trois problèmes rencontrés par les États membres en matière d'asile[433]. Le premier est celui des mouvements secondaires des demandeurs d'asile dans l'Union. Le deuxième est celui des demandes d'asile multiples qui surchargent les administrations nationales chargées du traitement des demandes d'asile. Enfin, le troisième tend à éviter les « réfugiés sur orbite »,

[431] Un instrument de droit international.
[432] Les règlements 343/2003 du 18 février 2003, 1560/2003 du 2 septembre 2003 et le règlement 604/2013 du 26 juin 2013, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte).
[433] BARBOU DES PLACES Ségolène, Le dispositif Dublin II ou les tribulations de la politique communautaire d'asile, op, cit note 326.

définie comme la situation dans laquelle un demandeur d'asile formule plusieurs demandes dans plusieurs États sans qu'aucun ne se reconnaisse compétent pour traiter sa demande[434].

Afin de prévenir ces problèmes, les articles 8 et suivants du règlement Dublin III établissent des critères hiérarchisés de détermination de l'État responsable du traitement de la demande d'asile. La détermination des critères s'effectue au moment de l'introduction de la demande pour la première fois auprès d'un État membre[435] et tient compte de la situation spécifique du demandeur. Si le demandeur est un mineur non accompagné, est tenu pour responsable du traitement de sa demande l'État membre sur le territoire duquel un membre de sa famille est établi légalement[436]. En l'absence de membre de sa famille dans les États membres de l'Union, le mineur étranger dispose la faculté de demander l'asile dans l'État membre de son choix[437].

Si un membre de la famille du demandeur est bénéficiaire de la protection internationale dans un État membre de l'Union, cet État membre est désigné comme responsable du traitement de la demande si le demandeur en fait le choix par écrit[438].

Si le demandeur est entré irrégulièrement sur le territoire d'un État membre en provenance d'un État tiers, cet État membre est responsable de l'examen de sa demande[439], la responsabilité de l'État membre d'entrée prend fin douze mois après l'entrée irrégulière. C'est cette condition qui est à l'origine de nombreuses difficultés[440], car il conduit à une répartition inéquitable[441] du traitement des demandes entre les États en faisant peser l'essentiel de leur traitement sur ceux ayant des frontières avec des États tiers, comme notamment l'Italie, la Grèce, la Hongrie ou encore l'Espagne. Face à cette situation, certains de ces États ont écarté l'application du règlement de Dublin par une politique de « laissez-passer » en permettant aux demandeurs d'asile de transiter jusqu'à leur pays de destination sans les enregistrer par le relevé de leurs empreintes digitales. La solidarité entre les États membres en manière d'immigration s'est

[434] Ibid.
[435] Article 7, paragraphe 2, du règlement Dublin III.
[436] Article 8, paragraphe I du règlement Dublin III.
[437] Article 8, paragraphe 4 du règlement Dublin III.
[438] Article 10, règlement Dublin III.
[439] Article 13, paragraphe 1 du règlement Dublin III.
[440] Dans sa proposition de règlement, la Commission avait considéré que « chaque État membre est responsable vis-à-vis de tous les autres de son action en matière d'entrée et de séjour des ressortissants des pays tiers et doit en assumer les conséquences dans un esprit de solidarité et de loyale coopération », proposition de règlement 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 pays tiers, COM/2001/447 final, JOC 304 du 30 octobre 2001, pp. 192-201 ; TIBERGHIEN Frédéric, Réfugié, Répertoire du droit international, avril 2020 https://www-dalloz-fr.faraway.parisnanterre.fr/documentation/Document?id=ENCY/INTR/RUB000209.
[441] Sur les conséquences de la politique d'asile sur les États, cf, BOUTEILLET-PAQUET Daphné, Une approche critique de la politique européenne en matière d'asile et ses conséquences sur certains pays d'Europe centrale : au-delà de la politique de cordon sécuritaire ?, L'Harmattan, 2001.

trouvée fortement entachée en raison de l'attitude récalcitrante de certains États membres. Au-delà des pressions migratoires sur les États membres qui ont des frontières avec des États tiers, les droits fondamentaux des demandeurs, eux-mêmes, s'en sont trouvés fortement diminués en raison des conditions d'accueil déplorables contraires à l'interdiction de traitement inhumain et dégradant, violation du principe de non refoulement vers un pays tiers à risque ou du droit à un recours effectif contre la décision de transfert[442]. Face à cette situation, certains États membres se sont montrés solidaires en ayant recours à la clause dite de « souveraineté ou discrétionnaire », prévue à l'article 17 du règlement Dublin III[443]. Ces dernières clauses autorisent les États à prendre en charge des demandes dont l'examen ne leur incombe pas en principe. Ces clauses ont été utilisées par l'Allemagne en 2015 lors de l'arrivée en nombre de demandeurs en provenance de la Grèce, et par la France pour les personnes évacuées du campement de Calais en 2017. L'Union européenne ayant pris conscience de l'urgence de la situation et ayant constaté les insuffisances du règlement Dublin III, a préféré instituer, sur le fondement de l'article 78, paragraphe 3, du TFUE, un mécanisme temporaire de relocalisation visant à partager entre les États membres le traitement des demandes de protection internationale pour alléger les États les plus chargés à savoir, la Grèce et l'Italie.

C. La relocalisation, une tentative de restauration de la solidarité

Aux termes de l'article 67, paragraphe 2 TFUE, la politique migratoire de l'Union est fondée sur « la solidarité entre États membres et qui est équitable à l'égard des ressortissants des pays tiers »[444]. L'article 80 ajoute que la mise en œuvre de la politique relative aux frontières, à l'asile et l'immigration est régie par « le principe de solidarité et de partage équitable de responsabilités entre États membres »[445]. C'est au nom de ce principe de solidarité et dans un contexte exceptionnel de migration que, lors de sa réunion du 23 avril 2015, le Conseil européen a décidé de renforcer la solidarité et la responsabilité, en s'engageant à accroitre l'aide d'urgence destinées aux États membres qui se trouvent en première ligne et à examiner les possibilités d'organiser une répartition d'urgence entre tous les États membres sur une base volontaire, ainsi qu'à déployer, dans les États membres qui se trouvent en première ligne, des équipes du bureau européen d'appui en matière d'immigration (EASO) chargés d'assurer un

[442] Cour EDH, 21 janvier 2011, M.S.S c. Belgique et Grèce, Req n° 30696/09.
[443] Article 17 du règlement du règlement n°604/2013 précité « par dérogation à l'article 3, paragraphe 1, chaque État membre peut décider d'examiner une demande de protection internationale qui lui est présentée par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, même si cet examen ne lui incombe pas en vertu des critères fixés dans le présent règlement ».
[444] Article 67, paragraphe 2 TFUE.
[445] Article 80 TFUE.

traitement conjoint des demandes de protection internationale, y compris l'enregistrement et le relevé d'empreintes digitales[446]. Le dispositif de relocalisation est réservé aux demandeurs ayant un besoin manifeste de protection. Ce mécanisme a été mis en place à partir de « *hotspots* », centre d'accueil et d'enregistrement installés en Grèce et en Italie. Si le mécanisme de relocalisation avait pour but une gestion solidaire des flux migratoires, la solidarité a montré ses limites en raison du refus opposé par certains États, notamment la Slovaquie et la Hongrie. Ces derniers, qui, à l'instar de la République Tchèque et de la Roumanie, ont voté au sein du conseil contre l'adoption du dispositif de relocalisation, ont demandé à la Cour de justice de l'annuler en invoquant, d'une part, des motifs tendant à démontrer que son adoption est entachée d'erreur d'ordre procédural liée au choix d'une base juridique inappropriée et, d'autre part, qu'elle n'est pas apte à répondre à la crise migratoire ni nécessaire à cet effet[447]. La Cour, dans son arrêt a rejeté ces recours en jugeant que « l'article 78, paragraphe 3, TFUE permet aux institutions de l'Union de prendre toutes les mesures provisoires nécessaires pour répondre de manière effective et rapide à une situation d'urgence caractérisée par un afflux soudain de personnes déplacées »[448].

En raison des résistances opposées par certains États membres au mécanisme du programme de relocalisation d'urgence, il convient de noter que la solidarité intra européenne a été durement ébranlée par les flux migratoires de ces dernières années.

Au-delà des entraves liées à l'accès au territoire du pays d'accueil, le droit de demander l'asile se trouve également entravé par des obstacles liés à l'accès à la procédure d'asile.

§ II. Les concepts empêchant un examen approfondi de la demande de protection internationale

Une fois sur le territoire européen, à la frontière ou dans une zone de transit, le demandeur de protection internationale doit introduire une demande de protection internationale auprès des autorités compétentes de l'État d'accueil. En droit de l'Union européenne, toute une série de mesures entravent l'accès à cette demande[449]. Les États membres ont tendance à recourir à des concepts qui ont pour effet soit d'entraver l'accès à la procédure (l'irrecevabilité) (A) soit de procéder à un examen bâclé de la demande (procédure accélérée) (B).

[446] Décision UE 2015/1523 du Conseil du 15 septembre 2015, paragraphe 4.
[447] CJUE, 6 septembre 2017, Slovaquie et Hongrie contre le Conseil, aff. C-643/15 et C-647/15.
[448] CJUE, 6 septembre 2017, Slovaquie et Hongrie contre le Conseil, aff. C-643/15 et C-647/15 précité.
[449]TEITGEN-COLLY Catherine, Le droit d'asile, op cit , p.91.

A. L'irrecevabilité de la demande de protection internationale

Une demande de protection internationale peut être rejetée pour irrecevabilité sans qu'il soit procédé à son examen au fond[450]. Les causes de l'irrecevabilité sont nombreuses. Tel est le cas lorsqu'une protection internationale a été accordée par autre État membre[451], lorsque l'intéressé vient d'un premier pays d'asile, d'un pays « tiers sûr », ou lorsqu'il s'agit d'une nouvelle demande dans laquelle n'apparait pas d'éléments ou faits nouveaux, ou qu'il s'agit d'une demande déposée par une personne à charge d'un autre demandeur et que rien ne justifie un examen distinct. Ainsi, lorsque le demandeur provient d'un premier pays d'asile, qu'il soit un autre État membre ou un État tiers, les autorités compétentes n'ont aucune obligation de vérifier s'il remplit les conditions d'acquisition du statut de réfugié. Si l'intéressé vient d'un premier pays tiers d'asile, l'État membre d'accueil doit simplement se contenter de vérifier l'aptitude de ce pays à le protéger contre les mauvais traitements et non à vérifier s'il lui garantit les droits des personnes protégées[452]. Il convient toutefois de noter que la jurisprudence récente de la Cour de justice tend à remettre en cause cette irrecevabilité si le demandeur est susceptible de se trouver, dans l'État qui lui a accordé une protection, dans une situation de dénuement matériel extrême assimilable à un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 4 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en raison de sa vulnérabilité particulière et de l'absence de toute prestation de subsistance, et ce, indépendamment de sa volonté[453].

Le concept de pays tiers sûr n'est pas nouveau, il existait dans certains droits nationaux avant l'harmonisation de la politique d'asile[454]. De surcroit, dès 1990, la Convention de Dublin reconnaissait la faculté aux États membres de renvoyer un demandeur d'asile vers un pays tiers plutôt qu'à l'État membre désigné comme responsable du traitement de la demande[455]. Il faut également préciser que les États membres peuvent accepter la prise en charge d'un demandeur d'asile, en application du règlement de Dublin, et le renvoyer vers un État tiers sûr sans avoir à examiner sa demande[456].

---

[450] Article 33 de la directive 2013/32/UE.
[451] CJUE, 5 avril 2017, Daher Muse Ahmed, aff. C-36/17.
[452] Fleury-Graff et Marie « *droit de l'asile* », 2019, PUF, p. 131.
[453] CJUE, 19 mars 2019, Ibrahim, aff. C-297/17, C-318/17, C-319/17.
[454] « Le concept de pays tiers sûr a été introduit en droit constitutionnel allemand par l'amendement du droit fondamental à l'asile contenu jusqu'en 1993 à l'article 16 de la loi fondamentale », TOMETTEN Christoph, La fortification juridique de l'asile en Europe, Revue des droits de l'homme, [en ligne], Actualités Droits-libertés, http://journals.openedition.org/revdh/3351
[455] Article 3, paragraphe de la Convention de Dublin « tout État membre conserve la possibilité, en application de son droit national, d'envoyer un demandeur d'asile vers un État tiers dans le respect des dispositions de la Convention de Genève, modifié par le protocole New York ».
[456] CJUE, 17 mars 2016, Mirza, aff. C-695/15.

Les critères permettant de qualifier un pays tiers de « sûr » sont définis par les directives 2005/58/CE et 2013/32[457]. En substance, un pays tiers sûr est défini comme un pays non membre de l'Union européenne par lequel le demandeur a transité et où il peut être renvoyé, car il est considéré que la demande d'asile aurait dû y être enregistrée. Selon l'article 38 de la directive procédure, un pays de transit ne peut être qualifié de sûr que si les autorités ont la certitude que le demandeur n'aura à craindre ni pour sa vie, ni pour sa liberté en raison d'un des motifs de persécution définis par la Convention de Genève (race, religion, nationalité, groupe social particulier, opinion politique). Les autorités doivent s'assurer de l'absence d'atteintes graves aux droits du demandeur, de risque de torture, de traitements cruels, inhumains ou dégradants ou de refoulement vers un pays où il pourrait être persécuté ou exposé à un risque de violation de ses droits humains. Enfin, la personne doit pouvoir obtenir le statut de réfugié au sens de la convention de Genève dans l'État en question. Il faut par ailleurs, qu'un lien de connexion raisonnable existe entre le demandeur et le pays de transit.

Dit autrement, il s'agit d'un pays dans lequel le demandeur serait admissible, n'aurait à craindre ni pour sa vie ni pour sa sécurité, ne serait exposé ni à des persécutions ni à des risques d'atteintes graves, ou le principe de non refoulement serait respecté et où il pourrait bénéficier du statut de réfugié. Le renvoi du demandeur vers le pays tiers sûr est très controversé par la doctrine. D'abord parce qu'il dispense les autorités de procéder à un examen individuel des demandes de protection. Ensuite parce que « les garanties entourant la notion de pays tiers sûr ne sont pas suffisantes »[458].

En l'état actuel du droit de l'Union, il n'existe aucune liste commune de pays tiers sûrs. Si les directives européennes prévoient des critères communs de qualification d'un pays tiers sûr, elles n'établissent aucune liste commune. En l'absence de liste commune, l'application du concept de pays tiers sûr est subordonnée au droit national de chaque État membre[459]. Ainsi, chaque État membre peut désigner souverainement les pays tiers qu'il considère comme sûrs. Le concept de pays tiers sûr semble avoir pour but de restreindre le nombre de demandeurs de protection internationale dans les États membres de l'Union.

En outre, cette absence de liste commune porte grandement atteinte aux droits du demandeur de protection internationale en faisant dépendre l'examen de sa demande au droit national du pays membre dans lequel il se rend. Par exemple, si un demandeur se rend dans un État membre

[457] Article 30 et 31 de la directive 2005/58 CE.
[458] CORNELOUP Sabine, Concept controversé de pays tiers sur, Recueil Dalloz, 2018, p.552.
[459] Article 38, paragraphe 2 de la directive 2013/32/UE

dans lequel la législation nationale prévoit son pays de transit comme sûr, sa demande sera déclarée irrecevable alors que ce même demandeur pourrait voir sa demande examinée s'il s'était rendu dans un autre État membre dans lequel son pays de transit ne figure pas sur la liste des pays tiers sûrs.

Consciente de cette situation, la commission dans sa proposition de réforme de la directive procédure, présentée en 2016[460], prévoit l'établissement d'une liste commune de pays tiers sûrs. La France, quant à elle, s'était jusqu'ici refusée de recourir au concept de pays tiers sûr (lorsque le demandeur a simplement transité par un pays tiers). En effet, le Conseil d'Etat a toujours considéré que l'entrée sur le territoire français ne pouvait être refusée à un demandeur au motif qu'il arriverait d'un État partie à la convention de Genève ou il aurait pu demander l'asile[461]. La CNCDH émet un doute sur la conventionalité et la constitutionnalité du concept de pays tiers sûr[462]. Selon la CNCDH, le concept de pays tiers sûr ne satisfait pas à l'obligation de conformité du droit à la Convention de Genève tant au regard de sa stipulation que de son objet[463]. En premier lieu, la Convention de Genève subordonne le bénéfice du droit d'asile à des critères parmi lesquels ne figure pas le concept de pays tiers sûr. Dès lors, en reconnaissant le droit pour un État membre de refuser de traiter une demande d'asile au motif que le demandeur proviendrait d'un État sûr, la directive ajoute une condition supplémentaire non prévue par la Convention de Genève[464]. Concernant la constitutionnalité du concept de pays tiers sûr, la CNCDH relève que l'alinéa 4 du préambule de la constitution de 1946 implique pour le demandeur d'asile un droit absolu à l'examen de sa demande[465]. Il a fallu attendre la loi du 10 septembre 2018[466] pour que le législateur français introduise le concept de pays tiers sûr en droit français, en prévoyant que « l'office peut prendre une décision d'irrecevabilité écrite et motivée, sans vérifier si les conditions d'octroi de l'asile sont réunies dans les cas suivants : lorsque le demandeur bénéficie du statut de réfugié et d'une protection effective dans un État tiers et y est effectivement réadmissible… »[467]. Cette disposition subordonnait l'irrecevabilité à trois conditions cumulatives : l'obtention préalable du statut de réfugié dans un État tiers,

[460] Commission européenne, COM 2016, 465 final, du 16 juillet 2016
[461] CE, Ass, 16 janvier 1981, conté, n° 20527 ; CE, Ass, 18 décembre 1996, Min. int. C. Roger, n° 160856.
[462] CNCDH, avis sur le concept de pays tiers sûr OR : CDHX1736237V JORF n°0299 du 23 décembre 2017. JORF n°0299 du 23 décembre 2017
[463] Ibid.
[464] Ibid.
[465] Ibid.
[466] La loi du n°2018-778 du 10 septembre 2018.
[467] Article 6 de la loi précitée.

l'effectivité de la protection et la possibilité de réadmission[468]. Ainsi, elle excluait l'irrecevabilité pour motif de transit par un pays tiers sûr. En tout état de cause, la disposition précitée a été abrogée par une ordonnance du 16 décembre 2020[469].

Ainsi, il convient de noter que le concept de pays tiers sûr constitue une restriction au droit de demander l'asile dans les États membres de l'Union européenne.

B. La procédure accélérée

La procédure accélérée est prévue par la directive 2005/85 CE et reprise par la directive 2013/32 UE dans certaines hypothèses. Les États membres peuvent recourir à la procédure accélérée lorsque « le demandeur n'a soulevé que des questions sans pertinence au regard de l'examen visant à déterminer s'il remplit les conditions requises pour obtenir le statut de bénéficiaire d'une protection internationale en vertu de la directive 2011/95/UE, lorsqu'il provient d'un pays d'origine sûr, lorsqu'il a induit les autorités en erreur en ce qui concerne son identité et ou sa nationalité, s'il a fait des déclarations manifestement incohérentes et contradictoires, s'il a présenté une demande ultérieure de protection internationale qui n'est pas irrecevable, s'il n'a présenté une demande qu'afin de retarder ou d'empêcher l'exécution d'une décision d'éloignement, s'il existe de sérieuses raisons de considérer qu'il représente un danger pour la sécurité nationale ou l'ordre public… »[470]. Ces hypothèse visées à l'article 31, paragraphe 8 sont qualifiées de « demandes infondées » ou « dilatoire »[471]. De même les États membres peuvent considérer une demande comme manifestement infondée, si elle est définie comme telle dans la législation nationale[472].

Dès lors, on comprend que c'est le caractère infondé ou manifestement infondé de la demande qui justifie le recours à la procédure accélérée. Le recours à cette procédure n'est pas sans

[468] CNDA, 17 juillet 2018, n° 17037797 et 17037798, a jugé, en application de l'ancien article 723-11 du CESEDA que « lorsqu'une personne s'est vue reconnaitre le statut de réfugié dans un État partie à la Convention de Genève, sur le fondement de persécution ou d'atteinte graves subies dans l'État dont elle a la nationalité, elle ne peut plus, aussi longtemps que cette protection internationale lui est maintenue et effectivement garantie dans l'État signataire qui lui a reconnu la qualité de réfugié, revendiquer auprès d'autre État, sans avoir été préalablement admise au séjour, le bénéfice des droits qu'elle tient de la protection qui lui a été accordée. Par suite, si une personne bénéficiant de la protection internationale d'un État signataire ne peut, aussi longtemps que cette protection internationale lui demeure reconnue par cet État, etre reconduite depuis la France dans le pays dont elle a la nationalité… ».

[469] L'ordonnance n° 2020-1733 du 16 décembre 2020.

[470] L'article 31, paragraphe 8 de la directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013, relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte).

[471] TCHEN Vincent, Droit des étrangers, LexisNexis, 2ème édition, 2022, p. 1448.

[472] Article 32, paragraphe 2 de la directive précitée : « en cas de demande infondée correspondant à l'une des situations, quelle qu'elle soit, énumérées à l'article 31, paragraphe 8, les États membres peuvent également considérer une demande comme manifestement, si elle est définie comme telle dans la législation nationale ».

conséquence pour les demandeurs d'asile. Il soulève des questions au regard du risque d'éloignement d'une personne « réellement persécutée » mais qui n'a pas été en mesure de faire valoir ses arguments en raison des conditions d'examen de son dossier[473]. Ce risque résulte non seulement de la réglementation qui détermine des hypothèses de recours à la procédure accélérée mais aussi des pratiques administratives[474].

Si certains motifs de recours à la procédure accélérée définis à l'article 31, paragraphe 8 de la directive 2013/32, ne posent pas de difficultés particulières, d'autres font l'objet de critiques récurrentes[475] ; tels que le pays d'origine sûr, l'absence de recours suspensif, ou encore le « recours abusif à l'asile ».

La qualification de pays d'origine sûr revêt une double portée, d'abord procédurale, puisqu'elle emporte la suppression du caractère suspensif du recours, ensuite de fond, puisqu'elle conduit à refuser en principe la protection. Certes, cette présomption de sûreté du pays d'origine n'est pas irréfragable, puisque les demandeurs gardent la possibilité lors de l'entretien individuel de renverser la présomption, mais l'apport de cette preuve n'est pas aisé.

De surcroit, peut-on garantir qu'un pays soit sûr pour l'ensemble de ses habitants ? Considérer un pays d'origine comme sûr, revient à empêcher le plus souvent les nationaux de cet État d'obtenir la protection dans les pays d'accueil, ou tout au moins, à considérer leur demande comme infondée en présumant qu'ils n'ont pas droit à la protection internationale, présomption qu'il appartient aux intéressés, non sans difficulté, de lever. Comme le précise le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés « l'application de cette notion empêchant a priori tout un groupe de personnes en quête d'asile d'obtenir le statut de réfugié […] et serait incompatible avec l'esprit, sinon la lettre de la convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés »[476].

L'application de cette notion violerait plusieurs dispositions de la convention de Genève de 1951. Tout d'abord, elle ne serait pas conforme à l'article 3 de la convention aux termes duquel les États contractants appliquent les dispositions de la convention sans discrimination en raison de la race, de la religion ou du pays d'origine[477]. Or, certains demandeurs se trouvent, en raison de leur nationalité, potentiellement privée du bénéfice de la protection internationale.

[473] TCHEN Vincent, Droit des étrangers, op cit, note 395
[474] Ibid.
[475] Ibid.
[476] Haut commissariat des nations unies pour les réfugiés, note générale sur la notion de pays et sur le statut de réfugié, EC/SCP/68 sous comité protection, 26 juillet 1991.
[477] Article 3 de la convention de Genève de 1951.

Cela constituerait également une réserve de facto à l'article 1 de ladite convention et serait donc en contradiction avec l'article 42, qui n'autorise aucune réserve à l'article 1[478]. Elle introduirait également une nouvelle limitation géographique, ce qui est incompatible avec les fins du protocole de 1967[479]. Elle semble incompatible avec le caractère individuel du statut de réfugié et la nature subjective des craintes de persécution et d'atteinte grave, car la notion de pays d'origine sûr permet finalement à l'État d'accueil, au lieu d'analyser la situation personnelle du demandeur, de porter une présomption défavorable en raison de sa nationalité.

Comme précédemment indiqué, l'usage de la notion de pays d'origine sûr dans les États membres de l'Union européenne a pour effet la mise en place d'une procédure accélérée et, cette mise en place rompt le principe d'égalité devant la loi et rend la procédure essentiellement biaisée.

Refusant de renoncer au concept, en dépit des critiques vives de la doctrine, la commission européenne a proposé l'élaboration d'une liste commune de pays d'origine sûr[480]. Il convient de noter que si l'usage d'une liste commune de pays d'origine sûrs permet l'application uniforme du droit de l'UE, il ne mettrait pas fin à l'inégalité de droits entre demandeurs selon leur nationalité.

S'agissant de l'atteinte au droit à un recours effectif, si l'article 46, paragraphe 5, de la directive 2013/32 prévoit le droit à un recours effectif et le maintien du demandeur sur le territoire jusqu'à l'expiration du délai de recours, le paragraphe 7 du même article autorise toutefois les États membres à ne pas accorder d'effet suspensif au recours des personnes dont la demande a été initialement considérée comme infondée ou manifestement infondée. Le demandeur peut donc être renvoyé vers un pays où il risque la torture, et ce avant qu'une juridiction se prononce sur sa cause[481]. Or, le recours exigé à l'article 13 de la Conv. EDH doit être effectif en pratique comme en droit[482]. Ainsi, l'absence d'effectivité du recours résulte de l'absence d'effet suspensif de l'appel. On perçoit ainsi une double violation, d'abord du droit au recours effectif,

[478] Article de la convention précitée « au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, tout État pourra formuler des réserves aux articles de la Convention autres que les articles 1, 3, 4, 16, 33, 36 à 46 ».
[479] [479] Haut commissariat des nations unies pour les réfugiés, note générale sur la notion de pays et sur le statut de réfugié, EC/SCP/68 sous comité protection, 26 juillet 1991, précité.
[480] Proposition de règlement établissant une liste commune de l'Union de pays d'origine sûrs aux fins de la directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale, et modifiant la directive 2013/32/UE, COM (2015) 452 final du 9 septembre 2015.
[481] Comité des nations unies contre la torture, observation finale du comité contre la torture-France 26 avril 2010.
[482] Cour EDH, 26 octobre 2000, Kudla c. Pologne Req n°30210/96 ; Cour EDH 22 avril 2014, aff. A.C et autres c. Espagne Req n°6528/11.

ensuite, du principe de non refoulement. La Cour EDH a, à plusieurs reprises, considéré que « lorsqu'un individu se plaint de manière défendable que son renvoi dans un pays l'exposerait à un traitement contraire à l'article 3 de la Convention, les recours sans effet suspensif ne peuvent être considérés comme effectifs au sens de l'article 35, paragraphe 1 de la convention[483] ».

De la même manière plusieurs jugements de la Cour EDH convergent vers un questionnement du bien-fondé de l'absence de recours suspensif à tous les stades de la demande de protection internationale[484]. Il en résulte que la procédure accélérée n'offre pas de garanties suffisantes de respect des principes fondamentaux de la protection internationale.

Enfin, concernant le recours abusif à l'asile, la Cour EDH a, à plusieurs reprises, considéré que le seul fait qu'une demande d'asile soit postérieure à une obligation de quitter le territoire ne suffit pas à établir un recours abusif à l'asile[485]. Or, l'article 31, paragraphe 8, g, de la directive 2013/32 permet le recours à la procédure accélérée dès lors que les autorités compétentes estiment que la demande a pour but de retarder une mesure d'éloignement.

Toutefois, à certains égards, le droit de l'Union européenne semble favorable aux demandeurs de la protection internationale.

§ III. Le développement d'une protection alternative et d'une interprétation souple en faveur de l'admission au séjour des demandeurs de la protection internationale

Si la Convention de Genève définit la notion de réfugié, détermine son statut, elle laisse aux États contractants le soin de déterminer les personnes répondant à cette définition[486]. Comme l'écrivent Denis Alland et Catherine Teitgen-Colly « à définition internationale, procédures de détermination nationales »[487]. Autrement dit, la Convention de Genève se contente de définir le réfugié. Pour définir le réfugié, elle fait référence à une « crainte avec raison d'être persécuté » pour cinq motifs prédéterminés (race, religion, nationalité, appartenance à un certains groupe social ou opinion politique), sans pourtant définir ni le contenu des motifs de persécution ni les

[483] Cour EDH 22 avril 2014, A.C et autres c. Espagne n°6528/11, point 94, précité.
[484] Cour EDH, 2 février 2012, M c France, précité.
[485] CEDH, 2 février 2012, I M c/ France req n° 9152/09.
[486] ALLAND Denis, TEITGEN-COLLY Catherine, Traité du droit de l'asile, Puf, 2002, p. 84.
[487] Ibid.

modalités de délivrance du statut de réfugié. En l'absence de définition de la notion de crainte de persécution et de ses motifs dans la Convention de Genève, l'Union et ses États membres ont souhaité surmonter ce silence en établissant des règles communes relatives aux conditions d'octroi de la protection internationale.

Les conditions définies par les règles communes et interprétées par la Cour JUE nous semblent favorables à l'admission des demandeurs de la protection internationale (paragraphe 1). Lorsque les conditions d'octroi du statut de réfugié ne sont pas réunies, en application du droit de l'Union, le demandeur peut, à certaines conditions, prétendre au bénéfice de la protection subsidiaire ou de la protection temporaire (paragraphe 2).

A. Une interprétation extensive de la notion de persécution en faveur de l'admission des demandeurs de la protection internationale.

Si les législations nationales définissaient la persécution de manière restrictive en vue de circonscrire le champ d'application de la Convention de Genève, l'harmonisation des règles en matière d'asile a permis d'écarter ces restrictions nationales en adoptant une conception extensive de la notion de persécution. En droit de l'Union européenne, les actes susceptibles d'être qualifiés de persécution en vue de la reconnaissance du statut de réfugié sont énumérés à l'article 9 de la directive 2011/95 (ancien article 9 de la directive 2004/83). Aux termes de ses dispositions, l'acte doit être « suffisamment grave du fait de sa nature ou de son caractère répété pour constituer une violation grave droits fondamentaux de l'homme, en particulier des droits auxquels aucune dérogation n'est possible en vertu de l'article 15, paragraphe II, de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales » ou « être une accumulation de diverses mesures, y compris des violations des droits de l'homme, qui soit suffisamment grave pour affecter un individu d'une manière comparable à ce qui est indiqué au point a ». Les actes de persécution peuvent prendre des formes diverses et variées. Il doit en outre exister un lien entre les actes et les motifs de persécution. Ces règles ont été interprétées par la Cour JUE dans un sens favorable à l'admission au séjour des demandeurs de la protection internationale. La Cour interprète les disposition du droit dérivé dans le respect des droits reconnus par la Charte des droits fondamentaux de l'Union[488] et des traités pertinents visés à

[488] Considérant 10 de la directive 2004/83, « la présente directive respecte les droits fondamentaux, ainsi que principes reconnus notamment par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En particulier, la présente directive vise à garantir le plein respect de la dignité humaine et du droit d'asile des demandeurs d'asile

l'article 78, paragraphe 1, TFUE[489]. La référence aux droits fondamentaux comme critère de détermination d'« actes de persécution » a été à l'origine de l'interprétation extensive de la Cour JUE. L'interprétation extensive de la notion de persécution par référence aux droits fondamentaux peut être illustrée à travers l'arrêt de la Cour JUE du 5 septembre 2012[490]. En l'espèce, les requérants, ressortissants du Pakistan, avaient sollicité le droit d'asile en Allemagne au motif qu'ils étaient sujets à persécution dans leur pays d'origine en raison de la pratique en public de leur croyance religieuse. Ils alléguaient que la législation pénale de leur pays d'origine restreignait l'exercice de leur foi. Toutefois, les autorités compétentes du pays d'accueil ont rejeté leur demande d'asile au motif que les restrictions à la pratique de la religion en public, imposées par une loi nationale ne constituaient pas une persécution au regard du droit d'asile. Dans ce contexte, les requérants ont considéré que ce refus était contraire à la directive 2004/83 (texte applicable à l'époque). C'est dans ce contexte que la Cour JUE a été saisie de la question de savoir si l'article 9, paragraphe 1, de la directive doit être interprétée en ce sens que toute atteinte au droit à la liberté religieuse qui viole 10 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est susceptible de constituer un acte de persécution au sens de ladite liberté de religion et sa manifestation extérieure. En réponse, la Cour a considéré dans un premier temps que toutes les atteintes au droit à la liberté de religion garanti par l'article 10, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux de l'Union ne constituent pas un acte de persécution[491]. Pour être qualifiée de persécution, la violation doit atteindre un seuil de gravité[492]. Les limitations à la pratique de la religion, prévues par la loi, qui ne violent pas le droit fondamental à la liberté religieuse ne sont pas constitutives de persécution[493]. Pour déterminer les actes qui sont susceptibles de constituer une persécution, la Cour refuse de se référer à la distinction opérée par le droit allemand entre les pratiques en public et en privé[494]. Pour la Cour ce critère de distinction n'est pas compatible avec la définition large de la notion de religion telle que prévue par la directive[495]. Pour déterminer une violation de la liberté

et des membres de leur famille qui l'accompagnent » ; CJUE, 2 mars 2010, Salahadin Abdulla e.a, aff. C-176/86, C-178/08, C-179/08, point 53 et 54 ; CJUE, 21 décembre 2011, N. S. e.a, affa. C-411/10, C-493/10, point 75.

[489] Article 78, paragraphe I, TFUE, « l'Union développe une politique commune en matière d'asile, de protection subsidiaire et de protection temporaire visant à offrir un statut approprié à tout ressortissant d'un pays tiers nécessitant une protection internationale et à assurer le respect du principe de non refoulement. Cette politique doit être conforme à la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et au protocole du 31 janvier 1967 relatif au statut des réfugiés, ainsi qu'autres traités pertinents ».

[490] CJUE, 5 septembre 2012, Y.Z, aff. C-71/11 et C-99/11.

[491] Ibid. point 58.

[492] Ibid. point 59.

[493] Ibid. point 60.

[494] Ibid. 62.

[495] Ibid. point 63.

religieuse, la Cour se réfère à la gravité des mesures et aux sanctions prises ou susceptibles d'être prises à l'encontre de l'intéressé[496]. Ainsi, la Cour de justice adopte une conception « autonome »[497], plus large et plus complète que celle émanant traditionnellement de la Convention de Genève[498]. Par sa décision, la Cour refuse de limiter la liberté religieuse à la sphère privée.

De la même manière, la notion d'« appartenance à un certain groupe social »[499] a été extensivement interprétée par la Cour JUE[500].

S'agissant des auteurs de la persécution[501], les organismes nationaux chargés d'accorder le statut de réfugié limitaient l'octroi du statut de réfugié aux seuls agissements directs des autorités publiques[502]. Le HCR considérait que l'exclusion du statut de réfugié des personnes craignant des persécutions du fait des agents non publics était contraire à la Convention de Genève[503]. Les directives européennes ont adopté une conception plus ouverte en ne limitant pas les acteurs de la persécution aux seuls autorités publiques. Conformément à l'article 6 de la directive 2011/95, la persécution peut être le fait de l'État, des partis ou organismes qui contrôlent l'État ou une partie importante du territoire, des acteurs non étatiques, s'il peut être démontré que les acteurs précités ne peuvent pas ou ne veulent pas accorder une protection contre les persécutions. Ainsi, la directive s'écarte de l'approche restrictive des auteurs de persécution initialement prévue par la position commune[504] dans le cadre intergouvernemental. La France a anticipé l'adoption de la directive 2004/83 en modifiant sa définition d'acteur de persécution dans une loi du décembre 2003.

Si la directive 2004/83 a indéniablement élargi la notion d'auteurs de persécution en y incluant des auteurs non étatiques, elle a aussi élargie la notion d'acteurs de protection. Autrement dit, elle subordonne la reconnaissance du statut de réfugié à l'absence de protection non seulement

---

[496] Ibid. points 64 à 67.

[497][497] Sur l'interprétation autonome de la Cour, cf, , BARBOU DES PLACES Ségolène, Au- delà de la casuistique ? La part de la Cour de justice dans la construction du droit des migrants de l'Union européenne, Titre VII, 2021, n°6, p. 50-57, [en ligne] consulté le 1 février 2022, https://www.cairn.info/revue-titre-vii-2021-page-50.htm

[498] DE BERNARDINIS Christophe, La Cour de justice de l'Union européenne définit la persécution religieuse, La lettre juridique, septembre 2012.

[499] Sur cette notion, cf, KORSAKOFF Alexandra, Les victimes de persécutions de genre, de nouveaux réfugié ? Réflexion sur l'étendue de la mobilisation du motif du groupe social, Cahier de la recherche sur les droits fondamentaux [en ligne], http://journals.openedition.org/crdf/1206

[500] CJUE, 2 décembre 2014, A B C, aff. C- 148/13, C-149/13 et 150/13.

[501] TIBERGHIEN Frédéric, Statut de réfugié et persécution par des agents non étatiques, RFDA, 1998, p.244.

[502] JEANNIN Laure, MENEGHINI Marco, PAUTI Christine, POUPET Raphaëlle, Le droit d'asile en Europe. Étude comparée, L'Harmattan, p. 42-43.

[503] UNHCR, position paper with regard to persecution by non—state agents, The Hague, 30 janvier 1996.

[504] Position commune 96/196/JAI, du 4 mars 1996.

de la part de l'État mais aussi d'un parti ou d'une organisation internationale qui contrôlent l'État ou une partie du territoire[505]. Christel Cournil considère que cette possibilité mise en place par la directive n'est pas conforme à la Convention de Genève dans la mesure où celle-ci ne prévoit que l'État comme acteur de la protection[506]. François Julien-Laferrière formule des critiques à l'endroit de cette théorie de l'équivalence des protections en écrivant que « la protection d'une organisation internationale ou régionale n'est pas de la même nature et n'a pas la même portée que la protection étatique »[507].

Comme la Convention de Genève[508], les directives européennes prévoient des clauses d'exclusion[509] et de cessation du statut de réfugié[510]. En vue de favoriser l'admission des ressortissants des pays tiers au titre de la protection internationale, la Cour JUE interprète ces clauses restrictivement. Concernant en premier lieu ceux qui bénéficient de la protection ou d'une assistance d'un organisme ou d'une institution des Nations Unies autre que le HCR (l'UNRWA exemple), le départ volontaire de la zone d'opération de protection ne suffit pas à les exclure du bénéfice du statut de réfugié[511]. Lorsque la décision de départ est motivée par des contraintes indépendantes de la volonté de l'intéressé, la Cour considère que les conditions de l'exclusion prévue à l'article 12 de la directive ne sont pas réunies[512]. Cette décision a été réaffirmée dans un arrêt du 5 octobre 2023[513] dans lequel la Cour JUE a considéré que « la protection de l'UNRWA doit être regardée comme ayant cessé à l'égard d'une personne atteinte d'une maladie grave à laquelle cet organisme n'est plus en mesure de dispenser les soins vitaux

[505] Article 7 de la directive 2004/83, repris à l'article 7 de la directive 2011/95.
[506] COURNIL Christel, Le statut interne de l'étranger et les normes supranationales, L'Harmattan, 2005, p.309.
[507] JULIEN-LAFERRIERE François, La loi Villepin relative au droit d'asile, Regard sur l'actualité, La documentations française, mars 2004, p. 29 et suivants.
[508] Article 1 D à F de la Convention de Genève prévoient des clauses d'exclusion en disposant que « cette Convention ne sera pas applicable aux personnes qui bénéficient actuellement d'une protection ou d'une assistance de la part d'un organisme ou d'une institution des nations unies autre que le haut-commissaire des Nation Unies pour les réfugiés… ». « Cette Convention ne sera pas applicable à une personne considérée par les autorités compétentes du pays dans lequel cette personne a établi se résidence comme ayant des droits et les obligations attachés à la possession de la nationalité de ce pays ». « Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser qu'elles « ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir… ».
[509] Article 12 de la directive 2011/95.
[510] Ibid. article 11.
[511] CJUE, 19 décembre 2012, El kott, aff. C-364/11, point 51.
[512] Ibid. point 59.
[513] CJUE, 5 mai 2023, OFPRA, aff. C-294/22.

qu'exige son état »[514]. Cette interprétation extensive vise à éviter que les défaillances de cet organisme ne privent les intéressés d'une protection internationale effective[515].

Concernant des personnes « dont on aura des raisons sérieuses de penser » qu'elles ont commis des actes les « rendant indigne à la protection internationale »[516]. Cette exclusion tend à empêcher l'impunité pénale des auteurs des crimes par l'octroi du statut de réfugié. L'importance des actes commis par le demandeur et son implication personnelle dictent son exclusion. Encore une fois de plus, la Cour JUE pose deux conditions à cette exclusion. En premier lieu, l'acte commis par le demandeur doit atteindre un seuil de gravité (attentat, participation à un réseau de traite d'être humain). En deuxième lieu, l'acte doit avoir été commis en dehors du territoire du pays d'accueil[517]. Dans son arrêt du 9 novembre 2010[518], la Cour a précisé dans quelle mesure l'appartenance à une organisation implique que l'intéressé relève du champ d'application de l'article 12 de la directive 2011/95. Selon elle, la seule circonstance que l'intéressé a appartenu à une organisation « ne saurait avoir pour conséquence automatique [qu'il doive] être exclu du statut de réfugié »[519] ; l'exclusion du statut de réfugié est subordonnée à un « examen individuel de faits précis permettant d'apprécier s'il y a des raisons sérieuses de penser que, dans le cadre de ses activités au sein de cette organisation », l'intéressé a commis des actes qui lui sont reprochés[520]. En la matière, la responsabilité doit être appréciée au regard des critères objectifs et subjectifs[521].

Si certaines clauses d'exclusion ont fait l'objet d'une interprétation restrictive de la part de la Cour de justice, celles de révocation, notamment l'exception d'ordre public, semblent poser de difficultés. En effet, l'article 14, paragraphe 4, a et b, autorise les États à révoquer le statut de réfugié lors qu'il existe « des motifs raisonnables de considérer [l'intéressé] comme une menace pour la société » de l'État membre d'accueil » ou lorsqu'il a été condamné en dernier ressort pour un crime particulièrement grave.

Si les raisons de cette clause d'exclusion sont nobles car liées à la sécurité de l'État membre d'accueil, comment l'articuler avec le caractère absolu de l'article 3 de la Conv EDH ?

---

[514] Ibid.
[515] BONNEVILLE Philippe, GANSER Christian, ILJIC Anne, Chronique de jurisprudence de la CJUE, AJDA, 2023, p. 2215.
[516] TEITGEN-COLY Catherine, Le droit d'asile, Humensis, 1ère édition, 2019, p.73.
[517] Le Conseil d'État a jugé qu'une exclusion du statut de réfugié pour un acte commis sur le territoire du pays d'accueil reviendrait à ajouter une clause d'exclusion à la Convention de Genève, CRR, SR, 12 mars 1993.
[518] CJUE, 9 novembre 2010, B, D, aff. C-57/09, C-101/09.
[519] Ibid. point 88.
[520] Ibid. point 94.
[521] Ibid. 96.

L'hypothèse est la suivante : le candidat à l'asile présente une menace pour la société de l'État membre d'accueil, mais il risque une persécution ou un traitement contraire à l'article 3 de la Conv EDH s'il est renvoyé dans son État d'origine. En résulte une imperfection dans la conciliation entre la nécessité de protéger l'ordre public et la nécessité de respecter les droits fondamentaux des demandeurs d'une protection internationale. Cette situation remet en cause quelque fois le caractère absolu de l'article 3 de la Conv EDH[522].

Ainsi l'incompatibilité de la clause d'ordre public avec l'article 3 de la Conv EDH et l'article 33 de la Convention de Genève (principe de non refoulement) ne semble pas faire de doute lorsque l'intéressé risque un traitement contraire à ces dispositions dans son État d'origine. En 1997, le Conseil d'état français a considéré que si le deuxième alinéa de l'article 33 de la convention de Genève, par exception au premier alinéa du même article, permet la remise de l'étranger aux autorités de son pays d'origine, il n'implique pas que le bénéfice du statut de réfugié soit retiré[523]. Toutefois, malgré l'incompatibilité supposée de l'article 14 de la directive 2011/95 avec l'article 33 de la Convention de Genève et l'article 3 de la Conv EDH, la France l'a transposé en 2015 l[524]. En outre, la loi française « du 10 septembre 2018 a élargi son champ d'application en substituant à la faculté d'en faire usage une obligation, en prenant en compte les condamnations émanant d'États membres[525] ».

Enfin, le bénéfice du statut de réfugié est subordonné au caractère personnel de la crainte de persécution. Le demandeur du statut de réfugié doit éprouver des craintes personnelles de persécution, cependant, il n'est pas nécessaire qu'il ait déjà été persécuté. Toutefois, l'invocation de persécution antérieure est un indice du caractère fondé de la crainte fondée du demandeur[526]. Il apparait ainsi que la persécution n'est pas une condition de reconnaissance du statut de réfugié, la reconnaissance de ce statut repose sur l'existence de craintes personnelles fondées d'être exposé personnellement à la persécution. Les craintes personnelles doivent néanmoins reposer sur des éléments objectifs. Apporter la preuve d'une crainte personnelle est sans doute la plus grande difficulté à laquelle sont confrontés les demandeurs du statut de réfugié ; d'où la nécessité de développer un système de protection alternatif.

[522] Sur cette question, cf, DIOUF Djiré, La clause d'ordre public dans le droit de l'asile politique, TCHEN Vincent (dir), Thèse de doctorat, droit, Université du Havre, 17 octobre 2017.
[523] CE, 21 mai 1997, n° 148997.
[524] La loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015, relative au droit d'asile.
[525] TEITGEN-COLLY Catherine, Le droit d'asile op, cit , page 77.
[526] Article 4, paragraphe 1, de la directive 2011/95.

B. Le développement d'une protection alternative en droit de l'Union européenne

Dès 2001, dans un contexte de guerre en ex Yougoslavie, a été adopté la directive 2001/55 « relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil [527] ». La mise en œuvre des dispositions de cette directive est soumise à la constatation par le Conseil de l'existence d'un afflux massif de personnes déplacées[528]. Ce régime d'admission très favorable aux ressortissants de pays tiers est marqué par un esprit de solidarité aussi bien envers les personnes fuyant la guerre qu'envers les États membres situés aux frontières de l'Union[529]. Contrairement à l'octroi du statut de réfugié et de celui de la protection subsidiaire, l'octroi de la protection temporaire n'est soumis à aucune procédure de demande ; les demandeurs doivent simplement se présenter aux autorités compétentes de l'État membre d'accueil et justifier qu'ils remplissent les conditions pour prétendre au bénéfice de la protection[530]. Comme en droit d'asile et de protection subsidiaire, des clauses d'exclusion sont prévues[531]. Il convient de souligner un certain nombre de difficultés liées au dispositif de la protection subsidiaire. Comme précédemment évoqué, conformément à l'article 5 de la directive 2001/55, l'existence d'un afflux massif de personnes déplacées est constatée par une décision du Conseil adoptée à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission. Les dispositions de cet article restreignent considérablement l'apport de la directive 2001/55. En effet, elle subordonne le déclenchement du dispositif à la volonté exclusive des États membres réunis au sein du Conseil. A titre d'exemple, en 2015, au moment de l'arrivée massive des réfugiés syriens, les États membres se sont opposés à l'application de la directive en refusant de constater, au sein du Conseil, l'existence d'un afflux massif de personnes déplacées. « Lors de la prise de pouvoir en Afghanistan par les Talibans, il était davantage question de construction de murs et d'externalisation de la protection que d'accueil au sein de l'Union

[527] Article 2, a, de la directive 2001/55/CE, la protection temporaire est définie comme « une procédure de caractère exceptionnel assurant, en cas d'afflux massif imminent de personnes déplacées en provenance de pays tiers qui ne peuvent rentrer dans leur pays d'origine, une protection immédiate et temporaire à ces personnes, notamment si le système d'asile risque également de ne pouvoir traiter cet afflux sans provoquer d'effets contraires à son bon fonctionnement, dans l'intérêt des personnes concernées et celui des autres personnes demandant une protection ».
[528] Considérant 14 de la directive 2011/55/CE.
[529] CORNELOUP Sabine, Sur la protection temporaire des personnes déplacées en provenance d'Ukraine, Revue critique de droit international privé, 2022, n°2 p. 439-442.
[530] Ibid.
[531] Article 28 de la directive 2001/55/CE.

européenne »[532]. Il a fallu attendre le déclenchement du conflit en Ukraine pour que le Conseil décide enfin de constater, par l'adoption d'une décision du 4 mars 2022[533], l'existence d'un afflux massif de personnes déplacées. Ce constat nous permet d'affirmer que l'application de la directive 2001/55 dépend des affinités de l'Union et de ses États membres vis-à-vis des pays tiers.

La protection temporaire doit être distinguée de la protection subsidiaire. La première est une question de procédure alors que la seconde est une question de fond[534]. La protection temporaire vise à protéger un groupe de personne en provenance d'un même pays sans examiner si elles remplissent les conditions pour prétendre au statut de réfugié. A contrario, la protection subsidiaire tend à protéger les personnes qui ne remplissent pas les conditions d'octroi du statut de réfugié au sens de la Convention de Genève[535].

Pour prétendre au bénéfice de la protection subsidiaire, le demandeur doit éprouver de risques d'« atteintes graves »[536], telles que la peine de mort ou l'exécution, la torture ou des traitements ou sanctions inhumains ou dégradants, des mesures graves et individuelles contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle ou en cas de conflit armé interne ou international[537]. Deux critères permettent de distinguer la protection subsidiaire du statut de réfugié à savoir, l'existence d'un lien entre les motifs et les actes de persécution ou d'atteintes graves et le caractère individuel de la persécution ou d'atteintes graves. Concernant le premier critère, comme précédemment évoqué, la reconnaissance du statut de réfugié est soumise à l'existence d'un lien entre les actes et les motifs de persécution (race, nationalité, religion, l'appartenance à un certain groupe social ou opinion politique). Or, pour la protection subsidiaire, les directives n'exigent pas de lien entre les deux. La gravité de l'atteinte suffit à reconnaitre le statut de protection subsidiaire, sans qu'il soit nécessaire d'établir de lien avec les motifs.

---

[532] CORNELOUP Sabine, Sur la protection temporaire des personnes déplacées en provenance d'Ukraine,, op cit, note 460.
[533] Décision 2022/382 du Conseil du 4 mars 2022.
[534] CARLIER Jean-Yves, Réfugié : identification et statut des personnes à protéger, JULIEN-LAFERRIERE François, LABAYLE Henri, EDSTROM Orjan (dir), La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam, Bruylant, 2005, p.296.
[535] Sur l'évolution de la protection subsidiaire, cf, BOUTEILET-PAQUET Daphné, La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union européenne : un complément de la Convention de Genève ? Bruylant, 2002.
[536] Les directives européennes distingue pour l'octroi du statut de réfugié et de celui de la protection subsidiaire. S'agissant du statut de réfugié, elles visent des actes de persécution (article 9). S'agissant des la protection subsidiaire, elles visent des atteintes graves (article 15).
[537] Article 15 de la directive 2011/95.

Concernant le deuxième critère, si les directives semblaient exiger « une menace individuelle »[538], la Cour JUE a, dans son arrêt *Elgafaji* du 17 février 2009[539], considéré que le terme « individuelles » visé à l'article 15, c, de la directive 2011/95, doit être entendu comme « couvrant des atteintes dirigées contre des civils sans considération de leur identité, lorsque le degré de violence aveugle […] atteint un niveau si élevé qu'il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'un civil renvoyé dans ce pays […] courrait, du seul fait de sa présence, un risque de subir des menaces graves »[540]. Ainsi, dès lors que la violence atteint un degré élevé de gravité, la Cour écarte le critère de l'individualité de la menace.

[538] Article 15,c, de la directive 2011/95.
[539] CJUE, 17 février 2009, Elgafaji, aff. C-465/07.
[540] Ibid. point 35.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

Ce chapitre nous a permis de démontrer que si des considérations liées au respect des droits fondamentaux (le droit au regroupement familial et la protection internationale) sont constitutives d'un droit subjectif à l'admission au séjour en faveur des ressortissants des États tiers, l'exercice de ce droit est soumis à des conditions restrictives.

Les restrictions au droit au regroupement familial s'expliquent par la volonté des États membres de conserver leur souveraineté en la matière. Si l'union européenne a tenté d'encadrer la marge d'appréciation des États membres en matière de regroupement familial, elle est encore perceptible.

S'agissant de l'admission au séjour des bénéficiaires d'une forme de protection internationale, les suspicions de fraudes, la méfiance vis-à-vis de l'autre ont conduit au durcissement des règles relatives à la protection internationale. Toutefois, la Cour de justice de l'Union, à travers son rôle d'interprétation des dispositions de l'Union, tempère le caractère restrictif des conditions d'admission au séjour des demandeurs d'une protection internationale.

Ayant pris conscience que la Convention de Genève ne permet pas de protéger tous ceux qui ont besoin d'être protégés, l'Union européenne a développé des systèmes alternatifs de protection (la protection subsidiaire et la protection temporaire).

TITRE II.
LA PRISE EN COMPTE DES INTERETS DE L'UNION EUROPEENNE

Contrairement à la mobilité intra européenne des citoyens de l'Union et des membres de leur famille, les États membres se sont montrés assez longtemps sceptiques à la reconnaissance d'une compétence en faveur de l'Union en matière d'immigration économique en provenance des pays tiers[541]. Le traité de Rome n'avait pas prévu de compétence Communautaire dans ce domaine. Ainsi, l'accueil des migrants économiques a longtemps échappé à la compétence de l'Union[542]. Or, en la matière, les États membres avaient une approche utilitariste[543]. Le concept utilitariste en droit des étrangers correspond à une définition du ressortissant de pays tiers considéré comme objet dont la valeur serait fonction des données économiques et démographiques ; variable permettant de réguler les besoins de main d'œuvre ou d'actifs[544].

La communautarisation de la question migratoire et d'asile n'a pas permis de remettre en cause l'approche utilitariste des tiers en matière d'admission au séjour. En effet, au lendemain de l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, les États membres ont réitéré leur volonté de préserver leur souveraineté en matière d'immigration économique[545]. Toutefois, dès les années 2000, la Commission soulignait la nécessité d'adopter des règles communes en la matière, en considérant que « les canaux de l'immigration légale à destination de l'Union devraient être ouverts aux travailleurs migrants [546] ». Le constat de la Commission était simple, elle considérait que de nombreux migrants illégaux pénétraient chaque année dans l'Union, et

[541] GAUTIER Marie, Étranger- Réglementation générale en matière d'étranger, Répertoire du droit européen, janvier 2013, [en ligne] consulté le 3 mars 2020, https://www-dalloz-fr.faraway.parisnanterre.fr/documentation/Document?id=ENCY/EUR/RUB000078/2013-01/PLAN028

[542] KAHMANN Marcus, Vers une politique européenne d'immigration économique ? Avancées et reculs, chronique internationale de l'IRES, n° 125, juillet 2010.

[543] Sur l'approche utilitariste de la migration économique dans les États membres, Cf, MORICE Alain, Le travail sans le travailleur, Plein droit, [en ligne], 2004/2 n°61, consulté le 2 janvier 2021.

[544] ANDIEUX Aurélie, Quels sont les acteurs qui expriment et développent les idées utilitaristes en matière d'immigration, en France et en Europe, depuis les années 90, recueil Alexandries, février 2019, http://www.reseau-terra.eu/article441.html.

[545] Sur ce point, Cf, DE BRUYCKER Philippe, Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile, in JULIEN-LAFERRIERE François, LABAYLE Henri, EDSTROM Orjan, La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam, Bruylant 2005, P. 45-76, « le seul échec patent concerne la directive sur l'immigration économique proposée par la Commission le 11 juillet 2001 qui n'a pas été adoptée par le Conseil sans même avoir été véritablement discutée, ce qui donne à penser que les États membres ne sont prêts à accepter des règles contraignantes pour ce qui concerne la forme d'immigration la plus sensible ».

[546]Ibid.

étaient employés illégalement par « des employeurs peu scrupuleux[547] ». En outre, elle constatait que plusieurs États membres avaient recours « à des mesures de régularisation ou d'amnistie[548] ». Partant de ce constat, elle proposait d'adopter des mesures communes en matière d'immigration économique. Il s'agissait concrètement de mieux organiser l'immigration économique pour lutter efficacement contre l'immigration illégale.

La résistance des États s'est traduite par l'adoption de normes communes sélectives et adaptées à leur besoin. Comme l'écrit Fabienne Gazin, en matière d'immigration économique, « l'Union ne fait que reprendre les objectifs des politiques d'immigration nationales[549] », c'est-à-dire une approche utilitariste des étrangers.

La politique commune développée par l'Union est ainsi restée très axée sur les besoins des États membres et n'a pas permis d'adopter une approche véritablement commune.

A côté des besoins strictement économiques, l'Union a très tôt affiché sa volonté de développer une économie fondée sur la connaissance. De ce fait, le concept utilitariste de l'étranger en droit de l'Union intègre deux volets : une immigration de travail et une immigration de savoir. De plus, les États membres semblent de plus en plus subordonner les possibilités de régularisation à l'exercice d'une activité connaissant des difficultés de recrutement (chapitre I).

Outre ces considérations, l'intérêt de l'Union se manifeste également à travers la mise en œuvre des accords internationaux. L'objet de ces accords conclus par l'Union avec des pays tiers diffère considérablement. Alors que certains tendent à établir des relations privilégiées avec des États tiers, « fondés sur leur proximité, leurs valeurs communes et leur identité européenne », d'autres, à l'inverse, tendent à faire participer les États tiers à la gestion des flux migratoires (chapitres II).

[547] Ibid.
[548] Ibid.
[549] GAZIN Fabienne, Le ressortissant d'État tiers en droit de l'Union : étranger ou personne ? Approche utilitariste ou axiologique du ressortissant d'États tiers, Op cit.

Chapitre I. L'ADMISSION AU BENEFICE DES INTERETS DE L'UNION : L'IMMIGRATION DE TRAVAIL, L'IMMIGRATION DE SAVOIR ET LA PROCEDURE DE REGULARISATION

L'immigration de travail a longtemps été considérée par les États membres de l'Union comme une question relevant de leur compétence exclusive. A l'instar de la communautarisation tardive de la politique d'immigration par le traité d'Amsterdam, l'immigration économique a longtemps été désertée par l'Union européenne « dans la mesure où elle n'était pas immédiatement nécessaire pour la suppression des contrôles aux frontières intérieures et ne constituait pas un enjeu important dans le contexte d'objectif d'immigration zéro qui était affiché par la plupart des États membres [550] ». Toutefois, la situation démographique défavorable et la pénurie de main d'œuvre dans certains secteurs d'activité au cours des années 2000 ont nécessité la gestion en commun de ce volet de la politique d'immigration.

Dans une communication du 22 novembre 2000 sur une politique communautaire en matière d'immigration[551], la Commission s'est prononcée en faveur d'une immigration légale, flexible et commune à tous les États membres. Selon la Commission, l'admission d'immigrants économiques devrait répondre aux besoins du marché de l'emploi des États membres. Cette exigence a abouti à une sélection entre les étrangers en fonction des besoins des États membres (section I).

Outre l'approche utilitariste des étrangers en provenance des pays tiers, il résulte de l'analyse des conditions de régularisation des étrangers en séjour irrégulier sur le territoire des États membres qu'une importance particulière est accordée à ceux parmi eux qui occupent un emploi dans un domaine connaissant des difficultés de recrutement ou acceptent de participer au démantèlement des filières d'immigration clandestine (section II).

Section I. Attirer les étrangers intéressants : « l'immigration choisie »

L'Union européenne cherche à attirer[552] et à conserver sur son territoire deux catégories de ressortissants de pays tiers. Il s'agit, d'une part, des étudiants et des chercheurs étrangers et,

[550] GAUTIER Marie, Étranger- Réglementation générale en matière d'étranger, Répertoire du droit européen janvier 2013, [en ligne] consulté le 3 mars 2020, https://www-dalloz-fr.faraway.parisnanterre.fr/documentation/Document?id=ENCY/EUR/RUB000078/2013-01/PLAN028

[551] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Politique communautaire en matière d'immigration, COM (2000) 757 final du 22 novembre 2000.

[552] BASILIEN-GAINCHE Marie Marie-Laure, Les frontières européennes. Quand le migrant incarne la limite, Revue de l'Union européenne, n° 609, juin 2017.

d'autre part, des migrants économiques[553] susceptibles de participer au rayonnement de l'économie européenne. Si les premiers ont bénéficié des conditions plus ou moins favorables d'admission au séjour (paragraphe I), le régime juridique applicable au second n'est pas dépourvu de paradoxe (paragraphe II).

§ I. Les conditions plus ou moins favorables d'admission au séjour des étudiants et des chercheurs étrangers

Lors du conseil européen de Lisbonne des 23 et 24 mars 2000[554], l'Union européenne a établi l'objectif de développer une économie fondée sur la connaissance. Elle entendait se profiler comme « l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde, capable d'une croissance économique durable accompagnée d'une amélioration quantitative et qualitative de l'emploi et d'une plus grande cohésion sociale [555] ». Afin d'atteindre les objectifs précédemment définis, une première directive 2004/114[556] a été adoptée en vue de régir les conditions d'admission au séjour des ressortissants de pays tiers à des fins d'études, d'échange d'élèves, de formation non rémunérée ou de volontariat. Une deuxième directive 2005/71[557] instaurait une procédure d'admission spécifique des ressortissants des pays tiers aux fins de recherches scientifiques. Dans un souci de clarté, une directive de 11 mai 2016[558] est venue fusionner les deux premières sans pour autant unifier le régime juridique applicable. La divergence des régimes juridiques applicables aux étudiants et aux chercheurs s'explique par la volonté européenne de réaliser des objectifs distincts. En effet, alors que l'admission au séjour à des fins d'études vise à promouvoir l'Europe en tant que centre mondial d'excellence pour les études[559], l'admission au séjour des chercheurs participe à la stratégie de Lisbonne, visant à faire de l'Union « l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique ».

---

[553] MEZAGUER Mehdi, La politique d'immigration de l'Union européenne : le pragmatisme comme principe, Revue de l'Union européenne [en ligne], en ligne, n° 427, 2014.
[554] Conseil européen de Lisbonne des 23 et 24 mars 2000, conclusion de la présidence.
[555] Conclusion du Conseil européen de Lisbonne, précitée, point 5.
[556] Directive 2004/114 du 13 décembre 2004 relative aux conditions d'admission des ressortissants des pays tiers à des fins d'études, d'échange d'élèves, de formation non rémunérée ou de volontariat.
[557] Directive 2005/71 du 12 octobre relative à une procédure d'admission spécifique des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche scientifique,
[558] Directive 2016/801 du 11 mai 2016 relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers à des fins de recherche, d'études, de formation, de volontariat et de programme d'échange d'élèves ou de projet éducatif et de travail au pair.
[559] Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la directive 2004/114, relative aux conditions d'admission des ressortissants de pays tiers à des fins d'étude, d'échange d'élèves, de formation non rémunérée ou de volontariat, COM (2011) 587N final.

Ces directives européennes reconnaissent en faveur de ces catégories d'étrangers des conditions favorables d'admission au séjour (A) ; des conditions favorables qui ont été renforcées par la jurisprudence de la Cour de justice (B).

A. Des facilités d'admission consolidées par la directive 2016/801

Dès le 30 novembre 1994[560], le Conseil considérait que « l'échange international d'étudiants et d'universitaires était une chose souhaitable », dans la mesure où cet échange était susceptible d'améliorer les relations entre l'Union et les États tiers dont ces étudiants et universitaires sont ressortissants. A cette époque, la migration des étudiants et universitaires étrangers présentait la particularité d'être temporaire et indépendante de la situation du marché de l'emploi des États membres. Partant de ce constat, le Conseil préconisait que l'admission des étudiants et universitaires étrangers soit limitée dans le temps de sorte qu'elle ne puisse pas se transformer en séjour permanent[561]. Il convient ainsi de noter que l'harmonisation de l'admission au séjour des étudiants et universitaires étrangers a débuté avec des mesures non contraignantes[562]. Un changement de cap a lieu avec la volonté européenne « de promouvoir l'Europe dans son ensemble en tant que centre mondial d'excellence pour les études et la formation professionnelle [563] ». Dans l'optique d'atteindre les objectifs ainsi définis, le 7 juillet 2002, la Commission a proposé un projet de directive « relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'études, de formations professionnelles ou de volontariat [564] ». La directive a été adoptée le 13 décembre 2004.

Elle prévoit des conditions souples d'admission au séjour en faveurs des étudiants en provenance de pays tiers.

L'étudiant est défini comme « un ressortissant de pays tiers admis dans un établissement d'enseignement supérieur d'un État membre pour suivre, à titre d'activité principale, un cycle d'études à plein temps menant à l'obtention d'un titre d'enseignement supérieur reconnu par l'État membre, y compris les diplômes, les certificats ou les doctorats obtenus dans un

[560] Résolution du Conseil du 30 novembre 1994, relative à l'admission de ressortissants de pays tiers sur le territoire des États membres à des fins d'études.
[561] Ibid.
[562] La résolution du Conseil du 30 novembre 1994 n'est pas une mesure contraignante.
[563] Paragraphe 6, de la directive 2004/114 CE, du Conseil du 13 décembre 2004, relative aux conditions d'admission des ressortissants des pays tiers à des fins d'études, d'échange d'élèves, de formation non rémunérée ou de volontariat.
[564] Proposition de directive relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'études, de formations professionnelles ou de volontariat du 7 juillet 2002, JO n° C 045 E, du 25 février 2003.

établissement d'enseignement supérieur, et pouvant recouvrir un programme de préparation à ce type d'enseignement, conformément à la législation nationale [565] ». S'agissant de la notion d'élève, elle a connu une évolution entre la directive 2004/114 et celle de 2016/801. En effet, l'élève est défini comme « un ressortissant de pays tiers admis sur le territoire d'un État membre pour suivre des cours d'enseignement secondaire reconnus, dans le cadre d'un programme d'échange mis en œuvre par une organisation reconnue à cet effet par l'État membre, conformément à sa législation nationale ou sa pratique administrative [566] ». La nouvelle directive ajoute qu'il peut s'agir des cours d'enseignement secondaire nationaux ou régionaux, correspondant au niveau 2 ou 3 de la classification internationale type de l'éducation. En réalité, il s'agit simplement d'une précision terminologique, car les niveaux 2 et 3 de la classification internationale correspondent au premier et au second cycle de l'enseignement secondaire.

S'agissant des chercheurs étrangers, dès janvier 2000, la Commission a estimé nécessaire de créer « un espace européen de la recherche [567] ».

L'objectif de l'Union était d'attirer et de conserver sur son territoire les chercheurs en provenance de pays tiers[568]. C'est dans ce cadre qu'a été adoptée, le 12 octobre 2005, une directive relative à « la procédure spécifique d'admission des ressortissants des pays tiers aux fins de recherches scientifiques [569] ».

Cette directive définit le chercheur étranger comme « un ressortissant de pays tiers, titulaire d'un doctorat ou d'un diplôme de l'enseignement supérieur approprié lui donnant accès au programme de recherches doctorales, qui est sélectionné par un organisme de recherche et admis sur le territoire d'un État membre pour mener une activité de recherche pour laquelle de tels diplômes sont généralement exigés [570] ».

Concernant les conditions d'admission, la directive 2016/801 prévoit deux séries de conditions : des conditions générales qui s'appliquent à tous et des conditions particulières propres à chaque catégorie.

---

[565] Article 2, b, de la directive 2004/114 et article 3, paragraphe 3, de la directive 2016/801.
[566] Article 2, c, de la directive 2004/11, précité.
[567] Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social des régions-vers un espace européen de la recherche, COM 2000/0006, final.
[568] Considérant 5 de la directive 2005/71, « la présente directive vise à contribuer à la réalisation de ces objectifs en favorisant l'admission et la mobilité des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche pour des séjours de plus de trois mois, afin de rendre la Communauté plus attrayante pour les chercheurs du monde entier et de promouvoir sa position en tant que centre de recherche international ».
[569] Directive 2005/71 CE, du Conseil du 12 octobre 2005, relative à une procédure d'admission spécifique des ressortissants des pays tiers aux fins de recherche scientifique.
[570] Article 3 de la directive 2016/801, précitée.

Les conditions générales ne font que reprendre des exigences de base : présentation d'un document de voyage valide, assurance maladie complète, absence de menace pour l'ordre public[571].

S'agissant des conditions particulières pour l'admission au séjour à des fins d'études, le droit de l'Union exige des conditions obligatoires et facultatives. Le demandeur devra prouver qu'il a été admis dans un établissement d'enseignement supérieur. Les autres conditions particulières, notamment, l'acquittement des droits d'inscription, la preuve d'une connaissance suffisante de la langue du programme d'études, disposer de ressources suffisantes, sont laissées à l'appréciation discrétionnaire de chaque État membre. Cette dernière condition est une innovation de la directive 2016/801. En effet, avant ladite directive et sous l'empire de la directive 2004/114, l'exigence des conditions de ressources suffisantes ne relevait pas de la marge d'appréciation des États membres. De surcroit, le demandeur devait non seulement prouver qu'il disposait de ressources suffisantes pour couvrir ses frais d'études, mais également ses frais de retour[572]. Cette condition ne figure pas dans la nouvelle directive.

S'agissant des chercheurs, le droit de séjour vise la recherche fondamentale et la recherche appliquée. Il s'agit des travaux de création entrepris de façon systématique en vue d'accroitre la somme des connaissances, y compris la connaissance de l'homme, de la culture et de la société, ainsi que l'utilisation de cette somme de connaissance pour concevoir de nouvelles applications[573]. La délivrance du titre de séjour est soumise au respect de conditions similaires à celles imposées aux étudiants à la différence des moyens des ressources suffisantes que le chercheur est supposé trouver dans son activité. Le chercheur étranger doit produire une convention d'accueil avec un organisme de recherche, public ou privé, agréé par l'État membre d'accueil[574].

Ainsi, une analyse comparée des directives précédentes à celle de 2016 montre une amélioration des conditions d'admission au séjour des intéressés. En effet, cette directive 2016/801 offre aux chercheurs et aux étudiants étrangers une voie d'admission au séjour plus rapide et plus simple. Cependant, ces conditions d'admission facilitée ne relèvent pas de la générosité, mais plutôt de leur utilité pour l'Union et ses États membres. Outre l'amélioration des conditions d'admission

[571] Article de la directive précitée.
[572] Article 7, b, de la directive 2004/114.
[573] Article 3, paragraphe 9 de la directive 2016/801, précité.
[574] Article 8 de la directive, précitée.

posée par la directive 2016, la jurisprudence de la Cour de justice tend vers la réduction de la marge d'appréciation des États membres.

B. La réduction de la marge d'appréciation des États par la jurisprudence de la Cour de justice

L'objectif de l'Union dans le domaine de l'éducation étant clair, « promouvoir l'Europe dans son ensemble en tant que centre mondial d'excellence pour les études et la formation professionnelle [575] », la Cour de justice n'a pas hésité à aller dans ce sens au détriment de la marge d'appréciation dont certains États membres semblaient vouloir user. En effet, dans un arrêt du 10 septembre 2014[576], la Cour a été appelée à préciser l'étendue de la marge d'appréciation des États en matière d'admission au séjour des étudiants en provenance d'un État tiers. Il était question de savoir si un État membre était tenu d'admettre au séjour sur son territoire un étudiant qui remplit les conditions d'admission définies aux articles 6 et 7 de la directive 2004/114 sans que les autorités compétentes de l'État membre concerné ne puissent faire usage de leur marge d'appréciation.

Contrairement à l'interprétation proposée par l'avocat général, qui considérait qu'il était nécessaire de laisser aux États membres le soin d'effectuer une analyse « visant à vérifier une éventuelle utilisation abusive ou frauduleuse de la procédure », ce qui « exclut une automaticité de l'admission[577] », la Cour a procédé à une interprétation téléologique de la directive. Après avoir rappelé les objectifs de la directive, elle a considéré que « l'article 12 de la directive doit être interprété en ce sens que l'État membre concerné est tenu d'admettre sur son territoire un ressortissant de pays tiers qui souhaite séjourner plus de trois mois sur son territoire à des fins d'études, dès lors que ce ressortissant remplit les conditions d'admission prévues de manière exhaustive aux article 6 et 7 […] [578] ». Selon la Cour, la marge d'appréciation « se rapporte aux conditions prévues aux articles 6 et 7 de ladite directive ainsi qu'à l'évaluation des faits pertinents, en vue de déterminer si les conditions énoncées auxdits articles sont satisfaites aux fins de l'admission des ressortissants de pays tiers en tant qu'étudiants [579] ». Il résulte de cet arrêt que les étudiants étrangers qui remplissent les conditions définies par la directive 2004/114 disposent d'un droit subjectif d'admission au séjour.

[575] Considérant 6 de la directive de la directive 2004/114.
[576] CJUE, 10 septembre 2014, Mohamed Ali Ben Alaya, aff. C-491/13
[577] Conclusion de l'avocat général, dans l'affaire C-491/13, point 51.
[578] CJUE, 10 septembre 2014, Mohamed Ali Ben Alaya, op cit, note 513, point 27.
[579]Ibid. point 33.

Récemment, le Conseil d'État belge a saisi la Cour d'une question préjudicielle similaire encore pendante devant elle[580]. En l'espèce le Conseil d'État belge a interrogé la Cour sur, d'une part, les conditions dans lesquelles un État membre peut refuser de livrer un visa ou un titre de séjour à des fins d'études. D'autre part, sur les recours contre une décision nationale de refus de visas ou de titre de séjour à des fins d'études.

Si la Cour ne s'est pas encore prononcée, l'Avocat générale, dans ses conclusions, a considéré « qu'une autorité compétente d'un État membre ne peut rejeter une demande de titre de séjour ou de visa étudiant que lorsqu'elle possède des preuves ou des motifs sérieux et objectifs établissant que le séjour du ressortissant d'un pays tiers sur le territoire national n'aurait ni pour objet ni pour finalité essentielle la poursuite, à titre d'activité principale, d'un cycle d'étude à plein temps menant à l'obtention d'un titre d'enseignement supérieur reconnu par cet État[581] ».

S'agissant des chercheurs étrangers, la Cour n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer. Toutefois, en tenant compte des objectifs affichés par l'Union, on peut estimer qu'une solution identique à celle du 14 septembre 2014 serait rendue. Il convient de noter que cette solution ne vaut que pour les étudiants et les chercheurs, car la transposition des dispositions relatives à l'admission au séjour aux fins d'échanges d'élèves, de formation non rémunérée ou de volontariat est laissée à la discrétion des États membres[582]. Aussi, contrairement aux directives antérieures, l'article 6 de la directive 2016/801 prévoit que ses dispositions « n'affectent pas le droit d'un État membre de fixer, conformément à l'article 79, paragraphe 5, du TFUE, les volumes d'entrée des [intéressés], à l'exception des étudiants, si l'État membre concerné considère qu'ils sont ou seront dans une relation de travail [583]».

Enfin, les étudiants et chercheurs étrangers bénéficient de garanties procédurales transparentes contre tout refus d'entrée, d'irrecevabilité et refus de renouvellement ou de retrait du titre de séjour[584]. La Cour de justice a, dans un arrêt du 10 mars 2021[585], considéré que « l'article 35,

[580] Affaire, C-14/23, Perle.
[581] Conclusion de l'Avocat général M Jean Richard de la Tour, présentées le 16 novembre 2013, dans l'affaire C-14/23, point 7.
[582]Ibid point 26, « Il convient de noter que l'article 3 de la directive 2004/114 opère une distinction entre, d'une part, les dispositions visant les ressortissants de pays tiers demandant à etre admis sur le territoire d'un État à des fins d'études et, d'autre part, les dispositions relatives aux ressortissants de pays tiers demandant à être admis à des fins d'échange d'élèves, de formation non rémunérée ou de volontariat. Alors que les premières dispositions sont obligatoires pour les États membres la transposition des secondes est laissée au pouvoir discrétionnaire de ceux-ci. Cette distinction est l'indice de la recherche d'un certain niveau de rapprochement des législations nationales des États membres en matière de conditions d'entrée et de séjour ».
[583] Article 6 de la directive 2016/801.
[584] Article 34, paragraphe de la directive 2016/801.
[585] CJUE, 10 mars 2021, M. A, aff. C-949/19.

paragraphe 5, de la directive 2016/801, lu à la lumière de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doit être interprété en ce sens qu'il impose aux États membres l'obligation de prévoir une procédure de recours contre les décisions de refus de visas à des fins d'études, dont les modalité relèvent de l'ordre juridique de chaque État membre dans le respect des principes d'équivalence et d'effectivité, cette procédure devant garantir, à un certain stade, un recours juridictionnel [586]».

Au-delà des étudiants et des chercheurs étrangers, l'Union se montre favorable à l'admission au séjour des migrants économiques susceptibles de contribuer à la réalisation de l'agenda économique européen à savoir, l'amélioration de la compétitivité et la prise en compte de l'impact démographique sur les marchés du travail.

§ II. L'admission des migrants économiques : une nécessité commune, une harmonisation lacunaire

Si dès les années 2000, l'entrée et le séjour des ressortissants de pays tiers aux fins de l'exercice d'une activité économique ont été qualifiés d'intérêt commun (A), les États membres ont manifesté une certaine méfiance à l'égard de l'harmonisation de ces questions, ce qui a eu pour conséquence d'aboutir à une harmonisation lacunaire (B)

A. L'admission des migrants économiques : une nécessité commune

L'importance de l'immigration économique pour l'Union n'est pas niée[587], pas plus que la pénurie de main d'œuvre dont souffre la plupart des États membres dans certains secteurs ou certaines qualifications[588]. A croire à Eurostat[589], la population de l'Union européenne en âge de travailler, d'ici 2060, diminuera de près de 50 millions de personnes même si l'immigration nette se maintient à ses niveaux historiques et 110 millions sans cette immigration. Une

[586] Ibid.
[587] MEZAGUER Mehdi, La politique d'immigration de l'Union européenne : le pragmatisme comme principe, Revue de l'Union européenne, n° 427, 2014, « la politique d'immigration de l'Union européenne à l'ambition d'assumer des critères de sélection des migrants sur une base de plus en plus économique […]. Dans cette perspective, l'immigration est une réalité qui doit être gérée efficacement et, si les critères de sélection des migrants se veulent économiques, ils ne reflètent pas uniquement une immigration choisie mais également une immigration utile. De ce fait, les institutions se proposent de tirer les conséquences de la réalité du marché de l'emploi et de prôner une adaptation à cet effet des politiques migratoires ».
[588] BERTRAND Christine, Le paradoxe de la politique d'immigration de l'Union européenne, Archive ouverte HAL [en ligne] https://uca.hal.science/hal-02327896/document
[589] Eurostat, projections Europop 2008, en matière de population, scénario de convergence fondé sur 2008, année de convergence 2150.

diminution d'une telle ampleur aurait sans doute un impact négatif, non seulement sur la population totale, mais aussi sur le nombre d'actifs. S'il est certain que les États membres ne seraient pas touchés dans les mêmes proportions, il convenait d'anticiper cette situation. Partant de ce constat, les institutions européennes considéraient que les migrations en provenance de pays tiers pouvaient contribuer « de manière décisive à la croissance économique » de l'Union et de ses États membres[590]. Ainsi, conformément aux conclusions du Conseil européen de Tampere, la Commission a, dès 2001, proposé une directive relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi salarié ou de l'exercice d'une activité économique indépendante[591]. Cette proposition de directive avait pour but de faire face au manque de personnel qualifié dans certains secteurs du marché du travail et de renforcer la compétitivité de l'Union[592]. Aux termes du paragraphe 14 de ladite proposition de directive, elle « respectait le principe de subsidiarité et de proportionnalité, car l'établissement d'un cadre juridique harmonisé au niveau de la communauté en ce qui concerne les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi salarié ou d'une activité économique indépendante, ainsi que les procédure de délivrance, ne pouvaient pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et pouvaient donc, en raison des dimensions et des effets de l'action, être mieux réalisés au niveau communautaire [593] ». Ainsi, la Commission fait de l'immigration économique un intérêt commun qui mérite d'être traité au niveau de l'Union, sans pourtant priver les États membres de toute compétence en la matière ; car elle considérait que ces derniers « devait être autorisés à mettre en œuvre des mesures horizontales (plafond ou quotas) limitant l'admission de ressortissants de pays tiers [594] ».

Le programme de la Haye reconnaissait également que l'immigration légale « jouera un rôle important dans le renforcement de l'économie de la connaissance en Europe et dans le développement économique, et contribuera ainsi à la mise en œuvre de la stratégie de Lisbonne ». Selon, la Commission, l'Union gagnerait à se doter d'un cadre réglementaire attractif afin d'attirer sur son sol des immigrés légaux pouvant répondre aux différents besoins des marchés du travail nationaux[595]. L'admission de travailleurs étrangers est ainsi considérée

[590] Dans ce sens, Cf, Pacte sur l'asile et l'immigration, 14 septembre 2008, note de la ^résidence du Conseil n°13440, p. 2.
[591] Proposition de directive du Conseil relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi salarié ou de l'exercice d'une activité économique indépendante, COM (2001/386).
[592] Paragraphe 6 du préambule de la proposition de directive précitée.
[593] Paragraphe 14 du préambule de la proposition de directive précitée.
[594] Paragraphe 10 du préambule de la proposition de directive précitée.
[595] Communication de la Commission proposant un programme d'action relatif à l'immigration légale, COM (2005) 669 final.

comme un moyen de renforcer la compétitivité et la croissance économique de l'Union. Cela s'est traduit juridiquement par l'adoption des règles communes, supposées attractives des ressortissants de pays tiers pouvant participer à la croissance économique de l'Union.

Le caractère utilitariste se déduit surtout du fait que l'admission au séjour dépend de l'existence d'un besoin de main d'œuvre sur le marché du travail. Ainsi, l'existence d'un besoin conditionne l'admission de travailleurs migrants dont le séjour sur le territoire est lié à l'exercice effectif d'une activité économique[596]. Le préambule de la directive 2009/50 énonce explicitement que les mesures destinées à attirer et à conserver une main d'œuvre hautement qualifiée provenant de pays tiers s'inscrit « dans le cadre d'une approche fondée sur les besoins des États membres[597] ». La directive sur les travailleurs saisonniers s'inscrit dans la même logique. Afin de s'assurer que le travailleur étranger correspond au besoin du marché, le contrat de travail ou une offre ferme d'emploi a été exigé comme un préalable à l'admission au séjour. Malgré les différences de conditions d'admission selon les catégories, l'exigence d'un contrat de travail est une condition commune à toutes les catégories de migration économique.

Malgré ce constat et l'importance incontestée de l'immigration économique, les États membres n'ont pas souhaité renoncer à leur souveraineté en la matière.

B. L'admission des migrants économiques : une harmonisation lacunaire

L'immigration économique est sans doute la forme d'immigration la plus sensible[598]. Dès le début de la communautarisation de la politique d'immigration, les États membres ont manifesté une certaine méfiance à l'égard de cette forme d'immigration. En effet, une première proposition de directive de la Commission en la matière[599]a été rejetée par le Conseil sans avoir été véritablement discutée, ce qui donne à penser que les États membres n'étaient pas prêts à accepter des règles contraignantes en la matière. La proposition de directive de 2001 visait à s'appliquer à tous les domaines de l'immigration économique, il s'agissait concrètement d'une approche « horizontale de l'immigration économique ». La réticence des États s'expliquait par

[596] Commission européenne, programme d'action relatif à l'immigration légale, COM (2005), 669 final, du 21 décembre 2005, p.7.
[597] Directive 2009/50, considérant 3.
[598] DE BRUYKER Philippe, Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile, in JULIEN-LAFERRIERE François, LABAYLE Henri, EDSTROM Orjan, La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam, Bruylant, 2005, P. 45-76, p.48.
[599] Proposition de directive du Conseil relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi salarié ou de l'exercice d'une activité économique indépendante (2001/c 332 E/08).

leur volonté de conserver leur souveraineté dans la gestion de la main d'œuvre étrangère. Ils souhaitaient que l'admission des étrangers pour des motifs économiques soit adaptée aux besoins spécifiques de chaque État membre. Selon eux, l'admission des travailleurs étrangers devait s'analyser au regard des besoins des différents secteurs du marché de l'emploi des États membres.

S'ils ne s'opposaient pas ouvertement à la construction d'une politique commune d'immigration économique, ils exprimaient également le souhait de conserver leur souveraineté en la matière.

Face à l'opposition des États membres, la Commission a été contrainte de proposer des instruments distincts, selon les domaines (directives 2009/50, relative à la carte bleue ; 2014/36 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi en tant que travailleur saisonnier). Les conditions d'admission et de séjour variant d'une catégorie à l'autre. La méfiance des États membres s'est traduite ainsi par le maintien des compétences nationales (1) et, par une approche par catégorie (2).

1) Le maintien des compétences nationales en matière d'immigration économique

Si dès le traité d'Amsterdam, il a été prévu que l'Union dispose des compétences pour développer une politique commune d'immigration[600], on y retrouve aucune disposition visant de façon claire et littérale l'immigration économique. Toutefois, le Conseil européen des 14 et 15 décembre 2006, a invité à élaborer des politiques de bonne gestion des migrations légales, mais en respectant pleinement les compétences nationales[601].

En matière d'immigration économique, les États membres ont déployé « des trésors d'inventivités pour conserver au niveau national la plus grande marge de manœuvre possible[602] ». Comme l'écrit Perrine Dumas, « dans le processus d'harmonisation des conditions d'admission des ressortissants des pays tiers, les États membres n'ont pas souhaité

[600] Article 63 du traité d'Amsterdam.
[601] Conseil européen de Bruxelles 15 et 14 décembre 2006.
[602] DE BRUYCKER Philippe, L'émergence d'une politique européenne d'immigration, in CARLIER Jean-Yves (dir), L'étranger face au droit, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 351.

perdre leur capacité de contrôle et ont même plutôt, à l'origine, cherché à restaurer cette capacité[603] ».

Il ressort de l'analyse des dispositions européennes relatives à l'immigration économique que la compétence de l'Union en la matière n'est que partielle, laissant les questions essentielles à la compétence des États membres. Le caractère partiel de la compétence de l'Union se vérifie tant au regard de la « mode d'adoption des règles » communes qu'au regard du « contenu des règles [604]» communes.

Jusqu'à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, l'exigence de l'unanimité au sein du Conseil était présentée comme étant la cause principale de cette situation[605]. Toutefois, les directives postérieures n'ont pas échappé à la prééminence des compétences nationales. Le traité de Lisbonne, adopté en 2007 et entrée en vigueur en 2009, a consacré explicitement la compétence exclusive des États membres pour « fixer le volume d'entrée » des ressortissants de pays tiers venant dans l'Union pour « rechercher un emploi salarié ou non salarié[606] ». La volonté de laisser une certaine marge de manœuvre aux États résulte également de l'instrument juridique choisi pour l'harmonisation des questions relatives à l'immigration économique. En effet, selon la Commission, « la directive est l'instrument le mieux adapté à la mise en œuvre de cette action car elle fixe des normes minimales contraignantes mais laisse aux États membres une certaine marge de manœuvre en ce qui concerne les besoins du marché du travail et le cadre juridique[607] ». Ainsi, le choix d'une directive pour harmoniser les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi salarié ou indépendant avait pour but de laisser une certaine marge de manœuvre aux États membres[608]. Il n'en demeure pas moins que la marge de manœuvre reconnue ainsi aux États membres affecte la cohérence d'ensemble de la stratégie de Lisbonne et, ne permet pas une uniformité des conditions d'entrée et de séjour dans les États membres.

---

[603] DUMAS Perrine, L'harmonisation en trompe-l'œil des politiques en matière d'immigration légale des ressortissants des pays tiers, Revue du droit de l'Union européenne, 2022, [en ligne].
[604] DUMAS Perrine, L'harmonisation en trompe-l'œil des politiques en matière d'immigration légale des ressortissants des pays tiers, Revue du droit de l'Union européenne, 2022, [en ligne]
[605]FARCY Jean-Batiste, L'Union européenne et l'immigration économique : le défis d'une gouvernance multi niveaux », édition Anthemis, 2021, p.181.
[606] Article 79, paragraphe 5, TFUE.
[607] Commission, COM (2007) 637, final.
[608] DE BRUYCKER Philippe, L'émergence d'une politique européenne d'immigration, in CARLIER Jean-Yves (dir), L'étranger face au droit, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 351

Les conditions et critères d'admission au séjour des travailleurs hautement qualifiés, déterminés à l'article 5 de la directive 2009/50[609] en offrent une illustration. Parmi les conditions que le demandeur doit remplir, figure un critère salarial. Ce critère favorise la variabilité des conditions d'admission d'un État membre à un autre à un double niveau. D'une part, la directive prévoit que le salaire annuel brut résultant du salaire mensuel ou annuel indiqué dans le contrat de travail ou l'offre d'emploi ferme n'est pas inférieur à un seuil salarial pertinent défini et rendu public à cette fin par les États membres, qui sera au moins égal à une fois et demie le salaire annuel brut moyen dans l'État membre concerné. A la lecture de cette disposition, on comprend aisément que la directive ne fixe qu'un salaire minimal obligatoire d'une fois et demi le salaire annuel brut moyen, sans fixer de limite maximale. Ce faisant, elle donne la possibilité aux États membre de limiter l'effectivité de la directive en exigeant un seuil salarial plus élevé. C'est conformément à cette possibilité que la Roumanie a fixé le seuil salarial à quatre fois le salaire annuel brut moyen et la Lituanie à deux fois[610]. Outre la variabilité des conditions d'admission liée à la fixation du seuil salarial, il convient de noter qu'en l'état actuel du droit de l'Union, le salaire mensuel varie d'un État membre à un autre. Toutefois, si l'on comprend bien qu'il était nécessaire de définir le salaire minimal au niveau national compte tenu des différences salariales entre les États membres, la fixation d'un plafond ou d'une limite maximale empêcherait les États membres récalcitrants de priver la directive de toute effectivité. A la détermination du seuil salarial, l'article 5 prévoit une dérogation concernant l'emploi dans les professions ayant un besoin particulier de travailleurs ressortissant de pays tiers et prévoit une rémunération d'au moins 1, 2 fois le salaire annuel brut moyen dans l'État membre concerné. Selon la Commission, l'objectif d'un tel seuil vise à garantir que les États membres ne vident pas ce critère de sa substance en fixant un seuil trop bas pour qu'un travailleur hautement qualifié de l'État en question ou de la communauté accepte le poste, bien qu'il corresponde à ses compétences[611]. Le critère salarial serait ainsi le moyen de lutter contre le dumping social.

La possibilité de variations nationales se vérifie aussi à propos de l'admission des travailleurs saisonniers. La directive 2014/36 définit le travailleur saisonnier comme « un ressortissant de pays tiers qui conserve son lieu de résidence principal dans un pays tiers et séjourne légalement

[609] Directive 2009/50, établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié.
[610] Communication de la Commission au Parlement européen et Conseil sur la mise en œuvre de la directive 2009/50, établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, COM/2014/0287, final.
[611] COM (702) 637 final.

et temporairement sur le territoire d'un État membre pour exercer une activité soumise au rythme des saisons, sur la base d'un ou de plusieurs contrats de travail à durée déterminée »[612].

La détermination du champ d'application de la directive relève de la compétence exclusive des États membres, car aux termes de l'article 2, paragraphe 2, de ladite directive « les États membres établissent, le cas échéant en concertation avec les partenaires sociaux, la liste des secteurs d'emploi qui comprennent des activités soumises au rythme des saisons. Ils peuvent modifier cette liste, le cas échéant en consultation avec les partenaires sociaux ». Dès lors, on comprend que le champ d'application de la directive relève de la compétence exclusive de chaque État membre, et les activités incluses dans le champ d'application peuvent varier d'un État membre à un autre.

Le renvoi aux droits nationaux se vérifie également à propos de l'admission ultérieure des travailleurs saisonniers. La directive entend favoriser l'immigration circulaire des travailleurs saisonniers, ce qui permet aux employeurs de l'Union de pouvoir compter sur une main d'œuvre plus stable et déjà formée[613]. A cette fin, les États membres doivent faciliter la nouvelle entrée des ressortissants de pays tiers ayant été admis par le passé en tant que travailleurs saisonniers et ayant respecté l'ensemble des conditions relatives à leur séjour précédent. A ce titre, l'article 16, paragraphe 2, de la directive prévoit des facilités d'admission en prévoyant plusieurs possibilités : « l'octroi d'une exemption à l'exigence de fournir des documents visés aux articles 5 et 6 », « la délivrance de plusieurs permis de travail saisonnier dans le cadre d'un seul acte administratif », « une procédure accélérée ou un visa de long séjour », et « un examen prioritaire ». La conséquence de ces choix multiples est que certains États peuvent être plus attractifs que d'autres, engendrant ainsi une concurrence entre les différents États membres.

Une fois admis sur le territoire, la durée de validité du permis de séjour varie également d'un État membre à l'autre. La directive « carte bleue » laisse le soin aux États membres de déterminer la durée de la validité du titre de séjour, qui doit être comprise entre un an et quatre ans[614]. La directive relative aux travailleurs saisonniers ne fait pas exception à cette logique, car son article 14, paragraphe 1, dispose que les États membres fixent une période maximale de séjour qui ne peut être inférieure à cinq mois et supérieure à neuf mois par période de douze mois.

[612] Article 3, directive 2014/36.
[613] Considérant 34 de la directive 2014/36.
[614] Directive 2009/50, article 7, paragraphe 2.

Enfin, l'article79, paragraphe 5, TFUE et chacune des directives précitées consacrent explicitement la compétence exclusive des États membres pour « fixer le volume d'entrée » des migrants économiques en provenance de pays tiers[615]. Le volume des étrangers admis étant fixé par les États, le droit de l'Union est nécessairement cantonné aux aspects réglementaires de la question.

2) L'approche par catégorie des migrants économiques

Alors que la proposition de directive[616] relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi salarié et d'une activité économique non salarié avait pour ambition de s'appliquer à tous les domaines de l'immigration économique, le choix a été fait de traiter cette immigration par secteur, par catégorie. Depuis l'approbation du plan relatif à l'immigration légale de 2005, l'Union ne s'est pas engagée dans un modèle de l'immigration horizontale, applicable de façon générale à tous les travailleurs migrants, mais au contraire, a adopté des directives sectorielles applicables à certaines catégories de migrants. C'est le cas des travailleurs aux fins d'un emploi hautement qualifié, des travailleurs saisonniers, des travailleurs déplacés sur un territoire de l'Union dans le cadre d'un transfert intra-groupe.

En vertu de l'approche sectorielle, les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers sont définies en fonction de la catégorie à laquelle le travailleur appartient. S'il ne fait plus aucun doute que cette approche a eu pour effet de fragmenter la politique européenne d'immigration économique, elle a toutefois permis de concilier les positions divergentes des États membres. En effet, selon la Commission, l'approche sectorielle était « la seule possibilité de sortir de l'impasse et de dépasser les réserves des États membres [617] ».

Les directives sectorielles définissent différemment les conditions d'admission, d'emploi, de résidence et excluent de toute réglementation commune certaines catégories, telles que les migrants peu qualifiés à l'exception des travailleurs saisonniers. En l'absence de législation horizontale de l'Union, les conditions d'admission des migrants économiques varient ainsi d'un État membre à un autre.

[615] Article 79, paragraphe 5 TFUE, article 7, directive 2014/36, article 6 directive 2009/50.
[616] Proposition de directive du Conseil relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi salarié et d'une activité économique non salarié, COM/2001/0386, final.
[617] COM (2007) 780.

La directive 2011/98 créant un « permis unique » n'a pas résolu les difficultés relatives à la catégorisation des migrants économiques. En effet, cette directive ne supprime pas les procédures et les conditions d'admission prévues par les directives sectorielles, son apport principal consiste à éviter que le travailleur mène deux procédures distinctes à savoir une demande d'un permis de séjour et une demande d'un permis de travail. Elle ne supprime pas l'obligation d'obtenir un visa[618]. De plus, elle comporte de nombreuses limites et exceptions. Non seulement les exclusions énumérées démontrent que le texte ne concerne pas en pratique tous les travailleurs étrangers, mais surtout il ne procède à aucune avancée dans la répartition des compétences entre l'Union et les États membres[619]. Par exemple, la directive 2011/98 exclue de son champ d'application les travailleurs détachés[620], les détachés intra groupe[621], et les travailleurs saisonniers[622].

Pour atteindre les objectifs de la stratégie de Lisbonne, c'est-à-dire, être attractif vis-à-vis des travailleurs étrangers, il semble nécessaire d'envisager un retour à la proposition de directive horizontale concernant les conditions d'entrée et de séjour des étrangers souhaitant accéder au territoire à la recherche d'un emploi. En ce sens, le comité économique et social a également proposé un cadre législatif global (horizontal) qui réglemente les conditions d'entrée et de séjour des immigrants exerçant un travail pour le compte d'autrui, pour leur propre compte, ou toute activité économique pendant plus de trois mois sur le territoire d'un État membre[623].

Au demeurant, on comprend que les facilités d'admission sont fonctions des besoins et des utilités pour l'Union et ses États membres. Les travailleurs hautement qualifiés bénéficient ainsi des facilités d'admission incomparables à celles des autres catégories de migrants économiques.

Néanmoins, seule une directive horizontale nous semble tendre vers les objectifs de la stratégie de Lisbonne et les promesses de Tampere.

Outre l'admission au séjour des étrangers en provenance des pays tiers, les conditions de régularisation des étrangers irrégulièrement établis sur le territoire des États membres, sont

[618] Directive 2011/98/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 établissant une procédure de demande unique en vue de la délivrance d'un permis 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.
[619] BERTRAND Christine, Les paradoxes de la politique d'immigration de l'Union européenne », Lex russica, 2014.
[620] Article 3, paragraphe 2, c, de la directive précitée.
[621] Article 3, paragraphe 2, d, de la directive précitée
[622] Article 3, paragraphe 2, e, de la directive précitée
[623]Cf, les propositions du CESE « politique européenne d'immigration » du 3/09/2014.

basées principalement sur leur utilité économique et subsidiairement sur la protection des droits fondamentaux.

Section II. Le caractère utilitariste des régularisations des étrangers

La régularisation concerne l'hypothèse dans laquelle un étranger séjourne dans un État sans avoir l'autorisation, et ou postérieurement, les autorités compétentes lui délivrent une autorisation de séjour[624]. Ainsi, « la régularisation est l'opération visant à octroyer un titre de séjour à une personne de nationalité étrangère alors que le bénéficiaire se trouve déjà sur le territoire de l'État sans en avoir le droit, ce qui fonde précisément l'illégalité de la situation de fait à régulariser [625] ».

La régularisation relève de la compétence des États membres, à l'exception de certaines catégories d'étrangers, notamment, les victimes de la traite des êtres humains[626]. Ainsi, l'analyse des opérations de régularisation dans les États membres de l'Union conduit à distinguer deux catégories d'opérations de régularisation : la régularisation des victimes de la traite des êtres humains dont les conditions ont été harmonisées, et les opérations de régularisation relavant toujours de la discrétion des États membres.

En effet, une directive européenne du 29 avril 2004[627] prévoit la possibilité de délivrance d'un titre de séjour aux ressortissants de pays tiers victimes de la traite des êtres humains ou qui ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes. Si cette directive est présentée comme visant à protéger les victimes, les conditions d'obtention de la régularisation mettent en évidence son caractère utilitariste, qui consiste à obtenir des informations sur les réseaux de trafic (paragraphe I).

S'agissant des opérations de régularisation relavant du pouvoir discrétionnaire des États, si des considérations humanitaires ne sont pas totalement extérieures à l'appréciation des autorités compétentes, des critères économiques prennent de plus en plus d'ampleur (paragraphe II).

---

[624]Cf, ROLIN Frédéric, La régularisation des étrangers en situation irrégulière : une mesure de faveur ou un véritable droit ? aout 2006, http://frederic-rolin.blogspirit.com/archive/2006/08/28/la-regularisation-des-etrangers-en-situation-irreguliere-une.html

[625] DELZANGLES Hubert, Les politiques de régularisation : des voies à harmoniser ? In GAUTHIER Catherine, GAUTIER Marie (dir), L'immigration légale :aspects de droits européens, Bruylant 2011, p.70 ; Cf DE BRUYCKER Philippe, Les régularisations des étrangers illégaux dans l'Union européenne, Bruylant 2000.

[626] CE, section de l'l'intérieur, 22 aout 1996, n° 359622.

[627] Directive 2004/81 du 29 avril 2004, relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes.

§ I. Les régularisations visant à obtenir des informations sur les réseaux de trafics : l'admission au séjour des victimes de la traite des êtres humains

Les problématiques de l'immigration clandestine et la traite des êtres humains sont fondamentalement liées. Selon les institutions de l'Union, le combat contre l'immigration clandestine invite à « s'attaquer à ceux qui se livrent à la traite des êtres humains et à l'exploitation économique des migrants[628] ». La formule employée semble accorder plus d'importance à la lutte contre l'immigration clandestine qu'à la protection des victimes. Comme il ressort très clairement du préambule de la directive 2004/801, il est « recommandé aux États membres de concentrer leurs efforts sur la détection et le démantèlement des filières criminelles, tout en protégeant les droits des victimes [629]».

Si la directive 2004/801 a institué un droit de séjour en faveur des victimes de la traite des êtres humains, les conditions de délivrance de ce titre de séjour atteste la volonté réelle de l'Union et ses États membres.

La délivrance du titre de séjour est subordonnée à la coopération de la victime avec les autorités compétentes de l'État membre d'accueil[630].

Mais, avant l'adoption de ladite directive, certains États membres de l'Union européenne avaient mis en œuvre des mesures nationales visant à protéger les ressortissants de pays tiers victimes de la prostitution forcée. C'était le cas en Belgique en 1995[631], les Pays-Bas en 1998, l'Espagne en 2000[632], et l'Italie en 1998[633]. L'Italie accordait un permis de séjour « pour raison sociale » à l'étrangère victime de la prostitution. Comme l'indique Cristel Cournil « cette tolérance humanitaire permettait aux victimes de s'affranchir de l'obligation ou de la nécessité de se prostituer. Ces mesures de droit interne les incitaient à se « réinsérer, à se rétablir et à

[628] Considérant 3 de la directive 2004/81 CE du 29 avril 2004.
[629] Ibid.
[630] Ibid. considérant 9, « la présente directive instaure un titre de séjour destiné aux victimes de la traite des êtres humains ou, si un État membre décide d'étendre le champ d'application de la présente, destiné aux ressortissants de pays tiers qui ont fait l'objet d'aide à l'immigration clandestine, pour lesquels le titre de séjour constitue une incitation suffisante pour qu'ils coopèrent avec compétentes, tout en étant soumis à certaines conditions pour éviter les abus ».
[631] La loi du 13 avril 1995, « relative à la répression de la traite des êtres humains et de la pornographie enfantine », article 77 bis sur la traite des étrangers.
[632] Article 55 de la loi relative à la collaboration pour la lutte contre les réseaux organisés.
[633] La loi du 3 aout 1998, n°269, « dispositions contre l'exploitation de la prostitution, de la pornographie, du tourisme sexuel au détriment des mineurs, en tant que de nouvelles formes de réduction à l'esclavage ».

porter plainte sans être menacées d'expulsion[634] ». Contrairement à l'Italie la Belgique, subordonnait la délivrance d'un tel titre de séjour à la participation de la victime à l'action répressive.

L'adoption de la directive 2004/801 a changé la donne, en subordonnant, dans tous les États membres, la délivrance d'un tel titre de séjour à la participation de la victime de la traite des êtres humains à l'action répressive. Si le texte est présenté comme vivant à protéger les victimes de la traite des êtres humains, l'objectif de lutter contre l'immigration clandestine semble prendre le dessus sur la volonté de protéger. En effet, la proposition de directive faite par la Commission était empreinte de l'orientation belge, c'est-à-dire, conditionner la protection et le droit de séjour des victimes à leur participation à l'action répressive.

Une analyse minutieuse des dispositions de la directive permet de mettre en évidence son objectif réel, c'est-à-dire, la maitrise de l'immigration clandestine et le démantèlement des réseaux de trafic.

Tout d'abord, la Commission dans sa proposition de directive avouait clairement que l'objectif était « de renforcer les instruments de lutte contre l'immigration clandestine, en instituant un titre de séjour destiné aux victimes[635] ».

Ensuite, s'agissant du champ d'application de la directive, l'article 3 de la proposition initiale définissait les bénéficiaires comme des victimes de la traite des êtres humains ou d'aide à l'immigration illégale[636] et précisait que la notion de « victime d'aide à l'immigration illégale » « ne recouvre pas toutes les personnes ayant eu recours à l'aide à l'immigration illégale » mais vise « uniquement celles qui peuvent raisonnablement être considérées comme victimes, qui ont subi un préjudice [637] ». Or, la directive elle-même réduit la protection aux seules victimes de la traite des êtres humains et laisse la protection des victimes de l'immigration illégale à la discrétion des États membres[638]. Dès lors, on comprend, à la lumière de la notion « d'aide à l'immigration illégale » et du renvoi de la protection de ceux qui ont bénéficié de cette aide au droit national, que l'objectif de la directive est de faciliter l'action répressive en protégeant les

[634] COURNIL Christel, La traite des êtres humains : une directive humanitaire au service de la maitrise des flux, homme et immigration, 2003, p. 90-98.
[635] Point 2, de la proposition de directive, précitée.
[636] Article 3 de la proposition de directive, précitée.
[637] Considérant 2,2,2, de la proposition de directive, précitée.
[638] Article 3, paragraphe 1 et 2 de la directive de la directive 2004/81, « les États membres appliquent la présente directive aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes, ou qui ont été, victimes d'infractions liées à la traite des êtres humains, même s'ils sont entrés clandestinement sur le territoire des États membres. Les États membres peuvent appliquer la présente directive aux ressortissants de pays tiers qui ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine ».

victimes qui coopèrent et non d'accorder le droit de séjour à toutes les victimes. De surcroit, la directive vise, en premier lieu, les ressortissants de pays tiers qui ont atteint l'âge de la majorité[639], ne s'appliquant aux mineurs que par dérogation[640]. Cette exclusion potentielle des mineurs étrangers du champ d'application de la protection semble surprenante dans la mesure où ces derniers sont les premières victimes de la traite des êtres humains et de l'immigration clandestine. La Commission explique l'exclusion des mineurs du champ d'application de la directive par le fait qu'ils ne sont pas suffisamment matures pour appréhender « avec justesse le risque qu'ils encourent en coopérant » et qu'ils ne disposent pas de la capacité juridique pour coopérer. Ainsi, on comprend que c'est la capacité juridique de coopération qui justifie la protection.

Enfin, s'agissant des conditions concrètes d'octroi du titre de séjour temporaire, la coopération de la victime est une condition indispensable à l'octroi du titre de séjour. Lorsque les autorités compétentes d'un État membre estiment qu'un ressortissant de pays tiers peut relever du champ d'application de la directive, elles informent la personne concernée des possibilités offertes par celle-ci[641]. Un délai de réflexion est accordé à la victime afin qu'elle puisse collaborer en toute connaissance de cause[642]. De surcroit, la directive insiste sur le fait que ce sont les autorités nationales qui apprécient l'opportunité de l'octroi du titre de séjour et le caractère clair de la coopération de l'intéressé[643]. Cela signifie que même si la victime coopère, mais que les éléments qu'elle fournit s'avèrent peu utiles ou peu convaincants au regard de l'enquête, les autorités nationales peuvent refuser l'octroi du titre de séjour[644].

Le caractère utilitariste de la protection se déduit également de la durée du titre de séjour accordé aux victimes. Le titre de séjour est valable pendant une durée minimale de six mois et renouvelable sous conditions[645].

Les opérations de régularisation menées dans les États membres ne font pas exception à l'approche utilitariste.

---

[639] Article 3, paragraphe 3 de la directive, précitée.
[640] Article 3, paragraphe 3 alinéa 2, de la directive, précitée.
[641] Article 5, paragraphe 1, de la directive 2004/81.
[642] Article 7 de la directive, précitée.
[643] Article 8, de la directive, précitée, « après l'expiration du délai de réflexion, ou plus tôt si les autorités compétentes estiment que le ressortissant d'un pays tiers concerné a déjà satisfait au critère énoncé au point b, l'État examine : s'il est opportun de prolonger son séjour sur son territoire aux fins de l'enquête ou de la procédure judiciaire, et si l'intéressé manifeste une volonté claire de coopérer ».
[644] COURNIL Christel, La traite des êtres humains : une directive humanitaire au service de la maitrise des flux », op, cit, note 562.
[645] Article 8, précité.

§ II. Les régularisations basées principalement sur des critères économiques et accessoirement sur des critères humanitaires

La régularisation d'étrangers en situation irrégulière dans les États membres de l'Union relève encore pour l'essentiel du droit national. Dans les États membres, trois critères principaux permettent de fonder une régularisation. En premier lieu, le nombre d'années de résidence sur le territoire de l'État d'accueil. En deuxième lieu, des raisons humanitaires ou de protection. Enfin et surtout des critères économiques[646]. Dans le régime français de régularisation, on retrouve chacun de ces critères, sans qu'aucun ne suffise à lui seul à obtenir la régularisation. Autrement dit, l'étranger qui demande sa régularisation doit avoir satisfait, à au moins, deux critères. Par exemple, l'étranger qui demande sa régularisation pour des motifs économiques, doit avoir résidé en France depuis un certain nombre d'années. De la même manière, celui qui demande sa régularisation pour des motifs humanitaires, notamment, les parents d'enfants scolarisés, doivent également satisfaire au critère de nombre d'années de résidence.

En tout état de cause, les pratiques nationales en matière de régularisation sont hétérogènes. En dépit de la diversité des motifs et des critères, une analyse des dispositions nationales des États témoigne d'une montée en puissance des critères économiques (A), d'un recul du critère de fait accompli (B) du maintien du critère de protection (C) et de bases juridiques distinctes (D)

A. La montée en puissance des critères économiques en matière de régularisation

La régularisation pour motifs économiques vise à octroyer un titre de séjour aux ressortissants d'États tiers en situation irrégulière qui exercent un emploi stable ou non, déclaré ou clandestin, ou qui disposent des compétences nécessaires pour occuper un emploi connaissant des difficultés de recrutement. Selon Philippe De Bruycker, l'importance attachée « au critère économique varie, soit qu'il s'agisse d'une véritable exigence d'intégration au marché du travail indispensable à la régularisation, (Italie, Espagne, Pays-Bas et Grèce), soit qu'il s'agisse d'un élément d'appréciation pris en considération par l'autorité compétente en tant que preuve

[646] DELZANGLES Hubert, L'immigration légale : Aspect de droits européens », op cit.

d'intégration dans l'État de régularisation (Belgique, France) ou en tant que condition de ressources Royaume-Uni[647] ».

En France, la régularisation des étrangers pour motifs économiques remonte aux années 1950[648]. A l'origine, cette régularisation avait principalement pour objectif de répondre aux besoins de main d'œuvre. Conscient de la nécessité de recourir aux travailleurs étrangers, le ministre du travail, lui-même, déclarait que « l'immigration clandestine n'est pas inutile car si l'on s'en tenait à l'application stricte des règlements et des accords internationaux nous manquerions peut être de main d'œuvre [649] ». Il s'agissait d'accorder un droit de séjour aux étrangers en situation irrégulière susceptibles de répondre aux besoins du marché de travail. Toutefois, dans les années 1970, la suspension de l'immigration de travail a été accompagnée de la régularisation de certains étrangers déjà présents sur le territoire. C'est dans ce cadre qu'une circulaire du 13 juin 1973[650] a permis de régulariser près de 40 000 travailleurs étrangers. Les circulaires postérieures ont toutes intégré des critères économiques[651]. Si les objectifs de régularisation définis dans les circulaires ne mentionnaient pas de critères économiques, les conditions d'obtention de la régularisation les mettaient en évidence[652]. En effet, aux termes de la circulaire de 1981, pour pouvoir bénéficier de la régularisation, les étrangers en situation irrégulière devaient, d'une part, être entrés en France avant 1981 et, d'autre part, présenter un contrat de travail d'une validité d'un an au moins ou établir la preuve qu'ils occupaient en fait un emploi stable. Plus de 95 % des étrangers régularisés sur le fondement de la circulaire du 11 aout 1981 occupaient des emplois dans des secteurs connaissant des difficultés de recrutement.

---

[647] DE BRUYCKER Philippe, Les régularisations des étrangers illégaux dans l'Union européenne », op cit, p.65-66.

[648] COURNIL Christel, La régularisation, une procédure injuste et inefficace », article extrait du plein droit n° 76, mars 200, htt://www.gisti.org/spip.php?article4406

[649] Les Échos, 29 mars 1966, cité par RODIER Claire, Les délices du droit régalien : 1947-1997, 50 ans de régularisations » article extrait du plein droit n° 38, avril 1998, Les faux semblant de la régularisation, http://www.gisti.org/spip.php?article3464.

[650] La normalisation du 13 juin 1973 concernait les étrangers apportant la preuve d'une année de travail en France ou de la détention d'un contrat de travail d'au moins 6 mois.

[651] La circulaire du 11 aout 1981subordonnait la régularisation à deux conditions : être entré en France avant le premier janvier 1981 et pouvoir justifier d'un emploi stable avec ou sans contrat de travail ; la circulaire de 1991 subordonnait la régularisation à deux conditions principales : être entré en France avant 1989 et avoir exercé une activité professionnelle pendant au moins deux ans.

[652] La circulaire du 11 aout 1981 présentait ses objectifs comme visant à « mettre fin à la situation de précarité que connaissent de nombreux immigrés ; limiter, en raison de la situation de l'emploi, l'entrée en France de nouvelles personnes ; entreprendre l'examen des problèmes d'immigration avec les pays concernés, notamment sous l'angle de la coopération ».

La véritable régularisation pour motif économique, en France, date du 20 décembre 2007[653]. Une loi a fixé le nouveau cadre de l'immigration en France. Son article 40 met en place une admission au séjour pour motif exceptionnel qui permet aux étrangers en situation irrégulière de solliciter leur régularisation lorsqu'ils remplissent certaines conditions. Elle a été suivie par une circulaire du 20 décembre 2007[654] qui établissait une liste de métiers connaissant des difficultés de recrutement, par zone géographique, et pour lesquels la situation de l'emploi n'était pas opposable à la demande de régularisation. Un arrêté du 18 janvier 2008[655] établissait la liste des métiers concerné par les difficultés de recrutement.

Conformément à la circulaire du 20 décembre 2007, les autorités compétentes doivent « au cas par cas », apprécier les demandeurs qui, « compte tenu de leurs compétences professionnelles très recherchées, sont susceptibles de s'intégrer pleinement, par leur travail, à la société française[656] ».

Pour apprécier la situation de l'intéressé, plusieurs éléments sont pris en compte par l'autorité administrative compétente : sa qualification, son expérience professionnelle, ses diplômes, ainsi que les caractéristiques de l'emploi auquel il postule, notamment au regard du marché de l'emploi et de la rareté des candidats aptes à exercer certains métiers recensés dans l'annexe de l'arrêté interministériel du 18 janvier 2008[657]. L'analyse de la situation de l'intéressé est globale dans le cadre d'une immigration choisie, opérée en fonction des besoins du marché de l'emploi.

Si le principe de l'admission exceptionnelle au séjour pour motifs professionnels est posé depuis 2007, les critères d'appréciation et le pouvoir discrétionnaire reconnus aux autorités compétentes conduisent nécessairement à des appréciations aléatoires et à une insécurité juridique dans la mise en œuvre des dispositions relatives à la régularisation des étrangers concernés. Pour remédier à la possible application hétérogène des dispositions concernées, des

[653] Ce dispositif est autorisé par les nouvelles modifications introduites à l'article L 313-14 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile par l'article 40 de la loi n°2007-1631.
[654] La Circulaire du 20 décembre 2007 relative aux autorisations de travail des nouveaux États membres de l'Union européenne pendant la période de transition et des États tiers, sur la base de listes de métiers connaissant des difficultés de recrutement, NOR IM/N/07/00011/C.
[655] Arrêté du 18 janvier 2008, relatif à la délivrance, sans opposition de la situation de l'emploi, des autorisations de travail aux étrangers non ressortissants d'un État membre de l'Union européenne, d'un autre État partie à l'espace économique européen ou de la confédération Suisse.
[656] Circulaire n° IMIN0700011C, du 20 décembre 2007, relative aux autorisations de travail délivrées aux ressortissants des nouveaux États membres de l'Union européenne pendant la période transitoire et des États tiers sur la base de listes de métiers connaissant des difficultés de recrutement.
[657] Arrêté du 18 janvier 2008, relatif à la délivrance, sans opposition de la situation de l'emploi, des autorisations de travail aux étrangers non ressortissants d'un État membre de l'Union, d'un autre État partie à l'espace économique européen ou de la confédération Suisse, NOR : IMID0800328A.

circulaires sont adressées aux préfectures[658]. Une circulaire du 28 novembre 2012[659], dite « circulaire Valls », était présentée comme permettant de préciser les critères d'appréciation d'une demande d'admission exceptionnelle au séjour. Les objectifs annoncés étaient ambitieux : « définir des critères objectifs transparents pour l'admission au séjour des étrangers en situation irrégulière, guider les préfets dans leur pouvoir d'appréciation et ainsi limiter les disparités ». Elle prévoyait par exemple la possibilité d'être régularisé pour motif professionnel lorsque l'intéressé justifie détenir un contrat de travail, ou une promesse d'embauche, d'une ancienneté de travail de 8 mois consécutifs ou non sur les 24 derniers mois ou de 30 mois, consécutifs ou non, sur les 5 dernières années, une ancienneté de séjour en France d'au moins cinq ans. A la lecture de la circulaire, les critères semblent précis et transparents ; toutefois, elle ne remet pas en cause le pouvoir d'appréciation du préfet. Le choix de définir les critères de régularisation par circulaire n'est pas neutre, elle laisse une grande liberté à l'administration et ne permet aucune contestation, ni aucun contrôle juridictionnel des critères qu'elle pose. Il convient donc de noter que la circulaire du 28 novembre 2012 n'a pas atteint son objectif, celui de limiter les disparités. Ainsi, l'admission exceptionnelle pour motif professionnel sur le fondement de l'article L313-14 du CESEDA se fait de façon aléatoire, au gré des sensibilités politiques et engendre un sentiment d'insécurité juridique pour les intéressés. De surcroit, la circulaire n'est pas invocable à l'appui d'un recours formé devant le juge administratif[660]. La loi du 26 janvier 2024[661] semble aller dans le sens du renforcement des considérations économiques en matière de régularisation. Aux termes de son article 27 « à titre exceptionnel, […] l'étranger qui a exercé une activité professionnelle salariée figurant dans la liste des métiers et zone géographiques caractérisés par des difficultés de recrutement […] durant au moins douze mois, consécutif ou non, au cours des vingt-quatre derniers mois, qui occupe un emploi relevant de ces métiers et zones et qui justifie d'une période de résidence ininterrompue d'au moins trois années en France peut se voir délivrer une carte de séjour temporaire portant mention travailleur temporaire ou salarié d'une durée d'un an ».

Il résulte de ce qui précède que l'importance attachée au critère économique n'est pas un simple élément de preuve d'appréciation de l'intégration de l'intéressé, elle vise aussi et surtout à pourvoir des postes connaissant des difficultés de recrutement. Dans ce sens, lorsque l'intéressé exerce un métier autre que ceux connaissant des difficultés de recrutement, la situation de

[658] Circulaire du 24 novembre 2009, NOR : IMI/K/09/00092/C.
[659] Circulaire du 28 novembre 2012, NOR : INTK1229185C.
[660] CE, 4 février 2015, n°373267.
[661] La loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024 pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration, NOR IOMV2236472L.

l'emploi lui est opposable[662]. Il en résulte que la régularisation pour motif professionnel en France tend à pourvoir des emplois connaissant des difficultés de recrutement.

L'Italie a connu le même processus de régularisation basé principalement sur des critères économiques[663]. Cette opération, en Italie, visait des étrangers occupant des emplois peu qualifiés et a bénéficié à près de 634 000 résidents illégaux.

Quant à l'Espagne, l'opération de régularisation de 2005[664] était basée sur des critères purement économiques[665]. Près de 700 000 étrangers ont bénéficié de cette régularisation. Cette opération de régularisation a été violemment critiquée par certains États membres de l'Union qui ont considéré que les autorités espagnoles n'ont pas tenu compte des efforts de coordination en matière d'immigration. C'est à la suite de cette opération de régularisation que le Conseil a, le 5 octobre 2005[666], pris une décision relative à l'établissement d'une procédure d'information mutuelle sur les mesures des États membres dans les domaines de l'asile et de l'immigration. Cette décision fait obligation à tout État membre d'informer les autres États et la Commission avant la prise de toute mesure nationale dans le domaine de l'immigration et d'asile susceptible d'avoir un impact significatif sur plusieurs États membre ou sur l'Union européenne.

On voit bien que le critère économique comme condition de régularisation varie selon les États membres de l'Union. Alors qu'en France, le critère économique de régularisation a principalement pour but de pourvoir les postes de travail connaissant une pénurie de main-d'œuvre, dans d'autres États membres, à l'instar de l'Italie ou de l'Espagne, elle a pour fonction principale de lutter contre le travail non déclaré.

Il s'agit concrètement de trouver une utilité économique aux régularisations. Quant à l'Allemagne, elle s'est toujours opposée aux régularisations basées sur des critères

---

[662] Article R 5221-20-1 du code de travail « l'autorisation de travail est accordée lorsque la demande remplit les conditions suivantes :
S'agissant de l'emploi proposé :
Soit cet emploi relève de la liste des métiers en tension prévue à l'article L 421-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile et établie par arrêté conjoint du ministre chargé du travail et du ministre chargé de l'immigration ;
Soit l'offre pour cet emploi a été préalablement publiée pendant un délai de trois semaines auprès des organismes concourant au service public de l'emploi et n'a pu etre satisfaite par aucune candidature répondant aux caractéristiques du poste de travail proposé ».

[663] Sur le fondement de la loi dite Bossi, n° 189/2002.

[664] Real decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueda el Reglemento de la Ley Organica 4/2000, de 11 de snero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en Espana y su integracion social, boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2005-323.

[665] Par exemple, la troisième disposition transitoire du Real decreto subordonnait la régularisation à la signature d'un contrat de travail entre l'étranger et un employeur.

[666] Décision n° 2006/688/CE, du Conseil du 5 octobre 2006, relative à l'établissement d'un mécanisme d'information mutuelle sur les mesures des États membres dans les domaines de l'asile et de l'immigration.

économiques, partant du principe que l'immigration clandestine ne doit pas être encouragée par des opérations de régularisations.

Alors que les régularisations pour motifs économiques montent en puissance dans certains États membres de l'Union européenne, on constate un recul des régularisations basées sur le critère du « fait accompli », c'est notamment le cas en France.

B. Le recul du critère de fait accompli : l'exemple français

« Le critère de fait accompli » tient compte du nombre d'années de résidence dans l'État membre concerné. Il s'agit de reconnaitre un droit de séjour à un étranger qui justifie d'un certain nombre d'années de résidence illégale dans l'État membre concerné. En France, on assiste à un recul de ce critère de régularisation. En effet, l'article 12 bis, 3, de l'ordonnance du 2 novembre 1945, dans sa version du 11 mai 1998 disposait que « sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public, la carte de séjour temporaire portant mention vie privée et familiale est délivrée de plein droit […] à l'étranger, ne vivant pas en situation de polygamie, qui justifie par tout moyen résider en France habituellement depuis plus de 10 ans ou plus de 15 ans, si, au cours de cette période, il a séjourné en qualité d'étudiant »[667]. Cette disposition limitait considérablement le pouvoir d'appréciation du préfet, puisqu'il devrait délivrer le titre de séjour dès lors que les conditions posées par la loi étaient réunies, notamment la condition de séjour de plus de 10 ans. Autrement dit, le préfet se trouvait dans une situation de compétence liée dès lors que les conditions requises par la loi étaient réunies. Les étrangers remplissant les conditions d'attribution de titre de séjour de plein droit se trouvaient également protégés contre les mesures d'éloignement du territoire[668], alors même qu'ils n'auraient déposé aucune demande de titre de séjour. Ainsi, la seule condition, sauf si l'intéressé constituait une menace pour l'ordre public, était la résidence de plus de 10 ans. Un projet de loi du 3 avril 2006, relatif à l'immigration et à l'intégration, proposait d'abroger les dispositions permettant à l'étranger justifiant d'une résidence en France de plus de 10 ans d'obtenir sa régularisation de plein droit[669]. L'article 24 bis, introduit par l'Assemblée Nationale à la suite d'un amendement du gouvernement remplaçait le mécanisme de régularisation automatique par une procédure

[667] Article 12 bis de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945.
[668] CE, 5/7 SSR, du 23 juin 2000, publié au recueil Lebon « lorsque la loi prescrit que l'intéressé doit se voir attribuer de plein droit un titre de séjour, cette circonstance fait obstacle à ce que puisse légalement être l'objet d'une mesure de reconduite à la frontière ».
[669] Article 24, paragraphe 2, du projet de loi du 3 avril 2006, n° 2986, relatif à l'immigration et à l'intégration.

d'admission exceptionnelle au séjour[670]. A ce jour, les procédures de régularisation prévues par la loi concernent exclusivement l'admission exceptionnelle au séjour soit pour des considérations humanitaires ou des motifs exceptionnels[671]. Ainsi, on assiste à un recul du critère de fait accompli en France.

Contrairement à la France, d'autres États membres recourent très souvent au critère de fait accompli. C'est notamment le cas de l'Espagne, qui a mis en œuvre des programmes de régularisation qui ont eu pour effet, d'octroyer, depuis les années 1990, 1, 4 millions de titres de séjour[672]. Il s'agissait très souvent de régularisations par quotas. Un décret du 16 octobre 1998 prévoyait une possibilité de régularisation pour 38 000 étrangers, en se fondant sur une logique de « gestion rationnelle de la capacité d'intégration ». Il convient toutefois de noter qu'il ressort de l'analyse des dispositions nationales que le critère de fait accompli est très souvent cumulé à la justification d'un travail.

Il convient également de noter que derrière le critère du fait accompli, se cache souvent le désir d'éradiquer le travail clandestin ou simplement d'augmenter les cotisations de sécurité sociale.

Alors que le critère économique prend de plus en plus d'ampleur dans les États membres de l'Union, que le critère du fait accompli recule, le critère de protection est maintenu.

C. Le maintien du critère de protection

« Le critère de protection ou critère humanitaire pris au sens large, vise à octroyer au demandeur un droit de séjour en raison du risque qu'ils peuvent courir ou du dommage qui peut leur être causé en cas de reconduite à la frontière. Les critères utilisés pour déterminer les personnes susceptibles de rentrer dans cette catégorie sont généralement d'ordre humanitaire, médical ou familial. Peuvent être inclues dans cette catégorie les régularisations qui ont pour objectif de réparer, dans certains pays, les dysfonctionnements de la procédure de reconnaissance de la qualité de réfugié ». On peut également ajouter à cette catégorie, les étrangers qui ont vécu dans l'État membre concerné avant leur majorité[673]. Le critère de protection est le principal critère de régularisation en Allemagne[674].

[670] Loi relative à l'immigration et à l'intégration n°2006-911 du 24 juillet 2006.
[671] Article 435-1 CESEDA
[672]Cf, DELZANGLES Hubert, Les politiques de régularisation : des voies à harmoniser ? Op cit, p. 82.
[673] C'est notamment le cas en France, voir dans ce sens, la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011, relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.
[674]Cf, DE BRUYCKER Philippe De Bruycker, Les régularisations des étrangers illégaux dans l'Union européenne, op cit.

Comme précédemment évoqué, l'Allemagne s'est toujours opposée aux politiques de régularisations des étrangers. Toutefois, elle a mené deux programmes en la matière. Le premier, en 1996, visait les déboutés de la demande d'asile intégrés dans son ordre juridique, économique et social. Ce programme étant jugé trop restrictif, il a été suivi par un second, en 1999, qui a permis à environ 20 000 étrangers d'obtenir un titre de séjour[675].

En France, les dispositions relatives à la régularisation des étrangers, adoptées après l'arrêt officiel de l'immigration de travail, vont dans le sens de la protection. Par exemple, une circulaire du 23 juillet 1991 prévoyait la possibilité de régulariser des demandeurs d'asile déboutés. Les requérants devaient répondre à deux conditions principales : avoir demandé le statut de réfugié avant le 1er janvier 1989 et avoir reçu une notification de la décision définitive de refus de statut au moins trois ans après le dépôt de leur requête ou deux ans en cas d'attache familiale en France. Ce dispositif a pu bénéficier à 14 456 étrangers[676]. Jusqu'à la loi Pasqua de 1993[677], les parents étrangers d'enfants français bénéficiaient d'un droit de séjour de plein droit. En 1993, la loi Pasqua subordonnait l'octroi de ce droit à une double condition. Il fallait non seulement être parent d'enfants français, mais aussi être entré régulièrement sur le territoire. Ce qui signifie que l'entrée irrégulière empêchait la possibilité d'obtenir sa régularisation. Et paradoxalement, cette même loi protégeait cette catégorie d'étranger contre les mesures d'éloignement[678]. Ainsi, la loi Pasqua créa une catégorie d'étrangers « non expulsable et non régularisable ». Face à cette absurdité, la loi Pasqua a été suivie par deux circulaires[679] qui tendaient à régulariser la situation des parents étrangers d'enfant français. Ces circulaires n'ont toutefois pas eu de réels impacts sur le droit de séjour des intéressés.

Une circulaire du 24 juin 1997[680], dite Chevènement du nom du ministre de l'intérieur, ouvre une procédure exceptionnelle d'admission au séjour et au travail pour les étrangers en situation irrégulière. Elle visait principalement les enfants étrangers, entrés en France hors de la procédure du regroupement familial[681] ; les conjoints de réfugiés statutaires à condition que le

[675] Ibid.
[676] Sena.fr/rap/l97-4701/l97-470116.html.
[677] Loi n°93-1027 du 24 aout 1993.
[678] Article 25 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, version en vigueur du 29 aout 1993 au 25 avril 1997 : « ne peuvent faire l'objet d'un arrêté d'expulsion, en application de l'article 23 : l'étranger mineur de dix-huit ans ; … l'étrangers qui est père ou mère d'un enfant français résidant en France, à condition qu'il exerce, même partiellement, l'autorité parentale à l'égard de cet enfant ou qu'il subvienne effectivement à ses besoins… ».
[679] Les circulaires des 5 mai et 13 juin 1995 du ministre de l'intérieur
[680] Circulaire du 24 juin 1997, relative au réexamen de la situation de certaines catégories d'étrangers en situation irrégulière, NOR : INTD9700104C, JORF n°147 du 26 juin 1997.
[681] Circulaire du 24 juin 1997, relative au réexamen de la situation de certaines catégories d'étrangers en situation irrégulière, point 1.5.

mariage soit antérieur à l'obtention du statut de réfugiés ou, à défaut, que les conjoints présentent une communauté de vie effective d'un an[682] ; les personnes courant les risques vitaux en cas de retour dans leur pays d'origine ; les étrangers malades qui ne peuvent bénéficier d'un traitement adéquat dans le pays d'origine[683] ; les conjoints de français justifiant d'un an de mariage si le mariage a été célébré avant l'entrée en vigueur de la circulaire[684] ; les conjoints d'étrangers en situation régulière s'ils justifient d'un an de mariage avant l'entrée en vigueur de la circulaire[685] ; les parents d'enfants étrangers de moins de 16 ans nés en France avant le 26 juin 1997[686] ; les ascendants isolés entrés en France avant le 24 juin 1997. Les législations postérieures à 1997 tendent toutes à protéger catégories d'étrangers.

Par exemple, une loi du 16 juin 2011[687] a mis en place un cas d'admission exceptionnelle au séjour au profit des mineurs confiés à l'aide sociale à l'enfance entre 16 et 18 ans, en vue de répondre à certaines situations particulièrement difficiles dans lesquelles se retrouvent le plus souvent les personnes concernées lorsqu'elles atteignent l'âge de la majorité[688]. Le mineur devenu majeur doit justifier avoir suivi une formation depuis au moins 6 mois.

Lorsque l'intéressé justifie résider en France depuis au moins 10 ans, l'autorité administrative est tenue de recueillir l'avis de la Commission du titre de séjour sans en être lié[689].

S'agissant des parents d'un enfant scolarisé en France, la circulaire du 28 novembre 2012 prévoit que la demande est examinée au vu de deux critères cumulatifs, à savoir une installation durable en France de 5 ans ou exceptionnellement moins et une scolarisation en cours d'un des enfants depuis au moins 3 ans. Toutefois, ces critères définis par la circulaire n'imposent pas aux autorités compétentes la délivrance d'un titre de séjour lorsque lesdites conditions sont réunies[690]. La circulaire est dépourvue de caractère réglementaire[691]. Le préfet peut notamment opposer au demandeur la possibilité de scolariser ses enfants dans son pays d'origine[692].

Le contrôle du juge est limité aux seuls cas d'erreur manifeste d'appréciation. Les considérations humanitaires et les motifs exceptionnels n'étant pas définis par la loi, il y a un

[682] Circulaire précitée, point 1.3
[683] Circulaire précitée, point 1.7
[684] Circulaire précitée, point 1.1
[685] Circulaire précitée, point 1.2
[686] Circulaire précitée.
[687] Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011, relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.
[688] Article L 313-15 CESEDA.
[689] Article 313-14, alinéa 2 du CESEDA.
[690] CAA de Douai, 14 mai 2019 n°17DA02429.
[691] CAA de Paris, 5 juin 2015, n°14PA04436.
[692] CAA de Douai, 14 mai 2019 n°17DA02429.

risque d'interaction avec d'autres procédures de régularisation. On pense notamment aux régularisations définies à l'article L 313-11 du CESEDA et plus particulièrement à l'admission au séjour pour raisons médicales. A la différence de l'admission exceptionnelle, le droit de séjour pour raisons médicales est de droit lorsque les conditions sont réunies[693].

Enfin, il convient d'analyser l'admission exceptionnelle au séjour des ressortissants des pays ayant des conventions bilatérales avec la France. En effet, avant l'ordonnance du 16 décembre 2020, l'article L 111- 2 du CESEDA prévoyait que la législation française en matière de séjour et d'entrée des étrangers s'appliquait sous réserve des conventions bilatérales[694]. Dès lors, la question de l'articulation entre l'article L 313-14 du CESEDA et les conventions internationales relatives à l'admission au séjour des étrangers s'est posée.

Il s'agit concrètement de savoir si ces dispositions s'appliquent aux ressortissants étrangers dont le pays d'origine est lié à la France par des conventions bilatérales régissant les questions d'admission au séjour. Dès lors que la convention prévoit l'admission au titre de l'exercice d'une activité salarié, le ressortissant de ce pays ne peut pas utilement invoquer les dispositions de l'article L313-14 du CESEDA à l'appui de sa demande d'admission au séjour en France[695]. Toutefois, si l'accord ne prévoit pas l'admission exceptionnelle au séjour, ses stipulations n'interdisent pas la délivrance d'un titre de séjour sur le fondement de l'article L313-14[696]. Il ressort, en outre, de l'avis du Conseil d'état du 9 novembre 2015[697] que les dispositions de l'article L 313-14 s'appliquent également si les dispositions des conventions bilatérales renvoient à l'application du droit national de chaque État partie.

L'admission exceptionnelle au séjour pour considérations humanitaires vise principalement à protéger les étrangers solidement ancrés dans la société française. Elle permet une juste prise en compte de certaines réalités humaines. Toutefois, si les intentions sont humaines, la régularisation n'est pas un droit, il s'agit d'une mesure d'exception qui relève de l'appréciation de l'administration de l'opportunité d'en faire bénéficier l'étranger demandeur.

Il convient également de noter que la base juridique susceptible de fonder une régularisation est susceptible de varier d'un État membre à un autre

[693] Article L313-11-11 CESEDA.
[694] Article L 111-2 CESEDA.
[695] CE, avis, du 2 mars 2012, n° 355208.
[696] CE, avis, du 2 mars 2012, n° 355208, précité, CE avis du 9 novembre 2015 n° 391429.
[697] CE avis du 9 novembre 2015 n° 391429 .

D. L'hétérogénéité des bases juridiques de régularisations

Comme l'écrit Hubert Dezangles, « la base légale susceptible de fonder une régularisation varie en fonction des États membres. Elle peut prendre la forme d'une circulaire dans certains États (France, Pays-Bas) et d'un acte législatif dans d'autres (Belgique, Espagne, Italie, et Grèce) ». Si la régularisation trouve son fondement dans un acte législatif, le recours au juge est envisageable. En revanche, si elle trouve son fondement dans une circulaire, comme en France, il n'est pas possible de l'invoquer pour contester un refus de régularisation[698], sauf si la régularisation est de plein droit. Dès le 22 aout 1996[699], un avis du Conseil d'état français considérait « qu'il ne peut exister un droit à la régularisation » mais qu'il existe simplement « un droit de voir sa situation examinée ». En outre, si les dispositions du CESEDA prévoient la possibilité de régulariser les étrangers en situation irrégulière, pour motif exceptionnel ou humanitaire, aucune disposition de ce code ne définit ces motifs. C'est l'absence de définition législative des motifs de régularisation qui justifient le recours aux circulaires de régularisation. Ces circulaires ont principalement pour but de définir les critères devant être pris en compte par les autorités compétentes dans l'examen des demandes de régularisation ou encore guider les préfets dans leur pouvoir d'appréciation. Le choix de définir les critères de régularisation par circulaire laisse ainsi une grande liberté à l'administration et circonscrit les possibilités de contester les décisions de refus. Ces circulaires « ne confèrent pas de droits aux personnes concernées mais donnent seulement des consignes, plus ou moins floues, à l'administration. L'appréciation discrétionnaire de l'administration prend le pas sur l'apparente objectivité des critères de régularisation et confronte nécessairement les demandeurs à une situation d'insécurité juridique »[700].

Comme précédemment évoqué, en France les circulaires de régularisation n'ont ni un caractère réglementaire[701], ni un caractère impératif[702]. Lorsque la régularisation n'est pas de plein droit, le contrôle juridictionnel se limite à l'appréciation de l'erreur manifeste de droit.

Contrairement à la France, dans certains États membres tels que l'Italie, la Belgique et l'Espagne, les régularisations sont dotées d'une base législative.

---

[698] Cf, SPIJKERBOER Thomas, The regularisation of illegal immigrants in the Netherlands, in DE BRUYCKER Philippe Les regularizations des étrangers illégaux dans l'Union européenne, op cit.
[699] CE, 22 aout 1996, n° 359622.
[700] Journal du droit administratif (JDA), 2019, Dossier 06, La régularisation en droit public.
[701] CE, Ass, 29 janvier 1954, institue Notre-Dame du Kreisker, n° 7134.
[702] CE, sec, 18 décembre 2002, Mme Duvignéres, n° 233618.

Il résulte de ce qui précède que la variabilité des bases juridiques et l'hétérogénéité des conditions de régularisation dans les États membres peuvent avoir des conséquences sur les intéressés et, par conséquent, rendre certains États membres plus attractifs que d'autres.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

Ce chapitre avait pour objectif de démontrer qu'en matière d'admission au séjour des ressortissants des États tiers dans les États membres de l'Union, les considérations économiques et sécuritaires priment sur la protection des droits fondamentaux des intéressés.

Afin de réaliser les objectifs définis par l'Union, les migrants économiques, les étudiants et les chercheurs étrangers bénéficient de conditions souples d'admission au séjour.

L'approche utilitariste de la question migratoire a été progressivement étendue aux opérations de régularisation d'étrangers en situation irrégulière dans l'Union. Ainsi, dès lors que l'intéressé est susceptible d'occuper un emploi connaissant des difficultés de recrutement, il peut prétendre à sa régularisation.

Enfin, la volonté de lutter efficacement contre l'immigration irrégulière a nécessité la mise en place d'un régime juridique visant à reconnaitre un droit de séjour aux étrangers qui acceptent de coopérer avec les autorités compétentes de l'État membre d'accueil.

Chapitre II.

Chapitre II. LES ACCORDS D'ASSOCIATION ET DE PARTENARIAT COMME FONDEMENT DU DROIT DE SEJOUR DES RESSORTISSANTS D'ÉTATS TIERS

Dès le lendemain de sa création, la Communauté européenne, aujourd'hui l'Union européenne, a pris l'habitude de conclure des accords internationaux avec des pays tiers. L'article 238 du traité de Rome reconnaissait cette compétence en faveur de la Communauté en disposant que « La Communauté peut conclure avec un État tiers, une réunion d'États ou une organisation internationale, des accords créant une association caractérisée par des droits et obligations réciproques, des actions en commun et des procédures particulières[703] ». En vertu de cette disposition, la compétence de la Communauté était ainsi affirmée pour conclure des accords dans les domaines relevant de sa compétence. « Les autres domaines restaient réservés aux États [704] ». De nombreux accords portent sur des domaines différents, de sorte qu'ils relèvent partiellement de la compétence de l'Union et partiellement de la compétence des États. Dans une telle hypothèse, on parle d'accords mixtes[705]. La conclusion des accords mixtes nécessite la signature de l'Union, mais aussi celle des États membres.

Conformément au principe selon lequel (avant le traité d'Amsterdam), l'entrée et le séjour des ressortissants des pays tiers relèvent de la compétence des États, les premiers accords conclus par l'Union avec des États tiers ne prévoyaient pas explicitement « un droit d'admission et de séjour sur le territoire des États membres au profit des ressortissants des États parties[706] ». Ces accords contenaient principalement des dispositions relatives aux conditions de travail et à la sécurité sociale[707]. D'autres plus récents, tels que l'accord créant l'EEE, prévoient des droits d'entrée et de séjour au profit des ressortissants des États tiers[708]. En effet, la teneur des droits en la matière dépend de plusieurs considérations : la situation géographique de l'État tiers

[703] Article 238 du traité de Rome du 25 mars 1957.
[704] Cf, trente ans du droit Communautaire, Luxembourg 1981, p. 246.
[705] MAVRIDIS Prodromos, Les turcs dans l'Union européenne : réflexion sur la prééminence du droit, Édition ANT.N SAKKOULAS, 2009, p. 88.
[706] DUMAS Perrine, L'accès des ressortissants des pays tiers au territoire des États membres de l'Union européenne », Bruylant, 2013, p. 461.
[707] A titre d'exemple : l'accord d'Ankara ne prévoyait aucun droit d'entrée et de premier séjour au profit des ressortissants turc.
[708] L'accord sur l'espace économique européen entre l'Union européenne et les États de l'AELE signé en mai 1992, et l'accord sur la libre circulation des personnes signé le 21 juin 1999 entre la Suisse et l'Union européenne prévoient des dispositions favorables en matière d'entrée et de séjour des ressortissants des États parties.

concerné, sa vocation à adhérer à l'Union, son niveau de développement et le risque de déplacement massif des populations.

Si certains accords établissent « des liens particuliers et privilégiés avec des États tiers » en réglementant la libre circulation des personnes (section I), d'autres, au contraire, sont progressivement devenus un instrument de gestion des flux migratoires, en conditionnant les migrations légales à la participation des États tiers à la gestion de ces flux (section II).

Section I. Les accords établissant des liens particuliers et privilégiés avec des États tiers en matière de libre circulation

Les accords établissant des liens particuliers et privilégiés avec des pays tiers ont des objectifs distincts. Les uns visent à promouvoir un renforcement continu et équilibré des relations commerciales et économiques entre les parties[709], en réalisant graduellement la libre circulation des travailleurs[710], en éliminant les restrictions à la liberté d'établissement[711]et à la libre prestation des services[712] en vue de faciliter l'adhésion future du pays tiers concerné[713]. D'autres, à l'inverse, ont pour objectif la création d'une zone de libre circulation des personnes, des services, des marchandises et des capitaux[714]. Trois catégories d'accords peuvent être distinguées. Les premiers réalisent graduellement la libre circulation des personnes (paragraphe I) ; les deuxièmes incluent partiellement ou totalement les ressortissants des pays tiers dans le régime de la libre circulation des personnes (paragraphe II) ; enfin, les derniers tendent à organiser les relations entre l'Union et un ancien État membre (paragraphe 3).

§ I. Les accords visant à réaliser graduellement la libre circulation des personnes : l'entrée et le séjour des ressortissants turcs dans les États membres de l'Union

Les relations entre l'Union européenne et la Turquie sont régies par l'accord d'Ankara[715], le protocole additionnel[716] du 23 novembre 1970, les décisions prises par le Conseil d'association ainsi que par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union.

[709] Article 2, paragraphe 1 de l'accord CEE-Turquie.
[710] Article 12 de l'accord CEE-Turquie.
[711] Article 13 de l'accord CEE-Turquie
[712] Article 14 de l'accord CEE-Turquie
[713] Article 28 de l'accord CEE-Turquie
[714] Article 1, paragraphe 2, a, b, c, d, de l'accord sur l'espace économique européen.
[715] L'accord créant une association entre la Communauté économique européenne et la Turquie.
[716] Le protocole additionnel de 1970.

L'accord d'Ankara[717], signé en 1963 et entré en vigueur en 1964, est souvent qualifié de « mini traité de Rome[718] » dans la mesure où il prévoit des droits spécifiques au profit des ressortissants turcs, notamment en matière de droit de séjour et d'accès au marché de l'emploi des États membres de l'Union. Dans ce sens, certains auteurs qualifient les ressortissants turcs de « ressortissants d'États tiers privilégiés[719] ».

En raison de leur statut privilégié, l'avocat général Marco Darmon disait que « Les travailleurs turcs ne sont pas assimilables à des ressortissants communautaires […] mais les travailleurs turcs ne sont plus dans la situation des ressortissants des autres États tiers[720] ». En comparant le statut d'admission au séjour des ressortissants turcs et des membres de leur famille dans les États membres de l'Union à celui des autres ressortissants de pays tiers, on s'aperçoit que les premiers jouissent effectivement d'un statut privilégié.

En effet, si l'entrée et le premier séjour des ressortissants turcs relèvent, en principe, de la compétence de chaque État membre, l'exercice de cette compétence a fait l'objet d'un encadrement strict (A). Il convient également de noter que si l'article 12 de l'accord d'Ankara prévoyait que « les parties contractantes conviennent de s'inspirer des articles 48, 49 et 50 du traité instituant la Communauté pour réaliser graduellement la libre circulation des travailleurs entre elles », aujourd'hui, cet objectif est loin d'être atteint, de sorte que le droit de séjour des ressortissants turcs est resté considérablement lié à l'exercice d'une activité économique (B).

A. L'entrée et le premier séjour des ressortissants turcs : une compétence nationale encadrée

Il est fréquemment admis que l'entrée et le premier séjour des ressortissants turcs relèvent de la compétence des États membres. Il est aussi reconnu que cette compétence étatique est encadrée[721] par les clauses de « standstill » contenues dans le dispositif d'Ankara (1).

---

[717] L'accord créant une association entre la Communauté économique européenne et la Turquie.

[718]FLEASCH Mougin, Les accords externes de la CEE : essai d'une typologie », éditions de l'Université libre de Bruxelles, 1979, p. 214.

[719] DENIS Martin, Le traitement privilégié des ressortissants turcs, Revue du droit du travail, n°1, janvier 2011, pp 62 et s.

[720] Conclusion de l'avocat général M Marco Darmon dans l'affaire CJCE, 16 décembre 1992, Kazim Kus c Landeshauptstadt Wiesbaden, aff. C-237/91, point 64-65.

[721] L'article 41, paragraphe 1 du protocole additionnel annexé à l'accord d'association CEE-Turquie dispose que « les parties s'abstiennent d'introduire entre elles de nouvelles restrictions à la liberté d'établissement et de libre prestation des services », et l'article 13 de la décision n° 1/80 dispose du Conseil d'association du 19 septembre 1980 dispose que « les États membres de la Communauté et la Turquie ne peuvent introduire de nouvelles restrictions concernant les conditions d'accès à l'emploi des travailleurs et des membres de leur famille qui se trouvent sur le territoire respectif en situation régulière en ce qui concerne le séjour et l'emploi ».

Le caractère privilégié du statut des ressortissants turcs résulte également du régime favorable, dérogatoire à la directive 2003/86, qui s'applique à eux en matière de regroupement familial (2).

1) L'encadrement des compétences nationales relatives à l'entrée et au premier séjour des ressortissants turcs par les clauses de « standstill »

Les clauses de « standstill » garantissent aux ressortissants turcs que leur statut ne sera pas dégradé postérieurement[722], en empêchant les États de prendre des mesures plus contraignantes. Ces clauses ne sont pas, par elles-mêmes, de nature à faire naitre un droit d'établissement, de travail ni un droit de séjour directement tiré du droit de l'Union européenne[723]. Elles font simplement obstacle à l'adoption par un État membre de toute nouvelle mesure qui aurait pour effet ou pour objet de soumettre l'établissement, les conditions d'emploi et corrélativement le séjour d'un ressortissant turc à des conditions plus restrictives que celles qui lui étaient applicables[724]. Elles font interdiction aux États membres de soumettre l'entrée et de premier séjour des ressortissants turcs à des conditions plus restrictives que celles qui s'appliquaient avant l'entrée en vigueur des dispositions qui les prévoient.

L'appréciation du caractère restrictif de la nouvelle réglementation revient au juge national[725].

Ces clauses dites de « standstill » sont prévues, d'une part, à l'article 41, paragraphe 1 du protocole additionnel[726], relatif au droit d'établissement et à la libre prestation de services et, d'autre part, à l'article 13 de la décision n° 1/80, relatif à la libre circulation des travailleurs. Aux termes de l'article 41, paragraphe 1 du protocole additionnel *«* les parties contractantes s'abstiennent d'introduire entre elles de nouvelles restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services ». L'article 13 de la décision n° 1/80 dispose que « les États membres de la Communauté et la Turquie ne peuvent introduire de nouvelles restrictions concernant les conditions d'accès à l'emploi des travailleurs et des membres de leur famille qui

[722] BARBOU DES PLACES Ségolène, La Cour de justice et l'accord d'Ankara : variation jurisprudentielles sur la vocation européenne des travailleurs turcs, In L'Union européenne et la Turquie : État des lieux, Bruylant, 2012, p. 199-228.
[723] CJUE, 11 mai 2000, Abdulnasir Savas, aff. C-37/98, point 64 et 67.
[724] CJUE, 11 mai 2000, Abdulnasir Savas, aff. C-37/98, précité, point 69.
[725] CJUE, 11 mai 2000, Abdulnasir Savas, aff. C-37/98, précité, point 71, « il incombe à la juridiction nationale d'interpréter le droit national aux fins de déterminer si la réglementation appliquée au requérant au principal est moins favorable que celle qui était applicable lors de l'entrée en vigueur du protocole additionnel ».
[726] Article 41, paragraphe 1 du protocole additionnel annexé à l'accord d'association entre la CEE et la Turquie, signé le 23 novembre 1970.

se trouvent sur leur territoire respectif en situation régulière en ce qui concerne le séjour et l'emploi ». Contrairement aux articles 12 et 36 de l'accord d'Ankara[727], les articles 13 de la décision n° 1/80 et 41 paragraphe 1, du protocole additionnel ont un effet direct. En effet, concernant l'article 13, la Cour a, depuis l'arrêt *Sevince*[728], jugé que les clauses de stanstill, énoncées aux articles 7 de la décision n° 2/76 et 13 de la décision n° 1/80 du Conseil d'association ont un effet direct entre les États membres en ce qui concerne l'introduction de nouvelles restrictions à l'accès à l'emploi des travailleurs se trouvant en situation régulière quant à leur séjour et leur emploi sur le territoire des États contractants[729]. S'agissant des non-salariés, la Cour a reconnu dans l'arrêt *Savas* que l'article 41, paragraphe 1 du protocole additionnel avait un effet direct, dans la mesure où cette disposition énonce dans des termes clairs, précis et inconditionnels une clause non équivoque de stanstill « qui interdit aux parties contractantes d'introduire de nouvelles restrictions à la liberté d'établissement à compter de la date d'entrée en vigueur du protocole additionnel [730] ».

En raison de l'impact que ces clauses ont sur la politique migratoire nationale, les États membres ont suggéré à la Cour d'en faire une interprétation stricte, en réduisant leur champ d'application aux turcs déjà présents sur le territoire de l'État membre d'accueil et non à ceux qui veulent entrer et séjourner sur le territoire dudit État membre d'accueil[731]. La Cour a ainsi précisé la portée des clauses de standstill, tant en matière d'établissement qu'en matière de libre circulation des travailleurs. En matière d'entrée et de premier séjour des travailleurs turcs, la Cour a précisé la portée de l'article 13 de la décision n° 1/80 notamment dans son arrêt *Abatay* du 21 octobre 2003[732]. En l'espèce, le litige opposait les requérants aux autorités allemandes qui exigeaient que les transporteurs routiers turcs soient munis d'un permis de travail pour effectuer des transports de marchandises en Allemagne. Or, avant l'entrée en vigueur de la décision n° 1/80, les intéressés n'avaient pas besoin d'un tel permis de travail. Le gouvernement allemand considérait que la clause de standstill de l'article 13 de la décision n° 1/80 visait uniquement les ressortissants turcs qui appartenaient déjà au marché régulier de l'emploi en

[727] CJCE, 30 septembre 1987, Meryem Demirel, aff. C- 12/86, la Cour a jugé qu'une « disposition d'un accord conclu par la Communauté avec des pays tiers doit être considérée comme étant d'application directe lorsque, eu égard à ses termes qu'à l'objet et à la nature de l'accord, elle comporte une obligation claire et précise, qui n'est subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte ultérieur ».
[728] CJCE, 20 septembre 1990, Sevince, aff. C-192/89, point 18 et 26.
[729] Cf, MAVRIDIS Podromos, Les turcs dans l'Union européenne, réflexion sur la prééminence du droit », op cit.
[730]Ibid., P. 201
[731] BARBOU DES PLACES Ségolène, La Cour de justice et l'accord d'Ankara : variation jurisprudentielle sur la vocation européenne des travailleurs turcs, in L'Union européenne et la Turquie : État des lieux, édition Bruylant 2012, p. 199.
[732] CJUE, 21 octobre 2003, Eran Abatay y.e.a aff. C-317/01, C-369/01.

Allemagne. La cour a estimé que l'interprétation préconisée par le gouvernement allemand priverait l'article 13 de son effet utile « puisqu'un ressortissant turc qui exerce déjà régulièrement un emploi dans l'État membre n'a plus besoin d'être protégé par une clause de stanstill relative à l'accès à l'emploi ». « En revanche, l'obligation de standstill en ce qui concerne les conditions d'accès à l'emploi vise à faire en sorte que les autorités nationales s'abstiennent de prendre des dispositions de nature à compromettre la réalisation de l'objectif de la décision n° 1/80 consistant à établir la libre circulation des travailleurs[733] ». Cette solution fut confirmée à plusieurs reprises, notamment dans un arrêt du 29 avril 2010[734], dans lequel la Cour a jugé que l'introduction de toute nouvelle restriction aux conditions de première admission au séjour des ressortissants turcs constitue une nouvelle restriction au sens de l'article 13 de la décision n° 1/80. Elle conclut que cette interdiction concerne tant les conditions de fond que de forme.

Toutefois, il convient de noter que les clauses de standstill ne prévoient pas une interdiction absolue de toute nouvelle restriction. En effet, conformément à l'article 14 de la décision n° 1/80, les clauses de stanstill *«* sont appliquées sous réserve des limitation justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité et de santé publiques. Elles ne portent pas atteinte aux droits et obligations découlant des législations nationales ou des accords bilatéraux existant entre la Turquie et les États membres de la Communauté, dans la mesure où ils prévoient, en faveur de leurs ressortissants, un régime plus favorable ». De même, à côté de l'article 14, la Cour de justice admet que les nouvelles restrictions puissent être prévues si elles sont « justifiées par une raison impérieuse d'intérêt général, propre à garantir la réalisation de l'objectif légitime poursuivi et si elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif[735] ».

Concernant, l'exception d'ordre public prévue à l'article 14 de la décision n° 1/80, il convient de noter que, contrairement aux autres ressortissants de pays tiers[736], la seule existence de condamnation pénale « même pour des infractions graves[737] » ne peut justifier l'expulsion ou le refus d'entrée et de séjour d'un ressortissant turc ; il sera protégé au même titre que le citoyen

[733] BABOU DES PLACES Ségolène, La Cour de justice et l'accord d'Ankara : variation jurisprudentielle sur la vocation européenne des travailleurs turcs », « l'Union européenne et la Turquie : état des lieux », op cit, p. 199.
[734] CJUE, 29 avril 2010, Commission contre le Royaume des Pays-Bas, aff. C-92/07.
[735] CJUE, 7 novembre 2013, Demir, aff. C-225/12, point 40 ; CJUE, 10 juillet 2014, Dogan, aff. C-138/13, point 37.
[736] Voir dans le sens, le chapitre II, section 1, paragraphe III de cette thèse « le caractère extensif de la notion d'ordre public lorsque le regroupant est le ressortissant d'un pays tiers ».
[737] MAVRIDIS Podromos, Les turcs dans l'Union européenne : réflexions sur la prééminence du droit, op cit, p. 105.

européen et bénéficiera des garanties procédurales[738]. En effet, dans son arrêt *Nazli*[739] du 10 février 2010, la question était posée à la Cour de savoir si l'exception d'ordre public, prévue à l'article 14 de la décision n° 1/80, concernait la situation du travailleur turc condamné à la suite d'un trafic de stupéfiant et dont la décision d'expulsion n'était motivée que par des raisons de prévention générale, c'est-à-dire de dissuader d'autres étrangers, était compatible avec ledit article 14., la Cour s'est référée à l'interprétation donnée de la même exception en matière de libre circulation des citoyens de l'Union[740] et, par conséquent a considéré que *«* la notion d'ordre public suppose l'existence, en dehors du trouble pour l'ordre social que constitue toute infraction à la loi, une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société[741] ». Ainsi, la Cour de justice adopte une interprétation restrictive de la notion d'ordre public lorsqu'est en cause le droit de séjour d'un ressortissant turc ; de sorte que l'existence d'une condamnation pénale ne puisse justifier le refus de séjour que dans la mesure où les circonstances qui ont donné lieu à cette condamnation font apparaitre l'existence d'un comportement personnel constituant une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour l'ordre public.

La date à prendre en compte dans le cadre de l'interdiction de nouvelles restrictions est susceptible de varier selon le statut du ressortissant turc. En effet, lorsque l'intéressé est un prestataire de services, la date à prendre en compte est celle de l'entrée en vigueur du protocole additionnel, et lorsqu'il est travailleur, l'interdiction de nouvelle restriction court à partir de l'entrée vigueur de la décision n° 1/80.

La possibilité de prévoir de nouvelles restrictions pour des « raisons impérieuses d'intérêt général » ressort de l'œuvre créatrice de la Cour de justice. La raison impérieuse d'intérêt général en droit de l'Union européenne peut être définie comme « des intérêts permettant la justification de restrictions aux différentes libertés de circulation[742] ». Il s'agit d'un mode de justification de restriction essentiellement jurisprudentielle. En matière d'entrée et de séjour des ressortissants turcs, les États membres ont souvent recours à cette notion pour justifier les nouvelles restrictions résultant de leurs législations nationales. Si la Cour admet de telles justifications, sa jurisprudence reste toutefois variable et incertaine. Dans ses arrêts *Demir* et *Dogan*, elle a jugé que « de nouvelles restrictions relevant d'une clause de standstill peuvent

[738] CJUE, 2 juin 2005, Dorr et Unal, aff. C- 136/03.
[739] CJUE, 10 février 2010, Omer Nazli, aff. C-340/97
[740] CJUE, 10 février 2010, Omer Nazli, aff. C-340/97, précité, point 56.
[741] CJUE, 10 février 2010, Omer Nazli, aff. C-340/97, précité, point 57.
[742] SJODEN Éric, Les raisons impérieuses d'intérêt général en droit de l'Union européenne », thèse de doctorat en droit international de l'Université Paris 2, soutenue le 5 décembre 2016.

être admises si la restriction est justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général, propre à garantir l'objectif légitime poursuivi et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre[743] ». Ainsi, l'objectif de prévenir l'entrée et le séjour irrégulier des ressortissants de pays tiers[744], la prévention de mariage forcé, la promotion de l'intégration[745], l'objectif d'intégration réussie[746] ont été qualifiés de raison impérieuse d'intérêt général, justifiant ainsi la nouvelle restriction. Le caractère impérieux des mesures d'intégration résulte de l'importance accordée, dans le cadre du droit de l'Union, à ces mesures ; elles sont prévues à l'article 79, paragraphe 4 TFUE qui évoque la promotion de l'intégration des ressortissants des pays tiers dans les États membres d'accueil comme une action des États membres à encourager et à appuyer. Cet objectif est également prévu dans plusieurs directives, telles que la directive 20003/86, relative au regroupement familial, et la directive 2003/109, relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, qui prévoient que l'intégration des ressortissants d'États tiers est un élément clé pour promouvoir la cohésion économique et sociale. Toutefois, pour être admise à ce titre, la nouvelle restriction doit être proportionnée. Dans la mesure où la nouvelle disposition constitue une restriction à la liberté de circulation des travailleurs turcs, la Cour effectue le contrôle de proportionnalité au regard de cette liberté.

2) Le régime privilégié applicable à l'entrée et au séjour des ressortissants turcs au titre du regroupement familial

Si la directive 2003/86 régit de façon générale l'entrée et le séjour des ressortissants des pays tiers au titre du regroupement familial, les dispositions restrictives de cette directive ne sont pas toujours opposables aux membres de la famille du ressortissant turc régulièrement établi dans un État membre de l'Union. En effet, comme précédemment évoqué, la directive 2003/86 reconnait une certaine marge d'appréciation aux États. Certains États membres, en recourant à leur marge d'appréciation, subordonnent l'exercice du regroupement familial à des conditions, telles que la connaissance de la langue et des valeurs nationales. En la matière, les membres de la famille du travailleur turcs bénéficient d'une interprétation favorable de la Cour de justice.

En effet, si le dispositif d'Ankara ne prévoyait aucun droit d'entrée au titre du regroupement familial en faveur des ressortissants turcs, la Cour de justice, au fil de son rôle interprétatif, a progressivement rattaché ce droit d'entrée et de premier séjour à la situation des regroupants

[743] CJUE, 10 juillet 2014, Naime Dogan, aff. C-138/13 ; CJUE, 7 novembre 2013, Demir, aff. C- 225/12.
[744] CJUE, 7 novembre 2013, Demir, aff. C-225/12, précité, point 41
[745] CJUE, 10 juillet 2014, Naime Dogan, aff. C-138/13, point 38.
[746] CJUE, 12 avril 2016, Caner Genc, aff. C-561/14.

turcs établis dans l'Union. En leur qualité d'agents économiques, établis dans l'Union en application du dispositif d'Ankara, les regroupants turcs jouissent d'une protection de leur droit au regroupement familial qui est susceptible d'être attachée à leur liberté économique[747]. En la matière, la jurisprudence de la Cour tend non seulement à favoriser l'entrée et le premier séjour des membres de la famille des ressortissants turcs, mais elle vise aussi à favoriser le maintien du droit de séjour acquis au titre du regroupement familial.

L'interprétation favorable de la Cour en matière d'entrée et de séjour au titre du regroupement familial peut être illustrée à travers plusieurs arrêts. En premier lieu, un arrêt du 10 juillet 2014[748]. En l'espèce, la requérante, une ressortissante turque vivant en Turquie, avait sollicité la délivrance d'un visa au titre du regroupement familial en vue de rejoindre son mari établi au Pays-Bas, titulaire d'un titre de séjour à durée indéterminée. Le mari de la requérante dirigeait une entreprise à responsabilité limitée dont il était actionnaire majoritaire. La demande de visa avait été rejetée au motif que l'intéressée ne disposait pas des connaissances linguistiques nécessaires telles que prévue par la législation nationale. Estimant, notamment, que l'exigence de la preuve de connaissances de la langue allemande pour l'exercice du regroupement familial violait le dispositif d'Ankara, la requérante a contesté le rejet de sa demande de visa. C'est dans ce contexte que la juridiction de renvoi à demander à la Cour de savoir si la clause de standstill prévue à l'article 41, paragraphe 1, du protocole additionnel s'opposait à une mesure nationale adoptée après l'adoption dudit protocole et subordonnant l'exercice du regroupement familial à la condition de prouver au préalable de connaissances linguistiques élémentaires. La Cour a procédé à une analyse comparable au droit de séjour dérivé des membres de la famille des citoyens européens, en considérant que la « décision d'un ressortissant turc de s'établir dans un État membre pour y exercer une activité économique de manière stable peut être influencée négativement lorsque la législation de cet État membre rend difficile ou impossible le regroupement familial, de sort que ledit ressortissant peut, le cas échéant, se voir obligé de choisir entre son activité dans cet État membre concerné et sa vie de famille en Turquie[749] ».

Ainsi le regroupement familial des ressortissants turcs apparait comme le corolaire de leur liberté de circulation. Toutefois, contrairement aux citoyens de l'Union, l'interdiction vise les restrictions postérieures à l'entrée en vigueur du dispositif d'Ankara, car selon la Cour « une réglementation nationale qui rend un regroupement familial plus difficile en durcissant les

[747] CJUE, 10 juillet 2014, Naime Dogan, aff. C-138/13.
[748]Ibid.
[749] Ibid. point 35.

conditions de la première admission […] des conjoints des ressortissants turcs, par rapport à celle applicables lors de l'entrée en vigueur du protocole additionnel, constitue une nouvelle restriction […] à l'exercice de la liberté d'établissement du ressortissant turc[750] ».

Le 12 avril 2016, elle a rendu un arrêt similaire relatif à l'entrée et le premier séjour des membres de la famille d'un travailleur turc établi dans un État membre de l'Union. En l'espèce, l'article 9, paragraphe 1, de la loi danoise sur les étrangers exigeait que l'enfant mineur qui introduit une demande d'entrée au titre du regroupement familial pour rejoindre l'un de ses parents déjà installés sur le territoire danois ait ou puisse avoir un ancrage suffisant au Danemark pour lui permettre une intégration réussie. Cette exigence n'était requise que lorsque la demande a été introduite deux ans après l'obtention par le regroupant de son titre de séjour définitif. Selon le gouvernement danois, l'objectif d'une telle exigence était d'empêcher que les parents choisissent de laisser l'enfant dans le pays d'origine de manière à ce qu'il reçoive une éducation conforme à la culture dudit pays et ne soit pas imprégné des normes et des valeurs danoises. Cet argument ne pouvait être admis, car la circonstance que la demande de regroupement familial a été introduite avant ou après les deux ans qui suivent l'obtention du titre de séjour définitif par le parent résidant au Danemark ne saurait être un indice déterminant des intentions des parents, encore moins des capacités de l'enfant de parvenir à une intégration réussie. Ainsi, selon la Cour « une mesure nationale subordonnant le regroupement familial entre un travailleur turc résidant légalement dans un État membre et son enfant mineur à la condition que ce dernier présente un ancrage suffisant dans l'État membre concerné pour lui permettre une intégration réussie, lorsque l'enfant concerné et son autre parent résident dans l'État d'origine, et que la demande de regroupement familial est introduite après un délai de deux ans à compter de la date à laquelle le parent résidant dans l'État membre concerné a obtenu un titre de séjour pour une durée indéterminée, constitue une nouvelle restriction au sens de l'article 13 de la décision n° 1/80, et une telle restriction n'est pas justifiée[751] », car disproportionnée.

En outre, lorsque le regroupant est un ressortissant turc, la Cour adopte une conception extensive de la notion de membre de la famille, comparable à celle des citoyens de l'Union. En effet, l'article 7 de la décision n° 1/80 ne comporte aucune définition de la notion de membre de la famille du travailleur et n'effectue aucun renvoi au droit national des États membres pour

[750] Ibid. point 36.
[751] CJUE, 12 avril 2016, Caner Genc, aff. C-561/14

déterminer le sens et la portée de cette notion[752]. En vue d'assurer l'application homogène dans les États membres de la notion de membre de la famille au sens de l'article 7 de la décision n° 1/80, la Cour en fait une interprétation autonome et uniforme au niveau de l'Union[753]. C'est dans ce sens que la Cour a considéré que la nationalité est indifférente pour pouvoir prétendre à la qualité de membre de la famille d'un travailleur turc[754]. En effet, dans un arrêt du 19 juillet 2012[755], il était question de savoir si l'épouse de nationalité thaïlandaise d'un travailleur turc pouvait être qualifiée de membre de la famille dudit travailleur. Alors que les gouvernements allemand, italien et autrichien soutenaient que la notion de membre de la famille au sens de l'article 7 de la décision n° 1/80 incluait uniquement les personnes qui ont également la nationalité turque, la Cour a jugé que cette notion fait l'objet d'une interprétation autonome et uniforme au niveau de l'Union. Cela signifie clairement que la notion de membre de la famille du ressortissant turc échappe à la qualification nationale.

De même, dans son arrêt du 30 septembre 2004, il était question de savoir si le beau fils d'un travailleur turc appartenant au marché régulier de l'emploi d'un État membre pouvait prétendre à la qualité de membre de la famille. La Cour en se référant à son arrêt du 17 septembre 2002[756] et au règlement 1612/68 a considéré que la notion de membre de la famille du travailleur turc inclut non seulement son conjoint et leurs descendants de moins de vingt et un ans ou à charge, mais aussi ceux de son conjoint[757]. Ainsi, pour déterminer la notion de membre de la famille du travailleur turc, la Cour se réfère à l'interprétation donnée de la même notion en matière de libre circulation des citoyens européens. Au demeurant, la notion de membre de la famille du travailleur turc n'est pas limitée « à sa famille par le sang ».

S'agissant du maintien du droit de séjour acquis au titre du regroupement familial, la Cour a développé une argumentation favorable aux membres des ressortissants turcs. Dans son *Ceyhun Aydinli* du 7 juillet 2005[758], elle a jugé que le droit de séjour acquis au titre du regroupement familial ne peut pas être remis en cause lorsque les conditions d'ouverture de ce droit ont disparu. Allant dans le même sens, dans son arrêt Torun du 16 février 2006, elle a considéré que l'enfant d'un travailleur turc admis au séjour au titre du regroupement familial ne perd pas le bénéfice de l'article 7 de la décision n° 1/80 du fait que la communauté de vie avec le parent

[752] CJUE, 19 juillet 2012, Natthaya Dulger, aff. C-451/11, point 34.
[753] CJUE, 30 septembre 2004, Engin Ayaz, aff. C-275/02, point 39.
[754] CJUE, 19 juillet 2012, Natthaya Dulger, aff. C-451/11, op cit.
[755]Ibid.
[756] CJUE, 17 septembre 2002, Baumbast, aff. C-413/99.
[757] CJUE, 30 septembre 2004, Engin Ayaz, aff. C-275/02, point 43.
[758] CJUE, 7 juillet 2005, Ceyhum Aydinli, aff. C-373/03.

regroupant a cessé et qu'il mène une vie indépendante. De surcroit, l'enfant turc ayant bénéficié du regroupement familial et qui acquis le droit de libre accès à toute activité salariée sur le fondement de l'article 7, paragraphe de la décision n° 1/80 ne perd ce droit de séjour que lorsqu'il est considéré comme une menace à l'ordre public conformément à l'article 14 de la décision précitée ou lorsqu'il quitte le territoire de l'État membre concerné pendante une période significative sans motifs légitimes. Selon la Cour, une autre interprétation aurait pour effet de rendre le statut des enfants des travailleurs turcs plus précaire au fur et à mesure de leur intégration dans l'État d'accueil alors que l'article 7 a pour objectif la « consolidation progressive de la situation des membres de la famille de ces travailleurs dans l'État membre concerné en leur permettant, après un certain temps d'y mener une existence indépendante ».

Il résulte de ce qui précède que si l'entrée et le premier séjour des ressortissants turcs relèvent de la compétence nationale des États membres, l'exercice de cette compétence a fait l'objet d'un encadrement strict dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

B. Le droit de séjour des ressortissants turcs : un droit dérivé de l'exercice d'une activité professionnelle

Une fois admis au séjour, les ressortissants turcs relèvent du dispositif d'Ankara qui stabilise leur situation dans la société de l'État membre d'accueil.

Si le dispositif d'Ankara avait pour objet de réaliser graduellement la libre circulation des travailleurs turcs [759]ainsi que l'élimination des restrictions à la liberté d'établissement[760] et à la libre prestation des services[761], à ce jour, cet objectif n'est pas atteint. Ces ressortissants turcs, économiquement actifs, ne bénéficient que de certains droits.

L'accord CEE-Turquie est l'un des accords externes de l'Union qui réglementent la libre circulation des acteurs économiques des pays tiers au sein de l'Union. L'article 2, paragraphe 1 de cet accord détermine son objet en disposant qu'il a pour objet de « promouvoir le renforcement continu et équilibré des relations commerciales et économiques entre les parties, en tenant pleinement compte de la nécessité d'assurer le développement accéléré de l'économie turque et le relèvement du niveau d'emploi et des conditions de vie du peuple turc ». Aux termes de son article 12 « les parties conviennent de s'inspirer des articles 48, 49 et 50 du traité instituant la Communauté pour réaliser graduellement la libre circulation des travailleurs entre

[759] Article 12 de l'accord d'Ankara.
[760] Article 13 de l'accord d'Ankara.
[761] Article 14 de l'accord d'Ankara.

elles ». Le Conseil d'association, institué par l'article 6 de cet accord décide, en vertu de l'article 36 du protocole additionnel du 23 novembre 1970, et conformément aux principes énoncés dans l'article 12 de l'accord d'association, des modalités nécessaires à la réalisation graduelle de la libre circulation des travailleurs entre les États membres de l'Union et la Turquie[762].

L'objectif était clair, parvenir à la libre circulation des ressortissants turcs, et une date butoir était prévue pour la réalisation de cet objectif, le 30 novembre 1986. La Cour de justice a toujours rappelé cet objectif de réalisation graduelle de la libre circulation des travailleurs turcs[763]. Elle rappelle d'abord que la décision n° 2/76 se présente, à son article 1er, comme une étape dans la réalisation de la libre circulation des travailleurs entre la Communauté (aujourd'hui l'Union) et la Turquie[764]. Les dispositions de la section 1, intitulée « dispositions sociales » du chapitre II de la décision n° 1/80, dont fait partie l'article 6, constituent une étape supplémentaire vers la libre circulation des travailleurs[765]. Pour la Cour, le respect des objectifs de l'accord d'Ankara exigeait de transposer, dans la mesure du possible, aux travailleurs turcs bénéficiant des droits reconnus par la décision n° 1/80 les principes admis dans le cadre des articles 48, 49 et 50 du traité[766]. Ainsi, on comprend que l'un des objectifs de l'accord d'Ankara était d'insérer progressivement les travailleurs turcs dans le régime de la libre circulation des travailleurs. Toutefois, cet objectif n'est pas atteint. En effet, la libre circulation au sens de l'article 48 du traité CEE (actuel article 39) implique « l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité entre les travailleurs des États membres en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail ». Elle comporte l'accès à l'emploi de tous les travailleurs européens. Ces derniers peuvent répondre à des emplois effectivement offerts. La libre circulation implique le droit de se déplacer sur le territoire de tous les États membres, d'y séjourner afin d'y exercer un emploi et d'y demeurer après avoir y occupé un emploi. Or, le dispositif d'Ankara ne reconnait de droits qu'aux travailleurs turcs qui appartiennent au marché régulier de l'emploi d'un État membre. En matière de libre circulation, le dispositif ne détermine que les conditions de renouvellement d'un permis de séjour. Il ne s'intéresse qu'à la situation des turcs déjà régulièrement intégrés au marché de l'emploi dans un État membre. La

[762] TEZCAN Ercument, La libre circulation des personnes dans le cadre du droit d'association CE-Turquie : évolution et perspectives, in MIRE Pierre, (dir) La Turquie, de la Candidature à l'adhésion : l'approbation de l'acquis communautaire », l'harmattan p. 33-53.
[763] TCHAKALOFF Marie-France Christophe, La Turquie et l'Europe : une coopération tumultueuse, in INSEL Ahmet, l'harmattan, 1999, p. 72-73.
[764] CJUE, 6 juin 1995, Ahmet Bozkurt, aff. C-434/93.
[765] CJUE, 6 juin 1995, Ahmet Bozkurt, aff. C-434/93, précité.
[766]Ibid. point 20.

Cour de justice lie le droit de séjour des ressortissants turcs à l'exercice d'une activité économique. C'est finalement l'exercice d'une activité économique qui justifie le renouvellement du titre de séjour. Il s'agit en réalité d'une intégration professionnelle des ressortissants turcs, dans la mesure où ils ne peuvent se maintenir sur le territoire d'un État membre que s'ils continuent à exercer une activité économique[767]. En effet, dans son arrêt *Ahmet Bozkurt* du 6 juin 1995, la question était posée à la Cour de savoir si un ressortissant turc conserve son droit de séjour s'il est victime d'une incapacité de travail totale et permanente. Dans cette affaire, la Commission considérait qu'une période d'incapacité de travail permanente à la suite d'un accident de travail devait être assimilée à un emploi régulier permanent, ce qui impliquerait l'existence d'un droit de séjour dans le chef de l'intéressé. Le gouvernement allemand considérait que « compte tenu de la finalité de la décision n° 1/80 qui tend à consolider la situation des travailleurs turcs déjà occupés, le droit de séjour doit rester le corolaire de l'emploi du travailleur de sorte que, en cas d'interruption de celui-ci, il ne peut subsister que si l'interruption est limitée dans le temps[768] ». La Cour a accueilli l'argument développé par le gouvernement allemand en considérant que l'article 6, paragraphe 2, de la décision n° 1/80 ne confère pas au ressortissant turc, qui a appartenu au marché régulier de l'emploi d'un État membre, le droit de demeurer sur le territoire de cet État s'il n'est plus en capacité de retrouver un emploi[769]. Ainsi, on comprend que le travailleur turc est privé d'un élément essentiel de la libre circulation : celui de demeurer dans l'État membre après y avoir occupé un emploi. De ce fait, il convient de considérer que les travailleurs turcs ne bénéficient que d'une migration de travail, « d'une simple résidence légale[770] ». Le droit de séjour des ressortissants turcs est ainsi conditionné à l'exercice d'une activité économique. Selon la Cour, il s'agit de régler la situation des turcs régulièrement intégrés au marché de l'emploi d'un État membre ; la reconnaissance à un travailleur, après une certaine période d'emploi régulier dans un État membre, d'un accès à une activité salariée de son choix, implique de reconnaitre l'existence d'un droit de séjour dans le chef de l'intéressé, du moins au moment de son activité ; sinon les dispositions de l'article 6, paragraphe 1, seraient privées de tout effet[771].

S'agissant du déplacement pour occuper un emploi offert dans un État membre. Nous l'avons vu, les travailleurs turcs ne bénéficient pas de ce volet de la libre circulation. Il est désormais

[767] CJUE, 6 juin 1995, Ahmet Bozkurt, aff. C-434/93, précité, point 39.
[768] CJUE, 6 juin 1995, Ahmet Bozkurt, aff. C-434/93, précité, point 36.
[769]Ibid.
[770] Pour reprendre la formule de Tezcan « libre circulation des personnes dans le cadre du droit d'association CE-Turquie : évolution et perspective, op cit. p. 44.
[771] CJUE, 16 décembre 1992, Kazim Kus, aff. C-237/91, point.

de jurisprudence constante que la décision n° 1/80 n'empiète pas sur la compétence des États membres pour réglementer les questions qui ne sont pas traitées par le droit communautaire, notamment l'entrée, le premier séjour et les conditions du premier emploi des ressortissants turcs dans les États membres[772].

En définitive, le travailleur turc ne bénéficie du droit de demeurer sur le territoire des États que dans la seule optique d'exercer une activité salariée à condition d'appartenir au marché régulier de l'emploi de façon stable.

La question d'appartenance au marché régulier de l'emploi et la stabilité de cette appartenance ont fait l'objet d'un développement jurisprudentiel.

Concernant l'appartenance au marché régulier de l'emploi, la Cour de justice assimile les travailleurs turcs à ceux de l'Union en retenant une conception extensive de la notion de travailleur. Selon la formule de Ségolène Barbou des Places « transformer les travailleurs turcs en ce qu'ils ont vocation à devenir : des travailleurs communautaires[773] ». Des critères de définition applicables aux travailleurs citoyens européens sont ainsi transposés pour déterminer si un ressortissant turc relève ou non à la catégorie de travailleur. Comme l'accord d'Ankara ne définit pas la notion de travailleur, la Cour a emprunté la définition applicable aux travailleurs communautaires[774]. Est donc qualifié de travailleur, le ressortissant turc qui exerce une activité réelle et effective à l'exclusion d'activités tellement réduites qu'elles se présentent comme purement marginales et accessoires. C'est ainsi qu'un turc ayant exercé comme apprenti une activité économique réelle et effective auprès d'un employeur pendant plus de quatre ans, en contrepartie d'une rémunération correspondant au travail réalisé a pu être qualifié de travailleur[775]. De plus, le motif d'admission au séjour n'a pas d'impact sur la notion de travailleur. Autrement dit, le ressortissant turc est susceptible d'acquérir la qualité de travailleur même s'il a été initialement admis au séjour pour un autre motif. En effet, dans son arrêt *Ezgi Payir, Burhan Akyuz, Birol Ozturk* du 24 janvier 2008, la question était posée à la Cour de savoir si la circonstance qu'un ressortissant turc a été autorisé à entrer sur le territoire d'un État membre en qualité de personne au pair ou d'étudiant prive ce ressortissant de la qualité de travailleur et l'empêche d'appartenir au marché régulier de l'emploi de l'État membre concerné

[772] CJCE, 16 déceambre 1992, Kazim kus, aff. C-237/91 point 25 ;CJCE, 17 avril 1997, Kadiman, aff. C-351/95, point 31 ; CJCE, 30 septembre 1997, Kasim Ertanir, aff. C-98/96 ; CJCE, 30 septembre 1997, Faik Gunaydin, aff. C-36/96, point 36.
[773] BABOU DES PLACES Ségolène, La Turquie et l'Union européenne : état des lieux », op cit.
[774] CJCE, 6 juin 1995, Ahmet Bozkurt, aff. C-434/93, point 20.
[775] CJUE, 19 novembre 2002, Bulent Kurz, aff. C-188/00, point 32.

au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la décision n° 1/80, de sorte qu'il ne puisse se prévaloir de cette disposition afin d'obtenir le renouvellement de son permis de travail et de bénéficier du droit de séjour corrélatif à celui-ci. En réponse à cette question, la Cour a considéré que « la finalité sociale de l'autorisation d'entrée délivrée aux étudiants ou aux personnes au pair ainsi que du droit de travailler qui leur est accordé n'enlève rien, par elle-même, au caractère régulier des activités exercées par les intéressés et ne les empêche pas, par conséquent, d'appartenir au marché régulier de l'emploi de l'État membre d'accueil »[776]. Cette décision a été perçue comme attentatoire à la compétence des États membres. Si elle tend à favoriser le droit des ressortissants turcs, il n'est pas impossible qu'elle produise l'effet contraire, c'est-à-dire un durcissement des conditions de première admission au séjour des étudiants turcs.

Enfin, il convient de noter que les ressortissants turcs bénéficient d'un statut privilégié en matière d'entrée et de séjour dans les États membres de l'Union si on compare leur statut à celui des ressortissants des États du sud de la Méditerranée. Toutefois, les droits reconnus aux turcs sur le fondement de l'accord d'Ankara sont indéniablement moins favorables que ceux des ressortissants des États membres de l'AELE, partie à l'accord sur EEE, car ce dernier comprend l'ensemble des dispositions relatives à la libre circulation des personnes. Les droits des ressortissants turcs ne sont pas non plus comparables à ceux des ressortissants Suisses, car ces derniers bénéficient d'un régime de libre circulation plus large que celui prévu par les dispositions de l'accord l'Ankara. Cette différenciation des droits des ressortissants des pays tiers en matière d'entrée et de séjour s'explique par le niveau d'intégration voulue par l'Union[777].

§ II. Les accords incluant les ressortissants des pays tiers dans le régime de la libre circulation des personnes

Ces accords incluent certains ressortissants d'États tiers dans le champ d'application personnel de la libre circulation des personnes. Elles font disparaitre les différences de traitement en raison de la nationalité. Toutefois, une différence fondamentale apparait entre les ressortissants des États de l'AELE et les Suisses. En effet, alors que les ressortissants des États membres de l'AELE sont totalement inclus dans le régime de la libre circulation des travailleurs (A), les ressortissants Suisse ne le sont que partiellement (B).

[776] CJUE, 24 janvier 2008, Ezgi Payir, Burhan Akyuz, Birol Ozturk, aff. C-294/06.
[777] KADDOUS Christine, Le rôle de la Cour de justice dans l'interprétation de l'accord d'association CEE-Turquie, in BONNET Baptiste (dir), Turquie et l'Union européenne : état des lieux » in BONNET Baptiste (dir), Bruylant 2012, p. 102.

A. L'inclusion totale des ressortissants des États membres de l'AELE dans le régime de la libre circulation des personnes

En 1992, un accord a été signé entre les États membres de l'Union européenne et ceux de l'association européenne de libre-échange[778]. Cet accord portait sur la création d'une zone de libre circulation de personnes, des services, des marchandises et des capitaux entre les parties. En application de cet accord, les nationaux des États de l'EEE peuvent, dans le cadre de l'exercice d'une activité économique, librement accéder et séjourner dans les États membres de l'Union. A la différence des citoyens de l'Union, la libre circulation des personnes, dans l'EEE, n'est reconnue aux ressortissants des États partie à l'accord qu'en raison de l'exercice d'une activité économique. « L'extension de ce droit aux étudiants fait figure d'exception. C'est pour des raisons de la coopération en matière d'éducation que le Comité mixte de l'EEE a décidé de reprendre l'acquis Communautaire résultant de la directive du 29 octobre 1993[779] relative au droit de séjour des étudiants ». Ainsi, le droit d'entrée et de séjour des ressortissants des États membres de l'AELE ne concerne que des agents économiques, travailleurs salariés ou non-salariés. Ce régime favorable s'explique par la proximité entre les États membres de l'Union et ceux de l'AELE, leurs valeurs communes et leur identité européenne[780], mais aussi et surtout de l'absence de risque de déplacement massif des populations des membres de l'AELE vers l'Union. Il résulte de ce constat que la teneur des droits résultant des accords conclus par l'Union tient compte de ces spécificités. C'est justement ce risque de déplacement massif qui sert d'argument aux opposants à l'adhésion de la Turquie à l'Union. La Commission dans sa recommandation du 6 octobre 2004 est allée dans le même sens en considérant que « de longues périodes de transition et une clause de sauvegarde pourraient être opposées aux ressortissants turcs pour éviter de perturber gravement le marché communautaire de l'emploi ». Ainsi, la Commission souhaite, dans l'hypothèse d'une adhésion de la Turquie, retreindre la libre circulation des personnes entre la Turquie et l'Union européenne. Ce risque n'existe pas pour les ressortissants des États membres de l'AELE d'où la mise en place d'un régime très favorable. En effet, en matière de circulation pour raisons économiques, l'accord EEE assimile les ressortissants des pays tiers concernés aux citoyens de l'Union. Cet accord « organise une

[778] Accord sur l'espace économique européenne.
[779] AUVRET-FINCK Josiane, répertoire du droit européen, septembre 2003…
[780] Paragraphe 1 du préambule de l'accord d'accord sur l'espace économique européen, « convaincu que l'espace économique européen contribuera à la construction d'une Europe fondée sur la paix, la démocratie et les droits de l'homme ; réaffirmant la grande priorité qu'ils attachent aux relations privilégiées, fondées sur leur proximité, leurs valeurs communes de longue date et leur identité européenne, qui lient la Communauté européenne, ses États membres et les États de l'AELE ».

reprise intégrale de l'acquis communautaire, y compris la jurisprudence de la Cour de justice dans les domaines concernés par celui-ci[781] ».

Aux termes de l'article 28 dudit accord, la libre circulation des travailleurs est assurée entre les États membres. Cette disposition prévoit également la suppression des restrictions à la liberté d'établissement au profit des ressortissants des parties[782]. Elle préconise l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail[783]. La liberté de circulation convenue dans l'accord comporte également le droit de répondre à des emplois effectivement offerts, le droit de se déplacer à cet effet librement sur le territoire des États parties, d'y séjourner et d'y demeurer[784]. L'article 6 de l'accord sur EEE prévoit l'intégration de l'acquis communautaire en son sein[785]. Cependant, le régime applicable aux citoyens européens n'était pas identique à celui applicable aux ressortissants des États membres de l'AELE, car le droit de séjour n'était reconnu à ces derniers qu'en raison de l'exercice d'une activité économique. Toutefois, le Comité mixte de l'AELE a, par une décision du 21 mars 1994[786], décidé de reprendre l'acquis communautaire résultant de la directive du 29 octobre 1993 relative au droit de séjour des étudiants[787]. Ainsi, les étudiants et les personnes actives des États membres de l'AELE étaient inclus dans le champ d'application du droit de l'Union. Le droit dérivé antérieur à l'adoption de la directive 2004/38/CE, précédemment intégré dans l'accord EEE, a été supprimé de l'accord et remplacé par ladite directive par une décision du comité mixte du 7 décembre 2007[788]. Ainsi, le même régime juridique s'applique aux ressortissants des États membres de l'EEE. Toutefois, aux termes du considérant 8 de ladite décision, le concept de citoyenneté ne figure pas dans l'accord. La politique d'immigration ne fait pas partie non plus de l'accord[789]. Les ressortissants

[781] DUMAS Perrine, L'accès des ressortissants des pays tiers au territoire des États membres de l'Union européenne », op cit. p 466.
[782] Article 31 de l'accord précité « dans le cadre du présent accord, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre de la CE ou d'un État de l'AELE sur le territoire d'un autre de ces États sont interdites. La présente disposition s'étend également à la création d'agences, de succursales ou de filiales par les ressortissants d'un État membre de la CE ou d'un État membre de l'AELE, établi sur le territoire de l'un de ces États.
[783] Article 28, paragraphe de l'accord, précité.
[784] Article 28, paragraphe 3, de l'accord sur l'espace économique européen, précité.
[785] Article 6 de l'accord dur l'espace économique européen « sans préjudice de l'évolution future de la jurisprudence, les dispositions du présent accord, dans la mesure où elles sont identiques en substance aux règles correspondantes du traité instituant la communauté économique européenne, du traité instituant la communauté européenne du charbon et de l'acier et des actes arrêtés en application de ces deux traités, sont, pour leur mise en œuvre et leur application, interprétées conformément à la jurisprudence pertinente de la Cour de justice des Communautés européennes antérieure à la date de signature du présent accord ».
[786] Décision n°7/94 du comité mixte de l'AELE, du 21 mars 1994.
[787] Directive 93/96/CEE, du 29 octobre 1993, relative au droit de séjour des étudiants.
[788] Décision du comité mixte de l'EEE n°158/2007 du 7 décembre 2007.
[789] Considérant 9 de la décision du comité mixte de l'EEE n°158/2007 du 7 décembre 2007, précité.

des pays tiers sont exclus du champ d'application de l'accord, toutefois, s'ils sont membres d'un ressortissant de l'EEE, jouissent de certains droits dérivés, tels que ceux prévus à l'article 12, paragraphe 2, l'article 13, paragraphe 2 et l'article 18, lorsqu'ils entrent et s'établissent sur le territoire du pays d'accueil.[790] Cette formulation ne faisant référence qu'à certains droits dérivés il ne semble pas que les ressortissants de pays tiers membres de la famille d'un ressortissant de l'EEE jouissent de l'ensemble des droits prévus par la directive 2004/38[791].

B. L'inclusion partielle des ressortissants Suisses dans le régime de la libre circulation des personnes

L'admission au séjour des ressortissants suisses dans les États membres de l'Union européenne trouve son fondement dans l'accord sur la libre circulation des personnes signé le 21 juin 1999 entre la Suisse et l'Union. En effet, après le rejet Suisse, par référendum en décembre 1992, de la ratification du traité de Porto instituant l'espace économique européen, l'Union et la Suisse ont signé un accord sur la libre circulation des personnes. Cet accord a pour but d'assurer, en faveur des citoyens de l'Union et des ressortissants suisses, un droit d'entrée, de séjour, d'accès à une activité économique salariée, d'établissement en tant qu'indépendant et de demeurer sur le territoire des États parties[792]. Il prévoit, en outre, de faciliter la libre prestation de services sur le territoire des parties contractantes, en particulier de libéraliser la prestation de services de courte durée[793] et d'accorder un droit d'entrée et de séjour, sur le territoire des parties contractantes, aux personnes sans activité économique dans le pays d'accueil[794]. Comme dans l'accord sur l'EEE, l'accord sur la libre circulation des personnes a intégré l'acquis communautaire antérieur à sa signature[795]. La jurisprudence postérieure de la Cour de justice est communiquée à la Suisse. Toutefois, la directive 2004/38 n'a pas été intégrée dans l'accord sur la libre circulation. De ce fait, les États membres peuvent continuer à appliquer aux

[790] Considérant 10, précité.
[791] Voir dans le sens, Perrine Dumas, « l'accès des ressortissants des pays tiers au territoire des États membre de l'Union européenne », précité.
[792] Article premier, a, de l'accord entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et de la confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes.
[793] Article premier, b, de l'accord précité.
[794] Article premier, c, de l'accord précité.
[795] Article 16 de l'accord, précité, « pour atteindre les objectifs visés par le présent accord, les parties contractantes prendront toutes les mesures nécessaires pour que les droits et obligations équivalents à ceux contenus dans les actes juridiques de la Communauté européenne auxquels il est fait référence trouvent application dans leurs relations. Dans la mesure où l'application du présent accord implique des notions de droit communautaire, il sera tenu compte de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice des communautés européennes antérieure à la date de sa signature. La jurisprudence postérieure à la date de la signature du présent accord sera communiquée à la Suisse ».

ressortissants suisses et aux membres de leur famille les dispositions du règlement n° 1612/68 et des autres directives relatives au droit de séjour, ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice antérieure à l'adoption de l'accord sur la libre circulation des personnes. En l'absence d'intégration de la directive 2004/38 dans l'accord sur la libre des personnes, les États membres n'ont pas l'obligation d'octroyer aux ressortissants suisses les innovations issues de ladite directive[796]. Néanmoins, lorsqu'ils ont transposé la directive, plusieurs États membres ont décidé de l'appliquer aux ressortissants suisses. Ainsi, sauf discrétion des États membres, les ressortissants suisses ne bénéficient ni des dispositions de la directives 2004/38 ni de la jurisprudence de la Cour de justice relative à cette directive.

§ III. L'entrée et le séjour des ressortissants du Royaume-Uni depuis le Brexit

La possibilité pour un État membre de se retirer volontairement de l'Union européenne a été introduite par le traité de Lisbonne. Avant le traité de Lisbonne, les traités ne prévoyaient pas cette possibilité. L'article 50 du traité sur l'Union européenne, introduit par le traité de Lisbonne dispose que « tout État membre peut décider, conformément à ses règles constitutionnelles, de se retirer de l'Union, l'État membre qui décide de se retirer notifie son intention au Conseil européen. A la lumière des orientations du Conseil européen, l'Union négocie et conclut avec cet État un accord fixant les modalités de son retrait, en tenant compte du cadre de ses relations futures avec l'Union. Cet accord est négocié conformément à l'article 218, paragraphe 3, du traité. Il est conclu au nom de l'Union par le Conseil statuant à la majorité qualifiée, après approbation du Parlement européen. Les traités cessent d'être applicables à l'État concerné à partir de la date d'entrée en vigueur de l'accord de retrait ou, à défaut, deux ans après la notification visée au paragraphe 2, sauf si le Conseil européen, en accord avec l'État membre concerné, décide à l'unanimité de proroger ce délai ».

Conformément à cette disposition, le 23 juin 2016, un référendum au Royaume-Uni s'est prononcé en faveur du retrait de cet État de l'Union. Le 29 mars 2017, le gouvernement britannique a adressé au Conseil la notification de son intention de se retirer de l'Union. Cette séparation a eu lieu en deux temps. L'accord de retrait[797] applicable à titre transitoire a été suivi d'un accord définissant les relations futures entre le Royaume-Uni et l'Union, appelé accord de

[796] DUMAS Perrine, L'accès des ressortissants de pays tiers au territoire des États membres de l'Union européenne, op cit.
[797] Accord sur le retrait du Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du nord de l'Union européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique, JOUE 2020, n° L29/7.

commerce et de coopération[798]. A compter de ce retrait, les dispositions relatives aux quatre grandes libertés de circulation (personnes, marchandises, services et capitaux) ont cessé d'être applicables au Royaume-Uni et à ses ressortissants. Ainsi, le Royaume-Uni est devenu un État tiers à l'Union. « Tout comme l'accord de retrait, l'ACC a été négocié par les européens dans l'idée, d'une part, que l'État sortant ne puisse continuer à bénéficier ou presque des mêmes avantages que lorsqu'il était un État membre de l'Union[799] » et, d'autre part, en s'attachant à protéger les normes et l'intégrité du marché intérieur et de l'Union douanière[800] ».

S'agissant des conditions d'entrée et de séjour des ressortissants britanniques dans les États membres de l'Union, cette question est régie par l'accord de retrait[801]. Cet accord ne remet pas en cause les droits acquis par les ressortissants britanniques en application des dispositions européennes relatives à la libre circulation des citoyens européens et les membres de leur famille. Toutefois, les ressortissants britanniques qui entendent entrer et séjourner sur le territoire d'un États membre de l'Union après la période transitoire devront se conformer aux conditions nouvelles. Autrement dit, en matière d'entrée et de séjour, l'accord de retrait ne prévoit de droit que pour les ressortissants des États parties qui ont déjà ou qui exercent leur liberté de circulation avant la fin de la période transitoire. Pour le reste, l'entrée et le séjour relèvent de la compétence de chaque État membre ou des dispositions communes applicables à tout ressortissant de pays tiers.

Ainsi, apparait une forme de distinction entre ces ressortissants selon la période de déplacement. En effet, les ressortissants britanniques et les membres de leur famille qui ont séjourné légalement dans un État membre d'accueil conformément au droit de l'Union ne perdent pas ce droit en raison du retrait du Royaume-Uni, ils acquièrent le droit de séjour permanent dans les conditions énoncées aux articles 16, 17 et 18 de la directive 2004/38[802]. Ils

[798] L'accord de commerce et de coopération entre l'Union européenne et le Royaume-Uni, signé le 24 décembre 2020.

[799] SAUNIER-CASSIA Emmanuelle, L'accord de commerce et de coopération entre l'Union européenne et le Royaume-Uni, RTD Euro, 2021 p. 805 ; Les orientations du Conseil européen du 23 mars 2018 « un pays non membre de l'Union, qui n'a pas à respecter les mêmes obligations qu'un État membre, ne peut avoir les mêmes droits et bénéficier des mêmes avantages qu'un État membre

[800]Ibid. p. 805.

[801] L'accord de retrait du Royaume-Uni DE Grande-Bretagne et d'Irlande du nord de l'Union européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique, JOUE, (2019/C 384I/01.

[802] Article 15 de l'accord sur le retrait du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de l'Union européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique 2019/C 384/01, « les citoyens de l'Union et les ressortissants du Royaume-Uni, ainsi que les membres de leur famille respective, qui ont séjourné légalement dans l'État d'accueil conformément au droit de l'Union pendant une période ininterrompue de cinq ans ou pendant la période indiquée à l'article 17 de la directive 2004/38/CE, acquièrent le droit de séjour de manière permanente dans l'État d'accueil dans les conditions énoncées aux article 16, 16 et 18 de la directive 2004/38/CE. Les période

bénéficient également de la définition extensive de la notion de membre de la famille telle qu'énoncée à l'article 2 de la directive 2004/38/CE[803]. En analysant de très près la formulation de l'article 9, a, ii, de l'accord de retrait, on s'aperçoit que la notion de membre de la famille des ressortissants britanniques qui ont séjourné dans un État membre est plus large que celle prévue par la directive 2004/38, puisque sont également considérées comme membres de la famille « les personnes autres que celles définies à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38/CE » dont la présence est requise par le ressortissant britannique afin de ne pas lui priver du droit de séjour qui lui a été accordé. L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité prévue à l'article 18, premier alinéa, TFUE, est également maintenue à l'égard des ressortissants britanniques[804]. Ils bénéficient du droit de séjour jusqu'à trois mois dans les États membres de l'Union[805]. Ils conservent le droit de séjourner dans l'État membre d'accueil dans les limites et conditions prévues aux articles 21, 45 ou 49, TFUE[806]. Bref, ils continuent à bénéficier des dispositions de la directive 2004/38/CE. Toutefois, l'État membre d'accueil peut exiger des ressortissants britanniques et les membres de leur famille qui résident sur son territoire, qu'ils demandent un nouveau statut de résident qui sera attestée par la délivrance d'un titre de séjour[807]. L'objet de la demande est de vérifier si l'intéressé remplit les conditions prévues par l'accord de retrait[808].

Concernant les restrictions des droits de séjour et d'entrée, une distinction fondamentale est faite selon la période de la commission des faits justifiant la restriction. En effet, lorsque le comportement du ressortissant britannique ou des membres de sa famille se produit avant la fin de la période transitoire, il est examiné conformément au chapitre VI de la directive 2004/38[809]. Autrement dit, les mesures d'ordre public ou de sécurité publique ne peuvent fonder la restriction du droit de séjour des ressortissants britanniques et les membres de leur famille que lorsqu'elles respectent le principe de proportionnalité et qu'elles sont fondées exclusivement

---

de séjour légal ou d'activité conformément au droit de l'Union avant et après la fin de la période de transition sont prises en compte dans le calcul de la période nécessaire à l'acquisition du droit de séjour permanent ».

[803] Article,a, i, ii, de l'accord de retrait, précité, on entend par « membre de la famille, les personnes suivantes, quelle que soit leur nationalité, qui relèvent du champ d'application personnel prévu à l'article 10 du présent accord : les membres de la famille de citoyen de l'Union ou de ressortissants du Royaume-Uni tels que définis à l'article 2, point 2, de la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil ; les personnes autres que celles définies à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/38/CE dont la présence est requise par des citoyens de l'Union ou des ressortissants du Royaume-Uni afin de ne pas priver ces citoyens de l'Union ou ressortissants de Royaume-Uni d'un droit de séjour accordé par la présente partie ».

[804] Article 12 de l'accord, précité.

[805] Article 13, paragraphe 1 du traité de retrait, précité.

[806] Article 13, précité.

[807] Article 18, de l'accord précité.

[808] Article, paragraphe 2, a, de l'accord de retrait précité.

[809] Article 20, paragraphe 1, de l'accord de retrait, précité.

sur le comportement personnel de l'intéressé. En outre, l'existence d'une condamnation pénale antérieure ne peut à elle seule suffire à motiver de telles mesures[810].

En revanche, lorsque le comportement délictueux se produit après la fin de la période de transition, l'atteinte possible à l'ordre public est analysée non pas conformément à la directive 2004/38/CE, mais conformément à la législation nationale de l'État membre concerné. Ainsi, le même comportement est susceptible d'être sanctionné différemment selon le moment de la commission des faits.

Enfin, nous savons que conformément à l'article 27 de la directive 2004/38/CE, les raisons économiques ne peuvent pas constituer un fondement de restriction de la liberté de circulation et de séjour des citoyens de l'Union ou des membres de leur famille. Le renvoi effectué par l'article 20 de l'accord de retrait à la législation nationale pour les restrictions de la liberté circulation autorise à penser que les États membres pourront, après la période transitoire, opposer ce motif aux ressortissants britanniques et aux membres de leur famille.

Ainsi, on aura compris que malgré le retrait du Royaume-Uni, les ressortissants de cet ancien État membre ne perdent pas, en matière d'entrée et de séjour dans les États membre de l'Union, tous les droits acquis en application du droit de l'Union.

Les accords que nous venons d'examiner accordent des privilèges en matière d'entrée et de séjour dans les États membres de l'Union à des ressortissants de pays tiers. D'autres accords subordonnent le bénéfice des privilèges à la participation des États tiers à la gestion des flux migratoires

Section II. La participation à la gestion des flux migratoires : une conditionnalité de l'immigration légale

Dès l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, l'Union européenne a insisté sur la nécessité de développer une dimension extérieure de la politique migratoire, en considérant que la coopération avec les pays d'origine et de transit pouvait constituer un instrument essentiel pour gérer efficacement les flux migratoires[811]. En 1999, le Conseil européen de Tempère considérait que « l'Union avait besoin d'une approche globale des questions migratoires qui aborde les aspects politiques, les droits de l'homme et les questions de développement dans les pays tiers

[810] Article 27, paragraphe 1 et 2 de la directive 2004/38/CE.
[811] Cf, les articles 61 à 69 TCE.

et régions d'origine et de transit[812] ». En matière de coopération avec les pays tiers sur les questions migratoires, un accent particulier était mis sur la réadmission et le contrôle des frontières extérieures. Ce qui signifie que l'attention n'était portée que sur les préoccupations de l'Union et de ses États membres et, celles des États tiers partenaires ne rentraient pas véritablement en ligne de compte. Le constat de l'insuffisance des résultats obtenus de la collaboration des États tiers en la matière a motivé le changement de stratégie où les aspirations des pays d'origine et de transit devraient être effectivement prises en compte. Ce changement de stratégie a été accéléré par des tragédies humaines lors du franchissement illégal des frontières extérieures de l'Union. Réunis à Hampton Court le 27 octobre 2005, les chefs d'États ou de gouvernement de l'Union ont invité à adopter une « approche globale des migrations ». « L'approche globale » vise à aborder le phénomène migratoire dans toutes ses dimensions : la lutte contre l'immigration clandestine, la gestion de l'immigration légale et l'établissement d'un lien entre l'immigration et le développement.

Cet appel a été suivi d'une Communication de la Commission en date du 30 novembre 2005[813].

La communication sur l'approche globale de la question des migrations déclarait qu'« après que certaines conditions auront été satisfaites, telles que la coopération en matière d'immigration clandestine et la conclusion d'accords de réadmission, l'objectif pourrait être d'établir en concertation avec un certain nombre de pays intéressés des programmes de mobilité qui permettraient à leurs ressortissants de bénéficier d'un meilleur accès à l'Union ». Il s'agissait concrètement de reconnaitre une certaine facilité d'accès et de séjour aux étrangers dont le pays d'origine accepte de participer à la gestion des flux migratoires soit en évitant l'arrivée massive des étrangers dans l'Union, soit en acceptant de réadmettre les irréguliers.

Du point de vu des compétences, nous l'avons déjà souligné, le traité d'Amsterdam a attribué compétence à l'Union pour agir dans les domaines migratoires non seulement sur le plan interne, mais aussi sur le plan externe. Le traité de Lisbonne a accentué la compétence de

[812] Conseil européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, conclusion de la présidence, point 11, « l'Union a besoin d'une approche globale des migration des migrations qui aborde des aspect politiques, les droits de l'homme et les questions de développement dans les pays et régions d'origine et de transit. Cela exige de lutter contre la pauvreté, d'améliorer les conditions de vie et les possibilités d'emploi, de prévenir les conflits, de consolider les États démocratiques et de veiller au respect des droits de l'homme, notamment les droits des minorités, des femmes et des enfants. A cet effet, l'Union et les États membres sont invités à contribuer, dans les limites de leurs compétences respectives en vertu des traités, à l'amélioration de la cohérence des politiques intérieures et extérieures de l'Union. Le partenariat avec les pays tiers concernés constituera aussi un élément déterminant du succès de cette politique, dans le but de favoriser le codéveloppement ».

[813] Communication de la Commission européenne du 30 novembre 2005 : priorités d'action en vue de relever les défis liés aux migrations- première étape du processus de suivi de Hampton Court, COM/2005/0621, final.

l'Union en la matière en lui reconnaissant une compétence externe explicite pour conclure des accords en matière de réadmission[814], sans pour autant dessaisir les États membres de leur compétence pour gérer les questions migratoires. Ainsi, dans l'Union, la question de gestion des flux migratoires relève tant de la compétence des États membres que celle de l'Union elle-même. Tant l'Union que ses États membres sont convaincus qu'une gestion efficace des flux migratoires passe nécessairement par une collaboration avec les pays tiers d'origine et de transit. C'est dans ce contexte que la question migratoire a été progressivement intégrée dans les relations extérieures de l'Union avec des pays tiers. A côté de l'action commune, certains États membres ont aussi développé une dimension externe de leurs politiques nationales d'immigration en signant des accords bilatéraux avec des pays tiers partenaires. L'analyse des accords conclus par l'Union et par ses États membres démontrent une conditionnalité de l'immigration légale à la gestion des flux migratoires par les États tiers (paragraphe I).

A côté de cette conditionnalité conventionnelle, le nouvel article 25 bis du code des visas a introduit une nouvelle conditionnalité (paragraphe II).

En analysant le contenu des accords bilatéraux et multilatéraux conditionnant l'immigration légale à la participation des États tiers à la gestion des flux migratoires, on pourrait être amené à se demander si ces accords ouvrent réellement des voies migratoires au profit des ressortissants des pays tiers partenaires (paragraphe III).

Enfin, malgré la volonté affichée de l'Union et de ses États membres de lutter contre l'immigration clandestine et le séjour irrégulier, il convient de noter que ces phénomènes résultent de l'incohérence des pratiques nationales et européennes en la matière (paragraphe IV).

§ I. La conditionnalité de l'immigration légale prévue par des accords bilatéraux et multilatéraux

La gestion des frontières extérieures et la lutte contre le séjour irrégulier des étrangers ont toujours été une priorité majeure pour l'Union européenne et ses États membres[815]. Le retour des étrangers en situation irrégulière est présenté comme faisant partie intégrante de la politique

[814] Article 79, paragraphe 3 TFUE.
[815]Cf, la conclusion du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, le Conseil des affaires générales du 18 novembre 2002.

d'immigration et d'asile[816]. Selon la Commission « la politique en matière de retour constitue un complément indispensable à la politique globale d'immigration et d'asile[817] ».

Dans un premier temps, l'Union européenne entendait développer un dialogue approfondi sur les questions migratoires avec les pays tiers de son voisinage avec lesquels elle avait déjà établi des relations de coopération et qui apparaissaient comme des pays cibles[818]. Elle attendait de ces pays qu'ils respectent leur obligation de réadmission à l'égard de leurs nationaux et qu'ils acceptent de conclure des accords de réadmission incluant la réadmission des apatrides et des étrangers qui auraient transité par leur territoire avant de rejoindre l'Union.

Face à la réticence de certains États tiers de conclure de tels accords, l'Union et certains de ses États membres ont recouru à des mesures incitatives, en conditionnant le bénéfice de certains avantages à la participation des États tiers à la gestion des flux migratoires. L'Union qui recourait aux clauses de conditionnalité dans ses rapports avec les tiers afin d'imposer le respect de certains principes fondamentaux (A)[819], semble faire de la participation à la gestion des flux migratoires une conditionnalité de l'immigration légale (B).

A. Le rôle initial des clauses de conditionnalité

Comme son nom l'indique, le principe de conditionnalité subordonne l'octroi de concessions au respect de certaines normes ou à l'introduction de réformes ou de mesures spécifiques[820]. L'Union européenne a réalisé que les accords internationaux qu'elle concluait avec les États tiers pouvaient constituer des instruments, comme a pu écrire le professeur Rideau, susceptibles « d'accompagner l'évolution[821] » d'États associés vers le respect des droits de l'homme, de la démocratie, de l'État de droit et vers la mise en place d'une économie de marché[822]. Les clauses

[816] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement, relative à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, COM (2002) 564, final.
[817] Communication précitée.
[818] Le Conseil affaires générale du 18 novembre 2002 en a identifié 9 : Albanie, Chine, République fédérale de Yougoslavie, Maroc, Russie, Tunisie ? Ukraine, Lybie et Turquie.
[819]Cf, RIDEAU Joël, Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme, Rec cours la Haye 1997, t. 265, 1999 ; TCHAKALOFF Christophe, Mess clauses de conditionnalité, droit de l'homme dans les accords d'association avec la Communauté européenne, essai de clarification, Bruylant, 1999, p. 139.
[820] ABDEREMANE Karine, La conditionnalité migratoire, in FINES Francette, RASSU Federica, La conditionnalité dans les relations extérieures de l'Union européenne, Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, Université de Poitiers, février 2022, p. 43 et 44, « la conditionnalité est un terme fréquemment utilisé pour désigner les conditions qui encadrent ou suspendent l'octroi d'un avantage ; souvent financier, et dont l'ensemble forme un cadre (unilatéral ou négocié) jugé à l'efficacité (au regard des objectifs fixés) voire à la compatibilité de l'aide avec l'ordre juridique et/ou l'ordre financier émetteur ».
[821] RIDEAU Joël, Les clauses de conditionnalité, droit de l'homme dans les accords d'association avec la communauté européenne, op cit. p. 139-196.
[822] COTEMBERT Sandrine, op cit.

de conditionnalité avaient ainsi initialement pour but de subordonner les relations de l'Union avec les pays tiers au respect de certains principes.

Ces clauses de conditionnalité ont été utilisées par l'Union pour la première fois en 1989, dans le cadre de ses relations avec les pays ACP[823]. L'objectif était de conditionner l'aide de la communauté au respect de certains principes, et de suspendre la coopération en cas de violation desdits principes.

Progressivement, la conditionnalité se généralisa dans tous les accords internationaux signés entre l'Union européenne et les États tiers.

Lors du Conseil européen de Copenhague des 21 et 22 juin 1993, les chefs d'États et de gouvernement établirent les différentes conditions relatives à l'adhésion d'un pays candidat à l'Union[824]. Celles-ci portent sur la mise en place d'institution stables garantissant l'État de droit, la démocratie, les droits de l'homme et le respect des minorités et leur protection, d'une économie de marché viable ainsi que la capacité de faire face à la pression concurrentielle et aux forces du marché intérieur de l'Union, la capacité d'assumer les obligation d'adhésion[825]. Ces critères d'adhésion ont été renforcés lors du Conseil européen de Madrid de 1995[826]. Dès lors, on comprend que les clauses de conditionnalité avaient, d'une part, pour objet de préparer les États tiers susceptibles de devenir membres de l'Union et, d'autre part, d'ériger le respect de certains droits en élément essentiel de sa politique extérieure. Dans le Contexte de l'approche régionale vis-à-vis des pays du sud-est de l'Europe, le Conseil, a établi des conditions politiques et économiques[827] aux relations entre l'Union et ces pays.

Pour les pays susceptibles de devenir membres de l'Union, l'ouverture des négociations d'adhésion est subordonnée à l'accomplissement des critères politiques. L'article 21 du règlement 1085/2006 du Conseil établissant un instrument d'aide de préadhésion prévoit la suspension de l'aide allouée par l'Union en vue de préparer l'adhésion en cas de non-respect des principes précités[828]. Cet article prévoit que « l'aide de la Communauté en faveur de l'Albanie, de la Bosnie-Herzégovine, de la Croatie, de l'ancienne république Yougoslave, de

[823] Quantième convention ACP-CEE, signée à Lomé le 15 décembre 1989.
[824] L'adhésion est soumise à certains critères. Ces critères sont appelés critères de Copenhague. Ces critère ont été adoptés en 1993 et renforcé en 1995 à l'occasion du Conseil européen de Madrid.
[825] Conseil européen de Copenhague des 21 et 22 juin 1993.
[826] Conseil européen de Madrid des 15 et 16 décembre 1995.
[827] Conclusion du Conseil affaires générales du 29 avril 1997.
[828] Article 21 du 1085/2006 « le respect des principes démocratiques et de l'État de droit, ainsi que le respect des droits de l'homme et des minorités, et des libertés fondamentales constituent un élément essentiel pour l'application du présent règlement et l'octroi de l'aide au titre de celui-ci ».

Macédoine, du Monténégro et de la Serbie y compris le Kosovo, est aussi soumise aux conditions définies par le Conseil dans ses conclusions du 29 avril 1997, notamment en ce qui concerne l'engagement des bénéficiaires à procéder à des réformes démocratiques, économiques et institutionnelles ». En ce sens, on comprend que la conditionnalité est consubstantielle à la logique normative de l'Union européenne puisqu'elle s'érige en instrument visant à généraliser ses normes et ses valeurs dans les États tiers susceptibles de la rejoindre[829].

L'Union recourt également aux clauses de conditionnalité dans ses accords de coopération[830], d'association, notamment dans ses relations euro-méditerranéenne[831] mais aussi dans ses accords de partenariat. A titre d'exemple, l'article 2 de l'accord liant l'Union européenne et la Russie dispose que *«* le respect des principes démocratiques et des droits de l'homme consacrés notamment par l'acte final d'Helsinki et la charte de Paris pour une nouvelle Europe inspire les politiques intérieures et extérieures des parties et constitue un élément essentiel du partenariat et du présent accord ».

« La conditionnalité peut être conçue différemment et ne pas avoir la même portée. De nombreux accords conclus par l'Union européenne ont fait apparaitre de nouvelles manifestations de la conditionnalité dans des domaines aussi variés que la lutte contre la prolifération des armes nucléaires, l'acceptation du statut de la Cour pénale internationale, la bonne gouvernance, la protection de l'environnement, la lutte contre la drogue »[832].

La clause de conditionnalité a connu une évolution majeure en 2007, avec l'apparition des partenariats pour la mobilité. En effet, en 2007, une nouvelle terminologie a fait son apparition dans le jargon européen « partenariat pour la mobilité »[833]. Le partenariat pour la mobilité « tend à trouver des approches innovantes permettant d'améliorer la gestion des déplacement légaux de personnes entre l'Union et les pays tiers qui sont disposés à faire des efforts soutenus pour lutter contre les migrations clandestines »[834]. En effet, il s'agit de reconnaitre un certain nombre d'avantages aux ressortissants des pays tiers qui acceptent de participer à la gestion des flux migratoires. Quatre piliers forment ce type de partenariat : l'organisation et la facilitation de l'immigration légale et de la mobilité ; la prévention et la réduction de l'immigration clandestine

[829] HELLY Damien, PETITEVILLE Franc, L'Union européenne, acteur international », harmattan 2005, p. 270.
[830] SCHNEIDER, Au cœur de la coopération internationale de l'Union européenne : quelle stratégie à venir pour la conditionnalité politique in droit internationale et coopération internationale, hommage à Jean-André Touscoz édition Europe, 2007, p. 750-778.
[831] ROLLINDE, Le partenariat euro-méditerranéenne et les droits fondamentaux », édition karthala, 2005.
[832] COTEMBERT Sandrine, Turquie et l'Union européenne : état des lieux, op cit, p. 41 et 42.
[833] COM (2007) 248, final du 16 mai 2007.
[834] COM (2007) 248, final du 16 mai 2007, précitée.

et de la traite des êtres humains, la promotion de la protection internationale et le renforcement de la dimension extérieure de la politique d'asile et la maximisation de l'impact des migrations et la mobilité sur le développement[835]. Dans le cadre de cette étude, nous nous limiterons aux aspects migratoires du partenariat pour la mobilité. Il s'agit concrètement de démontrer que la gestion des frontières extérieures de l'Union par des États tiers et l'acceptation des accords de réadmission sont devenues un fondement de l'immigration légale. Autrement dit, la signature d'accord de réadmission est désormais considérée comme une conditionnalité de l'immigration légale et de facilitation de l'octroi de visa.

B. La transposition des clauses de conditionnalité en matière migratoire

Comme précédemment évoqué, la transposition des clauses de conditionnalité en matière migratoire est non seulement le fait de l'Union, mais aussi celui de ses États membres. En la matière, l'Union et ses États membres agissent de façon parallèle. Les États membres recourent à des accords bilatéraux (1), l'Union utilise un instrument relativement récent : « les accords de partenariat pour la mobilité » (2).

1) Les accords bilatéraux visant à conditionner l'immigration légale à la gestion des flux migratoires

Les État membres de l'Union confrontés au phénomène de l'immigration illégale cherchaient, dès les années 1990, un mécanisme qui leur permette de gérer cette question, en accordant beaucoup d'importance à la coopération des pays tiers[836]. A l'origine, les accords bilatéraux entre les États membres de l'Union et les pays tiers en matière migratoire étaient focalisés sur la réadmission des personnes en séjour irréguliers. Partant du constat de l'échec de la stratégie exclusivement basée sur le rapatriement des étrangers en situation irrégulière, des accords bilatéraux de réadmission ont été conclus entre certains États membres de l'Union et ces pays tiers afin d'inciter les États récalcitrants à coopérer en la matière. A Titre d'exemple, on peut citer l'accord de réadmission Espagne- Maroc[837], les accords de réadmission entre la France et plusieurs pays d'Afrique subsaharienne[838]. Comme le soulignait Garcia Andrade « sur le fond,

[835] Communication de la Commission au Parlement, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions, approche globale de la question des migrations et de la mobilité, COM (2011), 743, final.
[836] ANDRADE Paula Garcia, DI PASCALE Alexia et SARRAJ Asma, Dimensions externes du droit et de la politique d'immigration et d'asile de l'Union européenne, in DE BRUYCKER, Bruylant 2011, p. 254.
[837] BOE, n° 100, du 25 avril 1992.
[838] Ces accords de réadmission ont été signés avec le Burkina-Faso, la Côte-D'ivoire, le Gabon, la Mauritanie, le Congo, le Niger…

la majorité des accords conclus par l'Espagne et la France jusqu'en 2005-2006, réglaient des aspects sécuritaires de l'immigration et, formellement, ces États membres mettaient en place une approche sectorielle en souscrivant des accords internationaux distincts afin de gérer les divers aspects du phénomène migratoire ». Néanmoins, on constate que les accords postérieurs à 2006 intègrent dans le même instrument les divers volets du phénomène migratoire : le traitement de l'immigration légale, la réadmission, le contrôle aux frontières et les questions de développement. Ainsi, on assiste à une forme de « *conditionnalisation* » de l'immigration légale à la participation des États tiers à la gestion des flux migratoires. Il convient de noter également que ces accords récents visent principalement les États africains[839]. La conditionnalité est inspirée de l'approche globale de la politique migratoire de l'Union européenne. Elle résulte du fait que les accords bilatéraux ne reconnaissent des avantages migratoires que lorsque l'État tiers partenaires accepte de participer à la gestion des flux migratoires.

En France, ces accords sont appelés « accords de gestion concertés des flux migratoires ». Les accords signés entre la France et les pays tiers africains sont basés sur trois axes : l'organisation de l'immigration légale, telles que l'immigration de travail, l'accueil et le séjour des étudiants… ; la lutte contre l'immigration irrégulière, telles que la réadmission, les contrôles aux frontières extérieures, la lutte contre la fraude documentaire ; et le développement et l'aide au développement. Ainsi, les efforts des États tiers partenaires en matière de gestion des flux migratoires deviennent une condition de l'immigration légale. L'enjeu pour les États membres de l'Union est d'obtenir des pays tiers partenaires, la signature d'accords de réadmission qui faciliteraient la réadmission des étrangers en situation irrégulière et la coopération en matière de contrôle aux frontières qui empêcherait l'arrivée des clandestins sur le territoire européen. S'agissant des pays tiers partenaires, l'enjeu est l'obtention des facilités en matière de visa et l'immigration légale.

Ces accords bilatéraux ont principalement vocation à inciter les États tiers à s'engager dans le contrôle des flux migratoires en échange de possibilités de migrations légale. Le fait de traiter dans le même accord des questions relatives à la migration légale et celles relatives à la lutte contre l'immigration irrégulière n'est pas anodin. En matière d'immigration légale, les États européens s'engagent à encourager l'admission des ressortissants des États tiers partenaires et

[839] Les accords postérieurs à 2006, relatifs aux questions migratoires, signés par les principaux États d'immigration de l'Union, visent principalement les États africains : accords Espagne-Gambie du 9 octobre 2006, Espagne-Guinée du 9 octobre 2006, Espagne-Cap-Vert du 20 mars 2007, Espagne-Mali du 23 janvier 2007, Espagne-Niger du 5 mai 2008, ou encore, France-Gabon du 05 juillet 2007, France-Congo du 25 octobre 2007, France-Benin du 28 novembre 2007, France-Sénégal du 23 septembre 2006 et du 25 février 2008.

ces derniers s'engagent à réadmettre les illégaux. Les parties échangent les informations sur la situation de leur marché de l'emploi et également sur des métiers affectés par des difficultés de recrutement. Toutefois, si tous les États membres d'immigration, notamment la France, l'Espagne et l'Italie, recourent aux accords bilatéraux conditionnant l'immigration légale à la participation des partenaires à la gestion des flux migratoires, la stratégie adoptée diffère selon les États.

En effet, alors que les accords bilatéraux conclus par l'Espagne et l'Italie, en matière de gestion des flux migratoires, prévoient l'introduction de nouveaux ressortissants des pays tiers concernés dans leur marché de travail, la France a préféré accorder plus d'importance à la régularisation des ressortissants des pays tiers partenaires déjà présents sur le territoire français. Sur ce point, les accords bilatéraux conclus par l'Espagne prévoient la possibilité pour les ressortissants des pays tiers partenaires de participer au contingent des travailleurs étrangers établis chaque année par le gouvernement espagnol. « Comme le précise la législation espagnole sur les étrangers, un accès préférentiel au contingent est prévu pour les ressortissants des pays qui auraient signé un accord de réglementation des flux migratoires avec l'Espagne[840] ». S'agissant de l'Italie, la législation prévoit explicitement que « des quotas préférentiels sont attribués aux États qui ont conclu des accords visant à la réglementation des flux d'entrée et des procédures de réadmission[841] ». Il en résulte que des restrictions peuvent être opposées aux ressortissants des pays tiers qui ne participent pas efficacement à la lutte contre l'immigration irrégulière. Il résulte de l'analyse des accords conclus entre l'Italie et les pays d'Afrique du nord que les ressortissants de ces pays bénéficient de certains avantages en matière migratoire lorsqu'ils s'engagent à collaborer de manière efficace contre l'immigration irrégulière. Toutefois, il convient de noter que, contrairement à la France et à l'Espagne, l'Italie ne traite pas dans le même accord les aspects relatifs à la gestion des flux migratoires et ceux relatifs à l'immigration légale. Autrement dit, la gestion des flux migratoires et l'immigration légale sont traitées dans des accords bilatéraux distincts, sans oublier que les seconds sont conditionnés aux premiers.

Concernant la France, en contrepartie de la gestion des flux migratoires, les accords de « gestion concertée des flux migratoires » prévoient l'accès des ressortissants des pays tiers partenaires au marché de l'emploi français. Cette approche est construite sur le principe « d'une immigration choisie » et vise principalement les ressortissants des pays tiers partenaires en

[840] Article 39. 3 de la LOEX (loi 2/2009). Références ?
[841] Article 23 du texte unique.

situation illégale sur le territoire français[842] et subsidiairement ceux en provenance du pays d'origine.

Concernant les ressortissants des pays tiers partenaires en situation irrégulière, les accords prévoient des possibilités d'admission légale à des fins d'emploi plus favorables que le droit commun. En effet, si les ressortissants des pays tiers exerçant certains métiers connaissant des difficultés de recrutement peuvent prétendre à leur régularisation sur le fondement du droit commun, les ressortissants des pays tiers partenaires bénéficient de dispositions plus favorables en matière d'accès au marché de l'emploi. Par exemple, alors que l'arrêté du 18 janvier 2008 établit une liste de 30 métiers pour lesquels les étrangers peuvent prétendre à la régularisation, l'annexe VI de l'accord entre la France et le Sénégal, relatif à la gestion concertée des flux migratoires, inclus des métiers qui ne sont pas prévus par la liste des métiers de droit commun. Ainsi, l'importance des accords pour les ressortissants sénégalais réside dans l'élargissement des opportunités d'emploi.

Outre, les possibilités de régularisations, les accords de gestion concertée des flux migratoires prévoient des quotas de nouvelles arrivées des ressortissants des pays tiers partenaires. Seuls les pays signataires des accords bénéficient de quotas en matière d'immigration légale. Cette approche se traduit par le recrutement à l'étranger des jeunes professionnels, des travailleurs salariés, saisonniers ou temporaires. Les cartes « jeunes professionnels » concernent des jeunes nouvellement diplômés ou entrés récemment dans la vie active dans le pays d'origine. *«* Il leur est proposé, selon le principe de réciprocité et dans la limite d'un contingent annuel préalablement défini, un accès au séjour qui leur permet d'acquérir une expérience et un savoir susceptible d'améliorer leurs perspectives de carrière dans le pays d'origine. Les personnes concernées par ces cartes doivent formuler leur demande alors qu'elles résident dans leurs pays d'origine[843] ».

Il convient également de noter que si les accords de gestion concertée des flux migratoires prévoient généralement des quotas d'admission au séjour en faveur des ressortissants des pays tiers partenaires, rien n'oblige la France à atteindre les quotas préalablement fixés[844]. L'impact de ces accords semble ainsi relatif. Il convient également de souligner un manque de précision

[842] Contrairement à l'Italie et à l'Espagne dont la stratégie consiste à introduire de nouveaux migrants en contrepartie de la participation à la gestion des flux migratoires, la stratégie française consiste à reconnaitre un droit de séjour et de travail aux ressortissants des pays tiers déjà présents en France.
[843] ANDRADE Paula Garcia, DI PASCALE Alexia et SARRAJ Asma, Dimensions externes du droit et de la politique d'immigration et d'asile de l'Union européenne, op cit, p. 284.
[844] Rapport n° 129 (2008-2009), relatif au projet de loi de ratification des accords bilatéraux de gestion concertée des flux migratoires, http://www.senat.fr/rap/108-129/108-1292.html.

des accords concernant les voies de l'immigration légale ; on ne sait pas toujours s'il s'agit d'une procédure de régularisation ou d'une procédure d'introduction de la main d'œuvre en provenance du pays d'origine.

Enfin, lorsque la demande de régularisation du ressortissant de pays tiers partenaire en situation irrégulière en France est fondée sur un accord de gestion concertée des flux migratoires, le pouvoir d'appréciation du préfet[845] se trouve considérable limité.

A côté des actions menées par les États membres, l'Union européenne s'est efforcée de développer une action externe européenne à travers les « partenariats pour la mobilité ».

2) De la conditionnalité politique à la conditionnalité migratoire : le partenariat pour la mobilité

Le « partenariat pour la mobilité » est une composante de la dimension extérieure de la politique européenne d'immigration. Ce « partenariat pour la mobilité » trouve son origine dans l'approche globale de la politique européenne d'immigration définie par le Conseil européen. Comme son nom l'indique, l'approche globale consiste à traiter l'ensemble les différents volets du phénomène migratoire : la migration légale et la mobilité, la lutte contre l'immigration illégale et le lien entre migration et développement. Ces trois volets de l'approche globale ont été repris dans le « partenariat pour la mobilité ». L'idée de mettre en place une approche globale de la politique d'immigration est née du constat de l'échec d'une politique axée sur le renforcement des frontières et la lutte contre l'immigration clandestine. En effet, alors que le traité de Maastricht n'octroyait à l'Union aucune compétence explicite dans ce domaine, le Conseil européen d'Édinbourg des 11 et 12 décembre 1992 avait fait le lien entre la lutte contre l'immigration clandestine et la conclusion d'accords de réadmission, et invitait ainsi les États membres à conclure de tels accords avec des pays tiers[846]. Une recommandation du 24 juillet 1995 définissait les principes directeurs à suivre dans la mise en œuvre des accords bilatéraux de réadmission[847]. Par ailleurs « la question de la réadmission est abordée dans le cadre élargi des relations extérieures de l'Union depuis fin 1995, période à laquelle le Conseil a établi un

[845] Sur ce point, voir la partie consacrée à la régularisation des étrangers en situation irrégulière.
[846] Conseil européen d'Édimbourg des 11 et 12 décembre 1992, conclusion de la présidence, déclaration sur les aspects régissant les aspects extérieurs de la politique migratoire « ils renforceront leurs efforts communs de lutte contre l'immigration clandestine ; le cas échéant ils s'emploieront à favoriser la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux avec les pays d'origine ou de transit afin d'assurer que les immigrés clandestins puissent être reconduits dans leur pays d'origine, la coopération dans ce domaine étant étendue à d'autres États sur la base de la relation de bon voisinage »
[847] Recommandation du 24 juillet 1995 concernant les principes directeurs à suivre lors de l'élaboration de protocole sur la mise en œuvre d'accords de réadmission.

lien entre le rapatriement de personnes qui se trouvent en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre et la conclusion d'accords d'association et de coopération. Concrètement, il s'agissait d'inclure des clauses de réadmission dans les accords d'association et de coopération conclus entre l'Union et les pays tiers. Depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, outre les clauses de réadmission, l'Union européenne est compétente pour conclure de véritables accords de réadmission avec les pays tiers, et ce conformément à l'article 63, paragraphe 3 dudit traité[848]. A côté des accords de réadmission qui visent à faciliter l'éloignement des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire de l'Union, un accent particulier a été mis sur le volet sécuritaire, qui est centré sur l'adoption de mesures de contrôle des frontières. Ainsi, à l'instar des actions intérieures de lutte contre l'immigration irrégulière, l'Union met à la charge des États tiers le contrôle de ses frontières extérieures[849] à travers des coopérations avec ces pays. Cette stratégie était exclusivement axée sur les intérêts de l'Union à savoir le renforcement des contrôles aux frontières et la lutte contre le séjour irrégulier. La « conditionnalité » de l'immigration légale en droit de l'Union européenne n'est apparue que progressivement. En effet, si l'idée de la contrepartie existait dans les accords de l'Union avec les pays tiers, notamment ses voisins, cette contrepartie n'était nullement migratoire. A l'origine on parlait de « conditionnalité politique ». Cette conditionnalité politique est définie comme « la subordination de l'engagement ou de la poursuite d'une coopération avec un État tiers, ou encore l'acceptation de sa participation à une organisation, au respect par ce dernier d'un certain nombre de conditions politiques[850] ». Ce concept de conditionnalité a été utilisé par l'Union afin de s'assurer que les pays tiers prennent activement part à la gestion des flux migratoires en facilitant, d'une part, l'éloignement des étrangers en situation irrégulière et, d'autre part, la prévention de l'immigration irrégulière. Il s'agissait, de faciliter le retour des irréguliers et de bloquer dans les pays d'origine ou de transit les étrangers qui ne remplissent pas les conditions nécessaires pour voyager. C'est ce que Ndeye Dieynaba Ndiaye a appelé « l'externalisation des contrôles migratoires[851] ». Dans un premier temps, c'est la poursuite de la coopération avec les pays tiers qui était subordonnée à la participation à la gestion des flux migratoire. C'est dans ce cadre que des clauses de réadmission ont été insérées dans des accords de coopération et

[848] Article 63, paragraphe 3, b du traité d'Amsterdam.
[849]Cf, PAPINOT Camille, La répartition des migrants et la solidarité entre les États membres, in CARABOT BENLOLO Myriam, (dir), L'Union européenne et migrations, Bruylant, 2020, p. 239-240.
[850] SCHNEIDER Catherine et TUCNY Edwige, Réflexion sur la conditionnalité politique appliquée à l'élargissement de l'Union européenne aux pays d'Europe centrale et orientale », revue d'études comparatives Est-Ouest, 2002, p. 11-44.
[851] NDEYE Dieynaba Ndiaye L'implication des pays tiers dans la lutte de l'Union européenne contre l'immigration irrégulière, revue études internationales, volume 49, numéro 2, printemps 2018, p. 317-353.

d'association entre l'Union et des pays tiers. Par exemple, l'article 13 de l'accord de Cotonou prévoyait la réadmission des étrangers en situation irrégulière dans les États membres[852]. Le sommet de Séville préconisait l'intégration de la politique d'immigration dans les relations de l'Union avec des pays tiers en soulignant, d'une part, qu'il importait d'assurer la coopération des pays d'origine et de transit en matière de gestion conjointe des frontières « ainsi qu'en matière de réadmission et, en considérant qu'une coopération insuffisante de la part d'un pays tiers pourrait rendre plus difficile l'approfondissement des relations entre l'Union et le pays tiers concerné[853]. Pour déterminer la coopération des pays tiers en la matière, le Conseil préconisait de procéder à une évaluation systématique de l'attitude de chaque partenaire en matière de gestion des flux migratoire. Ainsi, on voit bien que l'objectif était de subordonner, de conditionner les relations de l'Union avec les pays tiers à « l'implication de ces derniers à la gestion des flux migratoires ». L'obtention d'avantages tels que l'aide au développement ou la coopération économique était ainsi subordonnée à la gestion des flux migratoires.

« L'implication des pays tiers dans la gestion des flux migratoires » nécessite une réforme du cadre normatif des pays tiers concernés et est susceptible d'avoir des incidences juridiques sur les droits fondamentaux des candidats à l'émigration[854].

Il y a eu un changement de cap avec les partenariats pour la mobilité ; on passe d'une conditionnalité politique à une conditionnalité migratoire[855]. On retrouve l'idée de ce partenariat dans une « initiative franco-allemande pour une nouvelle politique d'immigration », adoptée lors d'une réunion du G6 en octobre 2006 et promue par la présidence allemande de 2007. L'initiative résulte du constat d'une croissance des flux migratoires vers l'Europe, malgré l'existence de la conditionnalité politique dans les accords postérieurs. Il s'agit ainsi de substituer, dans les accords de l'Union avec les pays tiers, une conditionnalité migratoire à la conditionnalité politique. La possibilité d'immigration légale est conçue comme une contrepartie de la coopération des pays tiers dans la gestion des flux migratoires. Ce partenariat a été conçu pour assurer une coopération efficace des pays d'origine et de transit. L'idée consiste à octroyer aux ressortissants des pays tiers qui participent à la gestion des flux

[852] Article 13 de l'accord de partenariat entre les membres du groupe des États d'Afrique, des Caraïbes et du pacifique, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, signé à Cotonou le 23 juin 2000.
[853] Conseil européen de Séville du 21 et 22 juin 2002.
[854] NDEYE Dieyneba Ndiaye L'implication des pays tiers dans la lutte de l'Union européenne contre l'immigration irrégulière », op cit.
[855] BURATTI Théo, L'externalisation des frontières de l'Union européenne : enjeux et perspectives, www.pourlasolidarité.eu.

migratoire une certaine mobilité vers l'Union, à travers la facilitation de la délivrance des visas pour certaines catégories de personnes ou à travers des programmes de migration légale. Il s'agit de combattre l'immigration irrégulière par la migration légale[856]. Le terme de conditionnalité résulte d'une communication de la Commission sur l'approche globale de la question des migrations[857] qui considère que : « après que certaines condition auront été satisfaites, telles que la coopération en matière d'immigration clandestine et la conclusion d'accord de réadmission, l'objectif pourrait être d'établir en concertation avec un certain nombre de pays tiers intéressés des programmes de mobilité qui permettraient à leurs ressortissants de bénéficier d'un meilleur accès à l'UE ». Cette approche a été encouragée par le Conseil qui a invité la Commission à présenter des propositions « sur la manière d'améliorer l'organisation des différentes formes de circulation légale entre l'Union et les pays tiers »[858].

Le partenariat pour la mobilité peut être perçu comme un engagement politique qui tend à atteindre des objectifs définis en commun entre l'Union européenne et des pays tiers, une feuille de route portant à la fois sur la lutte contre l'immigration clandestine et les possibilités de migration légale. Les déclarations conjointes établissant un partenariat pour la mobilité doivent aboutir à la signature de deux types d'accords : un accord sur la gestion des flux migratoires (accord de réadmission, de surveillance des frontières extérieures) et un accord relatif à la migration légale (accord de facilitation des formalités des visas, de la migration circulaires etc). Le Conseil recommande que ces deux accords entrent en vigueur à la même date, ce qui signifie que l'entrée en vigueur de l'un est conditionnée à celle de l'autre.

Les éléments du partenariat pour la mobilité ont été définis par le Conseil du 18 juin 2007[859] ; il est notamment affirmé qu'« une approche générale, combine des mesures destinées à faciliter les possibilités de migration légale et des mesures visant à réduire l'immigration clandestine. Cette stratégie pourrait notamment s'attacher à promouvoir une coopération soutenue avec les pays tiers situés sur les routes migratoires à destination de l'Union européenne ». Les possibilités de migration légale, selon le Conseil « devraient être adaptées aux besoins

[856] NAKACHE Delphine et CREPAUX François, Le contrôle des migrations et l'intégration économique : entre ouverture et fermeture, In CHETAIL Vincent, Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question, volume II, édiction Bruyant 2007, p. 235.
[857] Communication de la Commission au Conseil et eu Parlement sur l'approche globale de la question des migrations, COM/2006/0735 final.
[858] Conclusion du Conseil européen des 14 et 15 décembre 2006.
[859] Conclusions du Conseil relatives à l'élargissement de l'Union européenne, au renforcement de l'approche globale, publié dans le communiqué de presse 10654/07

spécifiques du marché de travail des États membres » et devraient respecter « le principe de la préférence communautaire ».

Sur la base de négociations engagées par la Commission, le Conseil a lancé en 2008 deux partenariats pilotes avec la Géorgie et le Sénégal.

Le 5 juin 2008, deux déclarations communes sur les partenariats pour la mobilité ont été signées entre, d'une part, l'Union et le Cap-Vert et, d'autre part, la République de Moldavie et l'Union. D'autres déclarations ont suivi en novembre 2009 avec la Géorgie, en juin 2013 avec le Maroc, en mars 2014 avec la Tunisie en octobre 2014.

Conformément à la déclaration commune du 5 juin 2008, un accord visant à faciliter la délivrance de visas de court séjour[860] et un accord concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier[861] ont été signé le 24 octobre 2013 entre l'Union européenne et la République du Cap-Vert. Les autres déclarations communes n'ont toujours pas abouti à la signature d'accords.

Il convient de noter que si la structure, les domaines, les objectifs et les actions envisagés par ces partenariats sont identiques, les accords postérieurs sont adaptés à la situation de chaque pays tiers vis-à-vis de l'Union et des États membres participant. Un accent particulier est mis sur les pays tiers qui partagent des frontières communes avec l'Union. L'Union exige de ces pays tiers frontaliers non seulement la réadmission de leurs propres ressortissants en situation irrégulière dans l'Union, mais aussi ceux qui auraient transité par leur territoire. Cette exigence de réadmission des non nationaux a constitué un facteur de blocage des négociations entre l'Union européenne et le Maroc[862].

La déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016[863] illustre parfaitement l'importance accordée au pays tiers frontaliers. En effet, conformément à cette déclaration, la Turquie s'engage, d'une part, à reprendre tous les nouveaux migrants en situation irrégulière qui partent de son territoire pour gagner les iles grecques à partir du 20 mars 2016 et, d'autre part, « à prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter que de nouvelles routes de migration irrégulière, maritimes ou

[860] Accord entre l'Union européenne et la République du Cap-Vert visant à faciliter la délivrance de visas de court séjour aux citoyens de la République du Cap-Vert et de l'Union européenne, du 24 octobre 2013, journal officiel de l'Union L 282/3.
[861] Accord entre l'Union européenne et la République du Cap-Vert concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, du 24 octobre 2013, journal officiel de l'Union européenne L 282/15.
[862] Voir dans ce sens, EL QADIM Nora, Le gouvernement asymétrique des migrants. Maroc/Union européenne », édition Dalloz, 2015.
[863] http :www.consilium.eoropa.eu/fr/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/, consulté le 15 février 2022.

terrestres, ne s'ouvrent au départ de son territoire en direction de l'Union ». En contrepartie de l'engagement de la Turquie, au-delà des récompenses financières et de la réouverture du processus d'adhésion de la Turquie, il a été prévu que la « concrétisation de la feuille de route sur la libéralisation du régime des visas sera accélérée à l'égard de l'ensemble des États membres participant afin que les obligation en matière de visa pour les citoyens turcs soient levées »[864].

S'agissant de la nature juridique des partenariats pour la mobilité, ils intègrent des éléments divers et variés, certains relevant de la compétence des États membres et d'autres de la compétence de l'Union. A titre d'exemple, l'admission des travailleurs relève de la compétence des États membres alors que la facilitation [865] des formalités de visas relève de la compétence de l'Union. Cela signifie qu'un État membre de l'Union peut, en toute souveraineté, décider de prendre part ou non à un partenariat pour la mobilité. Selon Cassarino[866], la décision d'un État membre de participer ou non aux partenariats pour la mobilité peut être influencée soit par sa proximité géographique soit par ses rapports migratoires avec le pays tiers concerné.

Outre la conditionnalité qui résulte des accords, le nouvel article 25 bis du code des visas subordonne le bénéfice des facilitations d'octroi de visa de court séjour à la réactivité des États tiers en matière de réadmission.

§ II. La conditionnalité organisée par le code des visas : le nouvel article 25 bis

Le règlement UE 2019/1155 du 20 juin 2019 a introduit dans le code des visas un nouvel article 25 bis aux termes duquel « en fonction du niveau de coopération d'un pays tiers avec les États membres en matière de réadmission des migrants en situation irrégulière, évalué sur la base des données permanentes et objectives, l'article 14, paragraphe 6, l'article 16, paragraphe 5, point b, l'article 23, paragraphe 1, et l'article 24, paragraphe 2 et 3, ne

[864] Voir dans ce sens, la déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016.
[865] Voir le point 9 des conclusions du Conseil du 10 décembre 2007, « les partie à un partenariat pour la mobilité comprendraient, du coté de l'Union, aussi bien la Communauté européenne que les États membres souhaitant y participer et y contribuer. Les partenariats pour la mobilité constitueraient dès lors un cadre politique global prenant en compte les obligations et accords actuels et associant, en contrepartie des engagements pris par le pays tiers concerné, notamment en ce qui concerne la lutte contre les migrations clandestines, des éléments relevant de la compétence Communautaire et des éléments relevant de la compétence des États membres, comme le prévoit le traité.
[866] CASSARINO Jean Pierre « readmission policy in the European Union's », Bruxelles : parlement european, 2010, p.62.

s'appliquent pas aux demandeurs ou aux catégories de demandeurs ressortissants d'un pays tiers dont il est considéré qu'il ne coopère pas suffisamment conformément au présent article ».

Le paragraphe 2 de cette disposition [867] prévoit que la Commission évalue régulièrement la coopération des pays tiers en matière de réadmission et rend compte au moins une fois par an de son évaluation au Conseil. Lorsque la Commission conclut qu'un État tiers ne coopère pas suffisamment, elle présente une proposition de décision d'exécution qui suspend l'application de certaines dispositions du code des visas aux ressortissants de l'État tiers concerné. Conformément à cette disposition, la Commission, dans sa communication du 15 juillet 2021[868], a proposé de suspendre les facilités d'octroi de visas aux ressortissants Bangladesh en raison d'une insuffisance de coopération en matière de réadmission.

Cette situation conduit à une application hétérogène du droit européen des étrangers. Elle subordonne le bénéfice des facilités d'octroi de visa à l'attitude du pays d'origine et conduit ainsi à un traitement différencié selon la nationalité.

En effet, la nationalité devient un critère de différenciation entre les ressortissants de pays tiers.

En outre, la technique qui consiste à subordonner l'attribution du visa à l'application par l'État tiers d'une politique de coopération en matière de réadmission ou de rapatriement des irréguliers « parait contraire au principe d'un traitement individualisé des personnes[869] ».

La Commission joue un rôle important dans ce dispositif, puisqu'elle évalue la coopération des États tiers en matière de réadmission et, le cas échéant, prend en considération l'ensemble de la coopération du pays tiers concerné dans le domaine de la migration, en particulier dans le domaine de la gestion des frontières, de la prévention du trafic de migrants. Si elle considère qu'un État tiers ne coopère pas suffisamment, elle présente une proposition au Conseil relative à l'adoption d'une décision d'exécution. C'est sur ce fondement que la Commission avait présenté une décision d'exécution visant à suspendre l'application de certaines dispositions du règlement aux ressortissants Bangladesh[870]. L'évaluation du niveau de coopération par la Commission tient en compte notamment : le nombre de décisions de retour, le nombre de

[867] Règlement n° 810/2009 du Parlement et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code des visas.
[868] Proposition de décision d'exécution du Conseil relative à la suspension de certaines dispositions du règlement n° 810/2009 du Parlement et au Conseil en ce qui concerne le Bangladesh, COM (2021), 412, final.
[869] WEIL Patrick, La politique de quotas et mode de preuve, in SAULNIER-CASSIA Emmanuelle et TCHEN Vincent, Unité du droit des étrangers et égalité de traitement. Variation autour des mutations d'une police administrative, Bruylant, 2009.
[870] Proposition de décision d'exécution du Conseil relative à la suspension de certaines dispositions du règlement n° 810/2009 du Parlement et au Conseil en ce qui concerne le Bangladesh, COM, (2021), 412 final.

demandes de réadmission acceptées par l'État tiers, sa participation à l'opération d'identification. Ségolène Barbou des Places formule plusieurs critiques à l'endroit de ce mécanisme. Selon elle, le code de visas dont la finalité est de régir l'entrée et le séjour dans l'Union européenne, est transformé en un instrument de gestion de retour ; « la liaison opérée entre la délivrance d'un visa et la facilitation des retours peut être analysée comme étant punitive et sanctionnatrice. Elle l'est assurément pour les États, car l'Union recourt à une logique de conditionnalité qui tranche avec ses pratiques habituelles[871] ». Ainsi, l'Union fait dépendre le droit des individus à l'action politique de leur gouvernement contre l'immigration irrégulièrement. « Dans les précédentes versions du code, la délivrance du visa dépendait considérablement, principalement du risque migratoire que le demandeur présentait, ce risque étant apprécié de façon individuelle. Désormais, s'ajoute une sorte de responsabilité collective, qui conduit à durcir les conditions d'octroi d'un visa à une personne, au simple motif que son État de nationalité ne coopère pas étroitement avec l'Union en matière de retour des étrangers en situation irrégulière, qui ne sont, d'ailleurs, pas nécessairement des concitoyens de l'intéressé[872] ».

S'il est désormais indéniable que la stratégie européenne de lutte contre l'immigration illégale et le séjour irrégulier consiste à faire de la coopération des pays tiers une conditionnalité de migration légale, il n'est pas certain que ces derniers en tirent de bénéfice réel. Ainsi, la question qui se pose est celle de savoir si dans la pratique ces accords octroient de voies d'accès à l'immigration légale ou s'ils se limitent plutôt à introduire des engagements politiques sans impacts réels.

§ III. La participation des pays tiers à la gestion des flux migratoires : une contrepartie quasi-inexistante

Au regard du contenu des accords bilatéraux et des partenariats pour la mobilité, il convient de se demander si les pays tiers qui participent à ces instruments de gestion des flux migratoires en tirent un certain profit en terme de possibilités de mobilité vers l'Union européenne.

Comme précédemment évoqué, les éléments constitutifs du partenariat pour la mobilité ont été adoptés au cours de la présidence allemande de 2007. Le 16 mai 2007, la Commission a identifié

[871]BARBOU DES PLACES Ségolène, Le code des visas, nouveau levier de la politique d'éloignement des étrangers en situation irrégulière » RTD europ.2020. 127.
[872]Ibid.

les engagements attendus des pays tiers partenaires et les engagements à prendre par l'Union et ses États membres.

« Du pays tiers, on attend surtout des engagements liés au volet sécuritaire de l'approche globale, c'est-à-dire, une coopération principalement en matière de lutte contre l'immigration clandestine. Par le biais de ces partenariats, les pays d'origine sont obligés de réadmettre effectivement leurs propres ressortissants et ceux des pays tiers arrivés dans l'Union européenne par leur territoire, dans le cadre des accords de réadmission avec la Communauté et au profit de tous les États membres, y compris ceux qui ne participent pas directement au partenariat ».

S'agissant des engagements des États membres participant, ces derniers s'engagent à promouvoir l'immigration légale des ressortissants des pays tiers concernés, en tenant compte des besoins de leur marché de l'emploi et la préférence communautaire.

L'engagement de l'Union réside simplement dans la facilitation de la délivrance de visas de court séjour à certaines catégories de personnes.

Lorsqu'on compare les engagements des États tiers à ceux des États membres de l'Union, on s'aperçoit qu'il y a un déséquilibre important. En effet, alors que l'État tiers partenaire s'engage vis-à-vis de tous les États membres de l'Union à réadmettre effectivement ses propres illégaux et ceux ayant transité sur son territoire, seuls les États membres participant s'engagent à promouvoir l'immigration légale des ressortissants du pays tiers concerné.

S'agissant des facilitations de délivrance des visas de court séjour, les accords définissent le type de facilités accordées et déterminent les catégories de personnes qui peuvent en bénéficier. A titre d'exemple, l'article 4 de l'accord entre l'Union européenne et la République du Cap-Vert visant à faciliter la délivrance de visa de court séjour dispose que « les missions diplomatiques et les postes consulaires des États membres et du Cap-Vert délivrent des visas à entrer multiples, d'une durée de validé de cinq ans, aux catégories suivantes de citoyens : les membres des gouvernements et parlements nationaux et aux membres des cours constitutionnelles et suprême et de la Cour des comptes… ; les membres permanents de délégations officielles… les hommes et femmes d'affaires et les représentants d'entreprises, les conjoints et enfants rendant visite à un membre de la famille régulièrement admis au séjour dans un État membre… », « les missions diplomatiques et les postes consulaires des États membres et du Cap-Vert délivrent des visas à entrer multiples d'une durée de validé d'un an aux catégorie suivantes de citoyens, sous réserve que, durant l'année précédant la demande, ces personnes aient obtenu au moins un visa et qu'elles l'aient utilisé dans le respect de la législation

régissant l'entrée et le séjour sur le territoire de l'État : les représentants d'organisation de la société civile, les membres de la société civile participant à des expositions et salon, des conférences, des symposiums et des séminaires internationaux ou à d'autres évènement analogues ; les personnes participant à des activités scientifiques, culturelles et artistiques ; les participants à des manifestations scientifiques internationales ; les journaliste ; les écoliers et étudiants ; les représentants des communautés religieuses ; les personnes en visites régulières pour des raisons médicales… ».

Le fait d'énumérer les catégories de personnes qui peuvent prétendre aux facilités d'octroi du visa de court séjour implique que les catégories non citées ne peuvent pas en bénéficier. De ce fait, de nombreuses personnes se trouvent discriminées, notamment, les artisans, les commerçants, bref les personnes peu ou moyennement qualifiées. Ainsi, on comprend que seules des catégories particulières de ressortissants de pays tiers bénéficient des facilité d'octroi de visa de court séjour. Ces bénéficiaires potentiels sont généralement des personnes qui, en tout état de cause, remplissent les conditions d'octroi de visas de court séjour prévues aux articles 5 et 21 du code des visas. Ainsi, ces accords permettent simplement d'alléger les preuves documentaires pour certaines catégories d'étranger, de réduire ou d'exonérer les frais, d'alléger la durée du traitement, ou de prévoir des visas d'entrée multiples. Les pauvres et les moins qualifiés en sont exclus.

Il convient également d'analyser l'articulation entre les accords facilitant l'octroi de visa de court séjour, le nouvel article 25 bis du code des visas et les accords bilatéraux facilitant l'octroi de visas de court séjour. S'agissant de l'articulation entre les deux premiers, selon la Commission, « en cas de contradiction entre le code des visas et l'accord, ce dernier, en tant qu'accord international de l'Union, l'emportera sur le droit dérivé et continuera donc à s'appliquer ». Toutefois, le droit dérivé continue de régir les questions qui ne sont pas régies par l'accord. Afin de mettre fin à la contradiction entre l'accord de facilitation de visa unissant l'Union et le Cap-Vert et le nouveau code, la Commission a proposé de modifier cet accord.

Quant à l'articulation entre les accords bilatéraux et les accords multilatéraux de l'Union relatifs aux facilités d'octroi de visa de court séjour, la Commission dans ses recommandations prévoit la primauté des accords multilatéraux sur les accords bilatéraux.

S'agissant des migrations légales en contrepartie des accords de réadmission, il s'agit d'accorder des facilités pour la migration circulaire, temporaire, voire des quotas de permis de travail aux étrangers dont le pays de nationalité aura accepté de signer en parallèle un accord

de réadmission. Les dispositions européennes en matière d'immigration de travail sont des dispositions d'ordre général, qui s'appliquent à tous les étrangers sans considération d'existence d'accord particulier avec les pays tiers de nationalité. S'il est prévu qu'en échange de la signature d'un accord de réadmission, des offres groupées de plusieurs États membres, afin de faciliter l'accès à leur marché de l'emploi[873], peuvent être adressées aux pays tiers concernés, les réalisations concrètes demeurent rares. En effet, en la matière, les États membres n'ont pas souhaité renoncer à leur compétence ; ils se sont montrés réticents à déléguer leur compétence à l'Union en matière d'immigration légale[874]. A l'exception de quelques domaines harmonisés, l'entrée et le séjour de longue durée relèvent de la compétence des États et ils ne sont pas décidés à transférer ces compétences à l'Union, c'est ce qui explique l'échec de l'absence de contrepartie en matière d'immigration légale.

La différence entre les accords multilatéraux et bilatéraux est évidente lorsqu'on compare les contreparties migratoires de la signature d'un accord de réadmission. En effet, alors que l'accord bilatéral entre la France et le Cap-Vert prévoit des dispositions spécifiques d'admission au séjour au profit des salariés, des étudiants et d'autres catégories de ressortissants des États parties[875], l'accord entre l'Union et le même pays est exclusivement relatif au visa et n'aborde pas la question de l'immigration légale.

Les États membres restent seuls compétents pour fixer les quotas d'entrée des migrants économiques. De ce fait, on voit mal comment les ressortissants d'un pays tiers peuvent bénéficier de contreparties migratoires en échange de la signature d'un accord de réadmission.

Il en résulte une forme d'incohérence entre les pratiques nationale et européenne en la matière.

§ IV. L'incohérence entre les pratiques nationales et européennes en matière migratoire

Nous l'avons vu, la nouvelle stratégie européenne de lutte contre l'immigration irrégulière consiste à imposer des obligations aux pays de départ et de transit et, à accorder, en contrepartie, aux ressortissants de ces pays, certaines facilités d'accès et de séjour. Toutefois, les résultats

[873] Communication de la Commission, du 16 mai 2007, au Parlement, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions relative aux migrations circulaires et aux partenariats pour la mobilité entre l'Union européenne et les pays tiers, COM (2007) 248 final.
[874] EL QADIM Nora, Le gouvernement asymétrique des migrations. Maroc/Union européenne », Dalloz, nouvelle bibliothèque de thèse, avril 2015.
[875] Article 3 de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République du Cap-Vert relatif à la gestion concertée des flux migratoires et au développement solidaire du 24 novembre 2008.

obtenus sont insuffisants, puisque l'immigration irrégulière persiste. Comment expliquer la persistance de l'immigration irrégulière malgré toutes les barrières érigées par l'Union à ses frontières extérieures ?

Un début de réponse à cette question peut être trouvé dans l'incohérence des politiques migratoires des États membres et les contradictions entre le système européen et les systèmes nationaux.

Sur le premier plan, nous l'avons vu, la France propose aux État tiers un quota de régularisation en échange de la signature d'un accord de réadmission[876]. L'admission exceptionnelle au séjour en France permet de régulariser l'étranger qui a travaillé en France pendant un certain nombre d'année. Ce système encourage véritable le séjour et le travail clandestins. En effet, l'étranger arrivé clandestinement ou avec un visa de court séjour peut être tenté de se maintenir sur le territoire dans l'espoir de solliciter sa régularisation postérieure en évoquant les motifs exceptionnels. Il n'est pas contesté que la possibilité de trouver du travail encourage l'immigration clandestine et le séjour irrégulier. Or, l'admission exceptionnelle au séjour accorde la possibilité de régularisation à l'étranger qui a travaillé en France, même clandestinement, pendant un certain nombre d'année. Dans cette hypothèse, on se retrouve face à une contradiction majeure. De surcroit, l'exigence d'un certain nombre d'années pour pouvoir prétendre à la régularisation pour motif exceptionnel encourage le prolongement du séjour irrégulier. Dès lors, on comprend que la politique migratoire française est contradictoire, d'un côté, elle prétend lutter contre l'immigration irrégulière et le travail clandestin, de l'autre, elle conditionne la régularisation à l'occupation d'un emploi, même à titre irrégulier. Ainsi, il conviendrait de reconnaitre un droit de séjour, au moins temporaire, à tout étranger en possession d'une promesse d'embauche. Si cette solution ne permet pas de mettre fin au séjour irrégulier des étrangers, elle permettrait au moins de réduire considérablement le travail clandestin.

S'agissant de la contradiction entre les systèmes nationaux et européens, nous l'avons vu, la politique européenne d'immigration économique est principalement axée sur les travailleurs hautement qualifiés et accorde peu d'importance aux migrants peu qualifiés. Or, les secteurs en tension sont essentiellement les activités moins qualifiées (le bâtiment, la restauration, les hôtels

[876] LE CAN Morgan, La France négocie avec le Mali le retour des migrants irréguliers, journal le monde, publié le 5 mars 2019, http://www.lemonde.fr/afrique/article/2019/03/05/la-france-negocie-avec-le-mali-le-retour-des-migrants-irreguliers_5431822_3212.html

ou encore la propreté[877]) et, ces secteurs ne font l'objet d'aucune harmonisation au niveau de l'Union. Les États membres de l'Union tentent de combler les pénuries de main d'œuvre dans ces secteurs en recourant aux accords bilatéraux avec des pays tiers[878]. Or, dans un espace sans frontières intérieures, la politique migratoire d'un État membre peut avoir des répercussions sur les autres États membres[879]. Ainsi, il conviendrait de créer un cadre global d'immigration économique au niveau de l'Union, un cadre qui décrirait les conditions d'entrée et de séjour applicables à tous les migrants économiques, sans distinction selon le statut de qualification comme le prévoyait la proposition de directive de 2001.

La tendance actuelle est la reconnaissance d'une compétence à l'Union en matière d'entrée et de séjour de longue durée. Toutefois, en la matière, les compétences nationales cohabitent avec celles de l'Union. Les politiques de régularisation relèvent également de la compétence de chaque membre alors même que leurs conséquences touchent la totalité des autres États[880]. Dès lors, il conviendrait d'harmoniser les règles tant en matière d'entrée et de séjour de longue qu'en matière de régularisation. « En effet, la juxtaposition entre de règles communes et de règles nationales peut conduire à accroitre l'inégalité de traitement entre les étrangers »[881], et par là, rendre certains États membres plus attractif que d'autres[882]. Cette harmonisation est dans les perspectives européennes depuis 2004, puisque dans une communication de 2004, la Commission a évoqué la mise en commun des offres d'immigration légale de travail destinées aux pays tiers. Elle a défini une série de mesures dont la mise en œuvre doit passer « par un renforcement de l'échange d'information, de la consultation et de la coopération entre les États membres ».

[877] Senat.fr/rap/r05-300-118.html, (rapport) du sénat, « immigration clandestine : une réalité inacceptable, une réponse ferme, juste et humaine », consulté le 28 décembre 2021.
[878] Voir dans ce sens, l'accord entre le gouvernement de la République Française et le gouvernement de la République du Bénin du 28 novembre 2007, relatif « à la gestion concertée des flux migratoires et au Co-développement ». L'Article 14 de cet accord établit une liste de métiers pour lesquels un ressortissant béninois peut prétendre à sa régularisation, sans que soit prise en compte la situation de l'emploi. Et on trouve dans cette liste non seulement des emplois hautement qualifiés, mais aussi des emplois peu qualifiés. Il s'agit concrètement de répondre aux pénuries de main d'œuvre dans les secteurs en tension.
[879] Parlement européen « rapport sur une approche communautaire de la gestion des migrations économiques, COM (2004/0811.
[880] Ce qui explique que la Commission propose de coordonner l'action des États dans ce domaine. Voir la communication de la Commission au Parlement, au Conseil, au comité économique et social et au Comité des régions du 5 décembre 2007 « vers une politique commune en matière d'immigration », COM (2007) 780, final.
[881] L'Unité du droit des étrangers et égalité de traitement.
[882] Plus les règles nationales de régularisations sont souples, plus l'État parait attractif.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

L'objectif de ce chapitre était de montrer que les accords conclus par l'Union européenne et ses États membres avec des pays tiers peuvent servir de fondement en matière d'admission au séjour des étrangers. L'objet de ces accords varie en fonction des États tiers associés ou partenaires de l'Union concernés. Certains de ces accords inclus des ressortissants des pays tiers dans le champ d'application personnel des dispositions relatives à la libre circulation des citoyens européen (l'accord sur l'espace économique européen). D'autres ont pour objet de préparer l'élargissement futur de l'Union en favorisant l'intégration des ressortissants de l'Etats tiers concerné dans la société de l'État membre d'accueil en attendant l'adhésion dudit État tiers à l'Union (l'accord CEE-Turquie). En troisième lieu, certains accordes ont pour objet de régir les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants d'un ancien État membre de l'Union (accord Union européenne Royaume-Uni).

Contrairement à ces trois premières catégories d'accords, les accords de partenariat pour la mobilité sont adressés à des pays en développement et ont pour objet, notamment, de subordonner les possibilités de migration à leur participation à la gestion des flux migratoire.

L'ensemble de ces accords mettent en place des conditions plus ou moins favorables d'admission au séjour en faveur de certaines catégories de ressortissants de pays tiers.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

La politique européenne relative à l'entrée et au séjour des ressortissants des pays tiers est fondée principalement sur les intérêts de l'Union, qu'ils soient fonctionnel (l'admission au séjour des ressortissants des pays tiers membres de la famille des citoyens européens), économique (l'admission au séjour des travailleurs hautement qualifiés, des étudiants, des chercheurs) ou sécuritaire (protéger la sécurité intérieure de l'Union), et accessoirement sur la protection des droits fondamentaux (le regroupement familial et la protection internationale).

En effet, les conditions d'admission varient selon la raison pour laquelle l'étranger demande à résider sur le territoire de l'Union. Lorsque le ressortissant de pays tiers demande à résider sur le territoire de l'Union en tant que membre de la famille d'un citoyen de l'Union ayant fait usage de sa liberté de circulation, il bénéficie des conditions faciles d'admission. La reconnaissance des facilités d'admission avait pour objectif d'encourager la mobilité intra-européenne des citoyens. Avec l'arrêt Zambrano de 2011, la Cour a reconnu les mêmes facilités aux ressortissants de pays tiers parents de citoyen européen mineur en vue de protéger les droits attachés à la citoyenneté européenne, et ce, en l'absence de toute situation de mobilité.

De la même manière, l'Union met en place une politique attractive en direction de certaines catégories de ressortissants de pays tiers. Elle vise à favoriser l'admission et la mobilité de ces catégories d'étrangers dans l'Union, comme l'indique Paul Martens « l'Union développe une fraternité sélective[883] ».

Les accords d'association et de partenariat avec les pays tiers prévoient des dispositions relatives à l'entrée et au séjour des ressortissants des pays tiers. Certains de ces accords tendent à subordonner la possibilité migratoire à la participation des États tiers à la gestion des flux migratoires.

En revanche, lorsque l'admission au séjour de l'étranger trouve son fondement dans la protection de ses droits fondamentaux, l'Union européenne lui oppose des conditions strictes et

[883] Cité par GAZIN Fabienne, Le ressortissant d'État tiers en droit de l'Union européenne : étranger ou personne ? Approche utilitariste ou axiologique du ressortissant d'État tiers, Colloque de Louvain sur L'étranger face au droit, sous la direction de CARLIER Jean-Yves, Bruylant, 2010.

difficiles à remplir. En effet, l'Union européenne semble occulter la spécificité de la protection internationale et du droit au regroupement familial en les assimilant à l'immigration[884].

[884] JULIEN-LAFERRIERE François, La communautarisation de la politique migratoire, dans Migrations société, 2008/2, n° 116, p. 59-71, « quant à la politique migratoire, elle englobe à la fois la politique d'immigration et la politique d'asile qui, dans les traités, sont systématiquement liés, comme il ressort de l'article 2 du TUE et titre IV du TCE, mais aussi du titre IV du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Il y a là une assimilation de la politique d'asile à la politique d'immigration qui révèle l'optique dans laquelle ces politiques sont traitées. En occultant la spécificité de la problématique de l'asile par rapport à celle de l'immigration, les institutions communautaires prennent un parti qui imprègne le fond même des mesures qu'elles adoptent : ces politiques tendent au maintien des intérêts des États membres et non des intérêts des migrants. C'est une constante, qui date de bien avant la communautarisation et que la Commission européenne n'a pas réussi à entamer, malgré les tentatives qu'elle a effectuées lors de l'élaboration des projets de textes qu'elle a soumis au Parlement et au Conseil européens ».

PARTIE II.

LE STATUT JURIDIQUE AMBIVALENT ET CATEGORISE DES RESSORTISSANTS DES PAYS TIERS PRESENTS SUR LE TERRITOIRE DES ÉTATS MEMBRES DE L'UNION

Les ressortissants des pays tiers présents sur le territoire des États membres de l'Union européenne doivent être classés en deux groupes principaux : les réguliers[885] et les irréguliers. On entend par réguliers, les étrangers autorisés à séjourner sur le territoire d'un État membre de l'Union quel que soit le statut d'admission. Par irréguliers, on entend les étrangers qui ne remplissent pas ou ne remplissent plus les conditions d'entrée et de séjour dans les États membres de l'Union[886]. Dans cette deuxième partie, nous étudierons le statut juridique de ces deux groupes d'étrangers.

Le statut juridique des réguliers est caractérisé par sa fragmentation[887]. Autrement dit, les droits auxquels ils peuvent prétendre dépendent de la catégorie à laquelle ils appartiennent. La protection des droits des ressortissants des pays tiers régulièrement établis dans l'Union s'inscrit dans un cadre « composite[888] ». L'hétérogénéité du statut des réguliers s'explique, selon Henri Labayle, par la diversité des fondements juridiques de leurs droits[889]. Ainsi, les textes adoptés après le traité d'Amsterdam créent des catégories différentes de ressortissants de pays tiers ; les droits variant d'une catégorie à une autre. La multiplicité des catégories empêche la réalisation d'une protection uniforme dans l'Union au profit des étrangers régulièrement admis au séjour et, par conséquent, favorise l'hétérogénéité des statuts (titre I).

---

[885] GAUTHIER Catherine, Droit fondamentaux, migrants légaux et droit européens, GAUTHIER Catherine, GAUTIER Marie (dir), L'immigration légale, aspects de droit européen, Bruylant, 2011, p. 125, « on peut définir l'immigrant légal comme le non national présent sur le territoire d'un État membre de l'Union conformément aux règles de droit positif et ce, en vertu de certaines protections juridiques dont il bénéficie grâce au droit national d'abord, mais pouvant être largement relayé par les droits européens et plus particulièrement par le droit de l'Union européenne ».

[886] Article 3, paragraphe 1 et 2 de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

[887] RODIERE Pierre, Le droit social de l'Union européenne, LGDJ, Lextenso, 3ème édition, 2022, p. 446.

[888] TREVISANUT Seline, La fragmentation des droits protégés des migrants en droit de l'Union européenne : entre différenciation nécessaire et besoin d'harmonisation, in MILLET-DEVALLE Anne-Sophie, La protection des migrants et des réfugiés, Nice 17-18 juin 2010, édition A pedone, p. 167.

[889] LABAYLE Henri, Vers une politique commune de l'asile et de l'immigration dans l'Union européenne » in JULIEN-LAFERRIERE François, LABAYLE Henri, la politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam, Bruxelles, 2005, p.15 et suivants.

S'agissant des irréguliers, la politique européenne est tournée vers la répression du séjour illégal[890]. La recherche de l'efficacité en matière de lutte contre l'immigration illégale et le séjour irrégulier laisse peu de place à la protection des droits fondamentaux des étrangers visés par une mesure d'éloignement. Toutefois, ces derniers bénéficient de la protection de certains droits fondamentaux (titre II).

[890] MAZERON Florent, Le droit communautaire de l'immigration et de l'asile à l'épreuve du droit international, in BERTRAND Christine (dir), L'immigration dans l'Union européenne. Aspects actuels de droit interne et de droit européen, L'Harmattan, 2008, p. 20.

TITRE I.

LE STATUT JURIDIQUE HETEROGENE DES REGULIERS

L'hétérogénéité du statut juridique des ressortissants de pays tiers régulièrement admis au séjour peut être illustrée à travers deux exemples notoires. D'une part, l'accès à l'exercice d'une activité professionnelle (chapitre I), d'autre part, l'accès à la protection sociale (chapitre II).

Chapitre I.

L'ACCES DES REGULIERS A L'EXERCICE D'UNE ACTIVITE PROFESSIONNELLE DANS LES ÉTATS MEMBRES DE L'UNION

La question qui se pose est celle de savoir dans quelles conditions les étrangers régulièrement admis au séjour dans l'Union accèdent à l'exercice d'une activité professionnelle. Une première remarque consiste à dire que les conditions d'accès des étrangers à l'exercice d'une activité professionnelle sont, en principe, déterminées par chaque État membre[891]. Cependant, depuis la Communautarisation de la politique européenne d'asile et d'immigration, les règles communes définissent les conditions d'accès à l'exercice d'une activité professionnelle de certaines catégories d'étrangers. Toutefois, ces règles varient en fonction de la catégorie à laquelle appartient l'étranger concerné[892].

En la matière, bien que régulièrement admis au séjour, les droits nationaux des États membres établissent une différence de traitement entre les citoyens de l'Union et les ressortissants des États tiers[893]. Quant au droit de l'Union, au-delà de la différence de traitement entre les citoyens de l'Union et les ressortissants des pays tiers, il établit un traitement différencié entre ces derniers en fonction de la catégorie à laquelle ils appartiennent.

Dans les législations nationales des États membres, la différence de traitement entre les nationaux et les ressortissants de pays tiers s'explique par la volonté des États de protéger leurs nationaux de la concurrence de la main d'œuvre étrangère et se traduit, d'une part, par l'exigence d'une condition de nationalité pour l'exercice de certaines professions et, d'autre part, par l'obligation d'être muni d'une autorisation de travail, sauf dérogation expresse. En effet, les questions relatives au statut des ressortissants des pays tiers, notamment celles de l'accès à l'emploi, constituent traditionnellement un domaine réservé de l'État.

En droit interne français, les mesures de contrôle des travailleurs étrangers datent de la fin du 19ème siècle[894]. A cette époque, plusieurs normes ont été adoptées afin de réglementer l'accès

[891] RODIERE Pierre, Droit social de l'Union européenne, 3ème édition, LGDJ, Lextenso, 2022, p. 446, « chaque État décide de lui-même de l'appartenance des ressortissants des pays tiers à son propre marché du travail ».
[892] TREVISANUT Seline, La fragmentation des droits protégés des migrants en droit de l'Union européenne : entre différenciation nécessaire et besoin d'harmonisation », op cit, p. 176.
[893] RODIERE Pierre, Le droit social de l'Union européenne, op cit, p.444, « sur les marchés nationaux de l'emploi, les ressortissants communautaires ou de l'Union bénéficient de la même priorité que celle des nationaux de l'État considéré, était-il énoncé par le règlement 1612/68 et l'est aujourd'hui par le règlement 492/2011 ».
[894] L'exposé des motifs du projet de loi du 25 novembre 1899 destiné à écarter de la fonction publique tous les descendants d'étrangers jusqu'à la 4ème génération, cité dans le rapport du CERC-association, 1999.

des étrangers au marché du travail[895]. Celles-ci posent le principe d'un contrôle préalable de l'accès des étrangers au marché du travail. Ces réglementations avaient visiblement pour objectif de protéger les travailleurs nationaux de la concurrence des étrangers[896].

Par-delà des réglementations nationales, la question de l'emprise du droit de l'Union sur cette question se pose. Si les questions relatives au statut des ressortissants des pays tiers n'ont pas immédiatement fait l'objet de réglementation communautaire, la question a très rapidement intéressé la construction européenne. En effet, comme le note Marie-Pierre Lanfranchi, « l'élaboration d'un marché commun reposant sur le libre exercice des activités économiques, l'évolution vers un marché unique aux frontières intérieures abolies, la naissance de l'Union politique aux compétences élargies notamment dans le domaine social » ne pouvaient rester indifférent à la mobilité de la main d'œuvre des pays tiers[897]. De par la volonté de réaliser un marché intérieur, l'accès des ressortissants des pays à l'emploi a suscité un intérêt pour les institutions européennes[898]. Dès 1974, la Commission a adopté un programme d'action en faveur des travailleurs migrants et les membres de leurs familles[899] qui prônait la coordination des politiques migratoires nationales. Le 16 juillet 1985 a été adoptée une résolution concernant les orientations d'une politique Communautaire des migrations[900]. Il s'agissait là d'une coopération intergouvernementale sans pour autant priver les États membres de leur compétence en la matière. Si le traité d'Amsterdam a renouvelé le schéma de la politique européenne d'asile et d'immigration en la communautarisant et en habilitant le Conseil à arrêter des mesures de protection des droits des ressortissants des pays tiers[901], il n'a pas privé les États membres de toute compétence en la matière. Il s'agit, en réalité, d'une communautarisation

[895] La loi du 8 aout 1893, relative au séjour des étrangers en France et à la protection du travail national, JORF n° 0214 du 9 aout 1893 ; exposé des motifs du projet de loi du 25 novembre 1899, « l'étranger est partout, il envahit la banque, les professions libérales, il accapare à son profit certains commerces, certaines industries qui jusqu'alors étaient entre les mains des français » ; décret impérial du 14 décembre 1810 établissant la profession d'avocat et son ordre ; le décret Millerant du 10 aout 1899 permet à l'administration de fixer le proportion maximale d'étrangers employés dans les travaux entrepris à la suite de marchés proposés par l'État ;P Guillaume, du bon usage des immigré en temps de crise et de guerre, (1932-1940), in vingtième siècle, revue d'histoire 1985, p 117-126 ; Gisti l'histoire des discriminations légales sur le marché du travail https://www.gisti.org/doc/presse/1999/cerc/chapitre-3-2.html

[896] NOIRIEL Gérard, Le creuset français. L'histoire de l'immigration 19ème-20ème siècle, édition du seuil, Paris 1988.

[897] LANFRANCHI Marie-Pierre, Droit communautaire et travailleurs migrants des États tiers : entrée et circulation dans la Communauté européenne, economica 1994, p. 8

[898] Cf, notamment, Conseil des Communautés européennes, premier programme de politique à moyen terme, JOCE n° 79 du 25 avril 1967, p. 1554 ; conclusions relatives aux problèmes d'emploi du 13 mars 1969, troisième rapport général sur l'activité des Communautés, 1969, p. 322

[899] CCE, programme d'action en faveur des travailleurs migrants et des membres de leurs familles, bull CE suppl. n°3/76

[900] Conseil des Communautés européennes, résolution du 16 juillet 1985 concernant les orientations d'une politique Communautaire des migrations, JOCE C186 du 26 juillet 1985, p.3

[901] Article 61, b TCE

partielle. De ce fait, le statut des étrangers régulièrement établis dans l'Union doit être analysé tant au regard des normes européennes que de celles des États membres.

Il résulte de l'analyse des droits nationaux des États membres, mais aussi du droit de l'Union, que les étrangers, bien que légalement admis au séjour, sont à plusieurs égards victimes d'un traitement différencié en matière d'accès aux activités économiques. Ce traitement différencié est prévu tant par les droits nationaux que par le droit de l'Union. Puisque prévu par les textes de lois, certains auteurs emploient le terme de « discrimination légale[902] ». Daniel Lochak s'interroge sur la licéité de ces traitements différenciés entre nationaux et étrangers en matière d'accès à l'exercice d'une activité professionnelle[903].

A côté du traitement différencié entre citoyens et ressortissants de pays tiers en matière d'exercice d'une activité professionnelle[904], les étrangers ne sont pas tous traités de la même manière, leur accès aux activités économiques dépend de la catégorie à laquelle ils appartiennent.

L'étude de l'accès des étrangers aux activités économiques des États membres de l'Union doit être abordée sous deux angles : l'accès aux activités économiques du premier État membre d'accueil (section I) et l'accès aux activités économiques dans le cadre de la mobilité intra-européenne (section II).

Section I. L'accès des étrangers aux activités économiques dans le premier État membre d'accueil

Comme précédemment indiqué, avant le traité d'Amsterdam, la détermination du statut des étrangers relevait de la compétence nationale de chaque État membre. En la matière, « les législations nationales oscillaient entre un principe universaliste d'égalité, qui conduit à interdire les discriminations entre étrangers et nationaux, et un principe de souveraineté et de

[902] LOCHAK Daniel, Les discriminations frappant les étrangers sont-elles licites ?, Droit social 1990, pp 76-82.
[903] Ibid.
[904] BONNECHERE Michèle, La libre circulation communautaire et statut juridique de l'étranger en France : quelles interactions ? in BONNECHERE Michèle (dir), trente ans de libre circulation des travailleurs, La documentation française, 1998, p. 143 « le travailleur citoyen de l'Union européenne exerce son droit à la libre circulation, qui ne se résume nullement à la liberté d'aller et venir, mais se définit d'abord par la non-discrimination. Le ressortissant d'un pays tiers n'accède au séjour et à l'emploi que sur l'autorisation administrative préalable, et le stigmate du soupçon de fraude le marque jusque dans l'exercice de ses droits fondamentaux ».

protectionnisme, qui aboutit à réserver un certain nombre de droits et prérogatives aux nationaux[905] » au détriment des étrangers[906].

En France, dès la fin du 19 siècle, les mesures de contrôle des travailleurs étrangers se sont multipliées pour des raisons tenant à la fois à la concurrence de la main d'œuvre étrangère et à la baisse des salaires[907]. On s'interroge sur la licéité de ces restrictions (paragraphe I).

Sans se substituer aux législations nationales[908] en matière d'accès des étrangers aux activités économiques, l'Union européenne a, depuis le traité d'Amsterdam, progressivement amélioré le statut économique de certaines catégories d'étrangers légalement admis au séjour, sans que cette amélioration n'aboutisse ni à un traitement comparable des ressortissants des pays tiers aux citoyens de l'Union[909] ni à une uniformisation des droits de ces derniers (paragraphe II).

§ I. Les obstacles nationaux discutables à l'accès des étrangers aux activités économiques

En 1986, Jean Mottin défendait l'idée selon laquelle les nationaux disposent d'un droit privilégié au travail[910]. Selon l'auteur, les nationaux, sur le territoire national, doivent bénéficier d'« un droit à la préférence nationale[911] » en matière d'accès aux activités économiques [912]disponibles. La préférence en faveur des nationaux trouverait sa justification dans le droit naturel qui reconnait à chaque État « le droit le plus strict, et même le devoir absolu de réserver

[905] LOCHAK Daniel, Les droits des étrangers : entre égalité et discrimination, in Philippe Dewitte. Immigration et intégration, l'état des savoirs, Edition la découverte, 1999 p. 310-319.
[906] Pour une analyse historique complète de la condition des étrangers en France, Cf, SLAMA Serge, Le privilège du national. Étude historique de la condition civique des étrangers en France, thèse de doctorat de droit public, de Nanterre, soutenue le 12 décembre 2003, volume 1 et 2.
[907] Cf, TCHEN Vincent, Droit des étrangers, LexisNexis, 2ème édition, 2022, p. 41-48
[908] MAZERON Florent, Le droit communautaire de l'immigration et de l'asile à l'épreuve du droit international, op cit, note 84, p. 17 « il s'agit pour le droit communautaire, non plus de déterminer directement les conditions d'admission des ressortissants des pays tiers sur le territoire communautaire, mais de prendre actes des différentes législations nationales relatives à l'admission des étrangers et de conférer certains droits aux ressortissants de pays tiers qui séjournent légalement sur le territoire de l'Union, qu'ils aient été admis sur la base du droit international, du droit communautaire ou du droit national ».
[909] BONNECHERE Michèle, Libre circulation communautaire et statut juridique de l'étranger en France : quelles interactions ? in BONNECHERE Michèle (dir), Trente ans de libre circulation des travailleurs, Documentation française, 1998, p. 143, « à l'issu de ces quelque trente ans, deux perspectives paraissent se distinguer radicalement. Le travailleur-citoyen de l'Union européenne exerce son droit de libre circulation, qui ne se résume nullement à la liberté d'aller et venir, mais se définit d'abord par la non-discrimination. Le ressortissant d'un pays tiers n'accède au séjour et à l'emploi que sur autorisation administrative préalable, et le stigmate du soupçon de fraude le marque jusque dans l'exercice de ses droits fondamentaux ».
[910] MOTTIN Jean, Les immigrés et l'emploi, édition Litec, Paris, 1986, P. 140 et s.
[911] Ibid.
[912] Ibid.

en priorité les emplois disponibles à ses nationaux[913] ». Selon lui, le national dispose un droit naturel à l'emploi[914].

Or, des normes constitutionnelles[915] affirmaient le droit de chacun de travailler, sans distinction entre les nationaux et les étrangers. Mais, certains auteurs considéraient que les nationaux étaient les seuls destinataires de ces dispositions[916]. D'autres estimaient le contraire[917].

En tout état de cause, les régimes nationaux de l'accès à l'emploi des étrangers se caractérisent par la négation de la liberté de travailler[918]. En effet, bien que légalement admis au séjour, l'accès des étrangers au marché du travail est subordonné à l'obtention d'une autorisation de travail, délivrée et renouvelée discrétionnairement par l'administration, en fonction de la situation du marché de l'emploi ; et cette exigence s'applique aussi aux professions non salariées (B). En outre, un nombre important de professions et d'emplois leur sont fermés (A).

A. Les activités fermées aux ressortissants des États tiers

Un nombre important de professions et d'emplois étaient et restent encore fermés aux étrangers pourtant en situation régulière dans les États membres de l'Union (1). Toutefois, on assiste aujourd'hui à un recul, certes progressif, mais encore insuffisant de la condition de nationalité (2).

1) L'exigence de la condition de nationalité pour l'exercice de certaines professions : une exclusion illégitime[919]

En matière d'accès aux activités économiques, le statut juridique consenti aux ressortissants des pays tiers dans les États membres de l'Union est loin de leur conférer un statut comparable à celui des citoyens de l'Union, et ne permet pas de leur assurer un traitement véritablement équitable[920]. Ils étaient, au départ, exclus non seulement de tous les emplois de fonctionnaire,

---

[913] Ibid.
[914] Le droit naturel est défini comme le droit « qu'on évoque lorsque les droits en cause sont tellement fondamentaux et évidents qu'il n'a pas paru nécessaire au législateur de les confirmer ni de les définir ».
[915] Considérant 5 du préambule de la Constitution de 1946.
[916] MOTTIN Jean, Les immigrés et l'emploi, Op. cit.
[917] PRETOT Xavier, L'immigré et son travail, in ALFANDARI Elie, Immigration et protection sociale, édition Sirey, 1990, P. 99-110.
[918] LOCHAK Daniel, Les droit des étrangers : entre égalité et discrimination, op cit, p. 310-319, 1999
[919] SLAMA SERGE, Les emplois fermés : une exclusion illégitime, Plein droit, [en ligne], 2014/4, n° 103, p. 20-23, [consulté le 16 mai 2021] « alors que, au cours des années 1990 et 2000, la plupart des professions et emplois fermés aux étrangers ont peu à peu été ouvert aux citoyens européens, au prix de longues batailles juridiques, ils sont restés interdits aux ressortissants des pays tiers. On peut dès lors se demander ce qui justifie une telle discriminations ».
[920] DI MANNO Thierry, ELIE Marie-Pierre, L'étranger : sujet de droits et sujet des droits, Bruylant, 2008, p 46

qu'il s'agisse de la fonction publique de l'État, de la fonction publique territoriale ou encore hospitalière[921], mais aussi d'une grande partie des professions et emplois du secteur privé.

L'exclusion des étrangers de la fonction publique trouvait sa justification dans le fait que le droit d'accéder à cette fonction publique était un attribut de la citoyenneté, par conséquent réservé aux seuls nationaux[922]. Autrement dit, la mise à l'écart des étrangers des emplois dans la fonction publique se justifiait par leur participation à l'exercice de la souveraineté nationale et l'exercice de manière substantielle « de prérogative de puissance publique »[923]. Cette exclusion valait tant pour les citoyens de l'Union[924] que pour les ressortissants des pays tiers. En effet, si dès le début de la construction européenne, les ressortissants des États membres ne pouvaient faire l'objet d'aucune discrimination en matière d'accès aux activités économiques, l'article 48 du traité prévoyait une exception à ce principe. Cet article 48 excluait du champ d'application du principe d'égalité de traitement l'accès « aux emplois dans l'administration publique[925] ». Toutefois, dès les années 1990, cette exception a fait l'objet d'une interprétation restrictive par la Cour de justice, en considérant qu'elle ne s'appliquait « qu'aux emplois qui comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique, et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État et des autres collectivités publiques »[926]. Dit autrement, le seul fait qu'un emploi relève de la fonction publique ne suffit pas à en réserver l'exercice aux seuls nationaux au détriment des ressortissants des autres États membres de l'Union[927]. Ainsi, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, les citoyens de l'Union peuvent accéder aux fonctions dans l'administration publique à condition qu'elles ne comportent pas de participation directe ou

[921] LOCHAK Daniel, Les droits des étrangers : entre égalité et discrimination, op cit.
[922] MATH Antoine et SPIRE ALEXIS, Des emplois réservés aux nationaux ? Dispositions légales et discriminations dans l'accès à l'emploi, Revue informations sociales, Droit des étrangers, n° 78, 1999.
[923] SLAMA SERGE, Les emplois fermés : une exclusion illégitime, op cit, note 840.
[924] CJCE, 3 juillet 1986, aff. C-66/85 ; CJCE, 16 juin 1987, aff. C-225/85 ; CJCE, 30 mai 1989, aff. C-33/88.
[925] Article 48 du traité Rome.
[926] CJCE, 26 mai 1982, Commission c/ le Royaume de Belgique, aff. C-149/79.
[927] DASTE Pierre, Réglementation de l'accès à la fonction publique et mobilité : l'éducation nationale, in BONNECHERE Michèle, Trente ans de libre circulation des travailleurs, Documentation française, 1998, p. 66 « selon l'article 48, paragraphe 4, du traité instituant la CEE les emplois dans l'administration publique échappent au principe de libre circulation des travailleurs. C'est ce que soutient encore en 1982 un avocat général près la Cour de justice des Communautés européennes dans une affaire opposant la Commission au royaume de Belgique. Cependant il est vite apparu que cette conception large de l'emploi public avait pour conséquence de restreindre singulièrement la règle de libre circulation et en outre de lui donner une portée différente selon les États. La Commission et la Cour de justice ont en quelque sorte uni leurs efforts pour que les États renoncent à cette définition et favorisent au contraire le processus d'intégration. Finalement la Cour de justice a retenu un critère matériel limitant l'application de l'article 48, paragraphe 4. Sont réputés relevés de ce paragraphe 4 les emplois des activités spécifiques de l'administration publique en tant qu'elle est investie de l'exercice de la puissance publique et de la responsabilité pour la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques ».

indirecte à l'exercice de la puissance publique et qu'elles n'aient pas pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État et des autres collectivités publiques. Par ailleurs, dans une communication du 18 mars 1988, la Commission a précisé les emplois concernés par la dérogation prévue à l'article 48, paragraphe 4, en considérant que cette dérogation ne concernait que « les fonctions spécifiques de l'État et des collectivités assimilables telles que la diplomatie, les forces armées, la police et les autres forces de l'ordre, et l'administration fiscale[928] ».

L'ouverture de certains emplois publics, dans les années 1990, au profit des travailleurs autres que les nationaux n'a concerné que les citoyens européens. Autrement dit, les emplois initialement fermés à l'ensemble des étrangers sont restés fermés aux seuls ressortissants de pays tiers. Le GISTI estimait le nombre des emplois fermés à environ sept millions, soit 30 % des emplois disponibles sur le territoire français[929]. Une grande partie de ces emplois fermés se trouvait dans le secteur public, dans les entreprises publiques ou les organismes parapublics. Daniel Lochak relève un certain nombre de paradoxes à l'exclusion des étrangers de la fonction publique. Elle considère que si « l'on peut comprendre, dans le cadre de l'État nation, le refus de confier à un étranger des fonctions qui l'associent à l'exercice de l'autorité étatique, cette explication ne vaut plus à partir du moment où la majorité des fonctionnaires accomplissent des taches qui ne leur confient aucune prérogative particulière »[930]. Selon elle, « le développement de l'État-providence, en multipliant le nombre des emplois publics, et donc le nombre d'emplois fermés aux étrangers, a accru la portée des discriminations qui les frappent, alors que les fonctionnaires font de plus en plus souvent le même métier que les salariés du secteur privé »[931]. Elle ajoute un second paradoxe lié au fait qu'on « refuse de recruter les étrangers sur des postes de fonctionnaires, mais on accepte de les recruter pour accomplir les mêmes taches,

[928] Communication de la Commission européenne du 18 mars 1988, (88/C 72/02), relative à la libre circulation des travailleurs et accès aux emplois dans l'administration publique des États membres-Action de la Commission en matière d'application de l'article 48, paragraphe 4 du traité CEE, JOCE du 18 mars 1988, n° C72/2 « en se fondant sur l'état actuel de la jurisprudence de la Cour et en tenant compte des conditions actuelles de la construction du marché unique, la Commission estime que la dérogation établie par l'article 48 paragraphe 4 vise les fonctions spécifiques de l'État et des collectivités assimilables telles que les forces armées, la police et les autres forces de l'ordre ; la magistrature, l'administration fiscale et la diplomatie. En outre, sont considérés aussi couverts par cette exception, les emplois relevant des ministères de l'État, des gouvernements régionaux, des collectivités territoriales et autres organismes assimilés, des banques centrales dans la mesure où il s'agit du personnel (fonctionnaires et autres agents) qui exerce les activités ordonnées autour d'un pouvoir juridique public de l'État ou d'une autre personne morale de droit public telles que l'élaboration des actes juridiques, la mise en exécution de ces actes, le contrôle de leur application et la tutelle des organismes dépendants ».
[929] RIVE Emilie, 30% des emplois fermés aux étrangers, L'humaniti, 30 octobre 2001, http://www.humaniti.press.fr/journ
[930] LOCHAK Daniel, Les discriminations frappant les étrangers sont-elles licites ? Droit social n° 1, librairie technique et économique, 1990, liberté, égalité et fraternité et droit du travail, p. 76-82.
[931] Ibid.

comme auxiliaires ou contractuels, dans les emplois ou ils seront moins payés et où ils ne bénéficieront pas de la sécurité de l'emploi »[932]. Aussi, elle estime que l'exclusion des étrangers de la fonction publique ne devrait concerner que les emplois qui participent directement ou indirectement à l'exercice de l'autorité publique[933]. Autrement dit, elle propose d'appliquer aux ressortissants des pays tiers le régime d'exclusion applicable aux citoyens de l'Union.

Au-delà de la fonction publique, le principe d'exclusion concernait certaines entreprises publiques et organismes parapublics. L'accès à une grande majorité d'entreprises publiques[934] était subordonné à une condition de nationalité française ou d'un État membre de l'Union. A titre d'exemple, on peut citer les emplois statutaires chez air France[935], à la SNCF[936], à la RATP, le personnel statutaire des industries électriques et gazières[937]. Certains auteurs émettaient un doute sur la constitutionnalité ou la légalité des textes législatifs et réglementaires qui prévoyaient de telle discrimination à l'embauche dans la mesure ou le personnel des entreprises publiques n'a pas nécessairement la qualité d'agent public[938].

Outre les emplois dans la fonction publique[939] et les entreprises publiques, il existait une liste interminable d'emplois dans le secteur privé dont l'accès était interdit aux étrangers[940]. On pouvait citer notamment les emplois dans les salles de jeu, la profession de pilote[941] même dans les entreprises privées. Il convient également de noter que nombreuses étaient les activités indépendantes fermées aux étrangers. Dans ce sens, l'interdiction était faite à l'étranger non communautaire, et sauf disposition conventionnelle plus favorable, de tenir un début de

---

[932] Ibid.
[933] Ibid.
[934] « Les personnels de ces entreprises relèvent généralement du code du travail, complété éventuellement par des statuts particuliers », CHORIN Jacky, Le particularisme des relations de travail dans les entreprises publiques à statut, Revue internationale de droit comparé, 1996, p 959-961.
[935] Ancien article 9 du statut du personnel de la compagnie nationale Air France, établi en application du titre IV du livre III du code de l'aviation civile, adopté par le Conseil d'administration d'Air France et approuvé le 30 septembre 1994 par le ministre de l'équipement du transport et du tourisme, et le ministre du budget et prévoit que « pour être admis à la compagnie en qualité de personnel statutaire, tout candidat doit […] 4 justifier de la nationalité française ou d'un pays membre de l'Union européenne » ; voir aussi la lettre de Gisti du 25 avril 2001, adressée au président d'Air demandant l'abrogation de la condition de nationalité, htts://www.gisti.org/doc/actions/2001/air-France/lettre.html ; ancien article 421-5 du code de l'aviation civile.
[936] Décret n° 50-637 du 1er juin 1950, JORF, du 7 juin 1950.

[938] LOCHAK Daniel, Les discriminations frappant les étrangers sont-elles licites, op cit.
[939] Article 5 de la loi n° 83-634 du 13 juin 1983, « nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire […] s'il ne possède la nationalité française ».
[940] Ancien article 9 des statuts du personnel de la RATP imposait une condition de nationalité pour l'accès aux emplois de cette entreprise ;
[941] Article 4 du décret n°2011-502 du 6 mai 2011 fixant les dispositions applicables aux personnels navigant techniques de la direction générale de l'aviation civile, « les personnels navigant techniques de la direction générale de l'aviation civile sont recrutés par le ministre chargé de l'aviation civile. Nul ne peut être engagé s'il ne remplit les conditions suivantes : 1 jouir depuis au moins 6 ans de la nationalité française ou de la nationalité d'un des États membres de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'espace économique européen ».

boisson[942], de tabac[943], d'exploiter des salles de jeux ou de casinos. Ils étaient exclus d'un ensemble de métier du secteur des transports, des assurances[944], de la bourse et du commerce.

S'agissant des professions de santé[945], les textes imposaient aux médecins, aux chirurgiens-dentistes et aux sages-femmes une double condition de nationalité et de possession d'un diplôme d'État français. Toutefois, ils sont dispensés de la condition de nationalité s'ils sont titulaires d'un diplôme d'État français ou d'un État membre de l'Union[946]. Si la condition de possession d'un diplôme d'État français ou d'un État membre de l'Union semblait difficilement contestable dans la mesure où elle visait à s'assurer que la personne qui prétend exercer une profession possède les compétences nécessaires, celle de nationalité nous semble difficilement défendable. Néanmoins, une logique résulte de l'exemption de la condition de nationalité dès lors que le diplôme ou le titre a été acquis en France ou dans un État membre de l'Union. Au demeurant, la condition de nationalité ne peut être opposée qu'aux professionnels de santé ayant obtenu leur diplôme dans un État tiers[947]. Dès lors, qu'en est-il des professionnels de santé, qu'ils soient nationaux ou étrangers, ayant obtenu leur diplôme dans un État tiers ? Cyril Wolmark, écrivait que ces médecins « à diplôme étranger ont toujours été considérés par le droit [français] comme des médecins de seconde zone. Ils ne peuvent s'installer en ville et n'ont pas accès au statut classiques de l'hôpital »[948].

Si des raisons étaient souvent évoquées à l'exigence de la condition de nationalité[949], elle semblait toutefois contraire à certains principes de valeur constitutionnelle, notamment le principe constitutionnel d'égalité. Aussi, elle nous parait contraire aux objectifs politiques

[942] Ancien article L 3332-3 du code de la santé publique « une personne qui veut ouvrir un café, un cabaret, un débit de boissons à consommer sur place est ténue de faire, quinze jours au moins à l'avance et par écrit, une déclaration indiquant […] le déclarant doit justifier qu'il est français ou ressortissant d'un autre État de la Communauté européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'espace économique européenne, les personnes d'une autre nationalité ne, pouvant, en aucun cas, exercer la profession de débitant de boissons ».
[943] Ibid.
[944] Ancien article R 511-4 du code des assurances, « toute personne physique mentionné sous l'un des numéros de l'article R 511-2 doit, sous réserve des dérogations prévues au chapitre II du présent titre […] être soit de nationalité française, soit ressortissante d'un État membre de la Communauté économique européenne, soit ressortissante d'un État dont la législation permet aux ressortissants français d'exercer sur son territoire une activité analogue, soit bénéficiant d'une convention internationale les assimilant aux ressortissants français… ».
[945] Article L 4111-1 du code de la santé publique « nul ne peut exercer la profession de médecin, de chirurgien-dentiste ou de sage-femme s'il n'est : […] 2, de nationalité française, de citoyenneté andorrane ou ressortissant d'un État membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'espace économique européen, du Maroc, de la Tunisie, sous réserve de l'application, le cas échéant, soit des règles fixées au présent chapitre, soit celles qui découlent d'engagements internationaux autres que ceux mentionnés au présent chapitre ».
[946] Article L 4111-1, 3° du code de la santé publique.
[947] La directive 2005/36 CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005, relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, a institué une reconnaissance des diplômes européens.
[948] WOLMARK Cyril, médecin étranger : un pas vers l'égalité, plein droit n°49, avril 2001.
[949] Le Gisti, article du plein droit ° 7, avril 1989 ; des discriminations jusqu'à quand ? Énumère un certain nombre de raison à la condition de nationalité.

affichés à Tampere de conférer aux ressortissants de pays tiers résidant légalement dans l'Union un statut comparable à celui des citoyens de l'Union.

Toutefois, dès 1998, le gouvernement français s'était engagé à « envisager la suppression des discriminations qui n'ont plus aucune signification »[950]. Depuis, on assiste à une amélioration, certes progressive des droits économiques des étrangers, mais encore insuffisante.

2) Le recul progressif mais insuffisant de la condition de nationalité

Depuis 1998, on assiste à un recul de la condition de nationalité pour l'exercice de certaines activités professionnelles. Ce recul s'explique par l'influence conjuguée des privatisations[951] et de la prise de conscience de l'illégalité de la condition de nationalité[952].

Le gouvernement français affichait en 1998 une volonté politique de lutter contre les discriminations racistes. A cette fin, le ministère de l'emploi et de la solidarité a lancé un appel d'offre « pour la conception, la mise en œuvre et la médiation d'une campagne d'information et de communication relative à la lutte contre les discriminations »[953]. Selon la ministre de l'époque « la campagne avait pour but de réaffirmer le principe de l'égalité de tous devant la loi, de l'égalité de traitement, du respect des droits de chacun et en conséquence, le refus de toute discrimination »[954], notamment en matière d'exercice d'une activité économique. Ces initiatives politiques se sont traduites sur le plan juridique par la suppression progressive de la condition de nationalité dans certains secteurs d'activité. Ainsi, alors que deux lettres ministérielles du 19 octobre 1970 et du 16 octobre 1980, adressées à l'Union nationale des caisses nationales de sécurité sociale, considéraient que devaient être réservés aux nationaux les emplois impliquant une gestion directe ou effective du service public de la protection sociale, une circulaire du 22 octobre 2001 a supprimé cette exigence en ouvrant les postes des

---

[950] L'exposé des motifs d'une Communication en conseil des ministres le 21 octobre 1998, madame la ministre de l'emploi et de la solidarité a déclaré qu'il « sera procédé à une analyse exhaustive des différentes professions dont l'exercice est interdit, en droit, aux étrangers…. A l'issu de cette analyse, le gouvernement envisagera la suppression des discriminations qui n'ont plus aucune signification ».

[951] SLAMA SERGE, Les emplois fermés : une exclusion illégitime, op cit, note 840, « la condition de nationalité a été abandonnée à l'occasion de privatisation d'entreprises ou de la libéralisation de certains secteurs, soit parce qu'avec la transformation du statut de ces établissements, ils ont cessé de recruter des fonctionnaires et donc n'ont plus appliqué de condition de nationalité pour les nouveaux recrutements (France Télécom, la Poste etc..). Ainsi, pour les agents d'EDF et de GDH, c'est au moment de la scission et de la création de GDF Suez, que le décret du 2 juillet 2008 a aboli la condition de nationalité française ».

[952] GISTI, lettre ouverte au premier ministre, « l'accès des étrangers aux emplois et droits à condition de nationalité », Paris le 9 avril 2001, https://www.gisti.org/doc/actions/2001/emplois/lettre.html

[953] Conseil des ministres du 21 octobre 1998, communication de la ministre de l'emploi et de la solidarité sur les orientations de la politique d'intégration des immigrés, [en ligne], consulté le 20 juin 2022, https://www.vie-publique.fr/discours/156840-conseil-des-ministre-du-21-octobre-1998-politique-dintegration

[954] Ibid.

organismes de sécurité sociale aux étrangers[955]. La circulaire du 22 octobre tendait à corriger l'illégalité de la condition de nationalité au regard de l'ancien article L 122- 45 du code de travail qui prévoyait, notamment, l'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité lors du recrutement. La RATP a connu la même évolution en décembre 2002[956]. De la même manière, la condition de nationalité n'est plus imposée pour être recruté comme personnel statutaire des industries électriques et gazières[957], pour être recruté aux aéroports de Paris, à France télécom, à la poste ou à l'Air France.

L'interdiction d'accès à certaines professions libérales tend également à disparaitre progressivement. Ainsi, les courtiers d'assurance, les agents généraux d'assurance, les mandataires d'assurance et les mandataires d'intermédiaires d'assurance ne sont plus soumis à une condition de nationalité depuis un décret de 2006[958]. Il convient également de noter que la condition de nationalité fixée à l'article 93 du décret 94-490, fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyage ou de séjour a également disparu du code de tourisme. Enfin, depuis 2009, les médecins, dentistes et sages-femmes étrangers, titulaire d'un diplôme français peuvent accéder à la profession sans que la condition de nationalité ne soit exigée. Bien qu'on assiste aujourd'hui à un recul de la condition de nationalité, elle demeure pour d'autres fonctions telles que les salariés de la SNCF soumis au statut de cheminots[959] ou encore le personnel du commissariat à l'énergie atomique[960].

A côté de l'exigence d'une condition de nationalité pour accéder à certaines activités professionnelles, un deuxième obstacle aux droits économiques des étrangers résulte de l'obligation qui leur est faite d'être en possession d'une autorisation de travail.

B. Les autorisations de travail, un obstacle potentiel aux droits économiques des étrangers

La quasi-totalité des États membres de l'Union exigent de l'étranger, pour accéder à l'emploi, l'obtention d'une autorisation préalable de travail[961]. C'est le « principe de la double

[955] Circulaire. DSS/4 B n° 2001/514 du 22 octobre 2001, relative à la non exigence de posséder la nationalité française pour occuper un emploi dans un organisme de sécurité sociale, NOR MESS0130701C, BO du ministère des Affaires sociales nº 2001-44, 29 oct. 2001
[956] Voir GISTI, « la RATP supprime la condition de nationalité », https://www.gisti.org/spip.phparticle689
[957] art. 4 de l'ann. au Décr. nº 46-1541 du 22 juin 1946, mod. par le Décr. nº 2008-653 du 2 juill. 2008, JO 4 juill
[958] Décret n°2006-1091 du 30 aout 2006 relatif à l'intermédiation en assurance et modifiant le code des assurances, NOR : ECOT0695159D.
[959] Décr. nº 50-637 du 1er juin 1950, JO 7 juin ; la reforme ferroviaire de 2018 a mis fin au statut.
[960] Art. 78 de la convention de travail du 19 mai 1982, IDCC 5505
[961] GUIMEZANES Nicole, La circulation et l'activité économique des étrangers dans la Communauté européenne : droit Communautaire, droits nationaux, nouvelle édition fiduciaire, 1990, p. 208.

autorisation individuelle et préalable à la mise au travail ». Bien que régulièrement entré dans l'État membre d'accueil, muni d'un passeport et d'un visa, d'un titre séjour, l'emploi de l'étranger est subordonné à l'obtention d'une autorisation de travail. En France, dès 1945, l'article 7 de l'ordonnance du 2 novembre prévoyait que « l'étranger ne peut exercer une activité professionnelle salariées en France sans y avoir été préalablement autorisé par le ministre chargé du travail. Cette autorisation est délivrée dans des conditions qui seront déterminées par un règlement d'administration publique. Elle précise notamment la profession et la zone dans laquelle l'étranger peut exercer son activité. Des décrets pris en forme de règlement d'administration peuvent également soumettre à autorisation l'exercice par les étrangers de telle ou telle activité professionnelle ». A la lecture de cette disposition, on comprend que l'exigence de l'autorisation concerne tant les activités salariées que les activités non salariées. Toutefois, si l'obtention de l'autorisation de travail est un principe général en matière d'activité salariée, elle n'est qu'une exception en matière d'activité non salariée, dans la mesure où cette exigence ne vaut, en matière d'activité non salariée, que si elle est exigée par un décret pris en forme de règlement d'administration publique. Des conditions spécifiques sont fixées pour la délivrance de l'autorisation de travail et des sanctions ont été prévues en cas de non-respect de l'obligation faite aux étrangers d'obtenir une autorisation de travail.

L'ancien article R 341-4-1 du code du travail déterminait les conditions de délivrance de l'autorisation de travail. Cet article prévoyait certains éléments devant être pris en compte pour autoriser ou refuser l'autorisation sollicitée : la situation de l'emploi dans la profession et dans la zone géographique pour lesquelles la demande est formulée ; l'adéquation entre la qualification, l'expérience et les caractéristiques de l'emploi auquel l'étranger postule ; le respect par l'employeur ou l'entreprise d'accueil de la législation relative au travail et à la protection sociale ; le respect par l'étranger des conditions réglementaires d'exercice de l'activité considérée ; les conditions d'emploi et de rémunération offertes à l'étranger, le salaire proposé. Il en résulte qu'aucun employeur ne pouvait engager ou conserver à son service un étranger non muni d'autorisation de travail[962]. L'administration pouvait se fonder sur un seul de ces critères d'appréciation pour refuser une autorisation de travail[963]. Dans un arrêt du 29

[962] Article L 8251-1 du code du travail « nul ne peut, directement ou indirectement, embaucher, conserver à son service ou employer pour quelque durée que ce soit un étranger non muni d'un titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France ».
[963] CE, 1 ss, du 29 avril 1988, 84409, inédit au recueil Lebon ; CE 2 ss, du 3 juillet 1995, 118906, inédit au recueil Lebon.

avril 1988[964], le Conseil d'état affirmait le principe selon lequel l'administration pouvait se fonder sur un seul des critères définis à l'article R 341-4-1du code du travail pour refuser de délivrer une autorisation de travail. En l'espèce, un ressortissant indien avait demandé une autorisation de travail en vue d'exercer à Paris la profession salariée d'ouvrier spécialisé en bijouterie. Cette demande a été rejetée au motif que, dans la profession et dans la région considérée, l'agence nationale pour l'emploi ne disposait que de cinq offres d'emploi pour 59 demandes. Le CE a ainsi considéré que l'article R 341-4 n'interdit pas à l'autorité administrative de refuser l'autorisation de travail en se fondant sur un seul des éléments d'appréciations.

Il résulte de l'analyse des conditions de délivrance de l'autorisation de travail que malgré la régularité de séjour, la situation du marché de l'emploi reste opposable à l'étranger. Le critère principal, qui constitue également le principal obstacle, est celui de l'examen de la situation du marché de l'emploi. Ce critère permet de donner la priorité aux travailleurs qui appartiennent déjà au marché du travail, qu'ils soient nationaux ou étrangers. Pour analyser la situation du marché de l'emploi, les autorités compétentes recourent à deux méthodes cumulatives : une analyse statistique de la situation de l'emploi et les recherches déjà accomplies par l'employeur pour recruter un candidat sur le marché du travail.

Il convient toutefois de noter une certaine évolution. En effet, en France, avant la loi du 11 mai 1998, il existait quatre modèles d'autorisation de travail : d'abord, la carte temporaire qui donnait le droit à son titulaire d'exercer une seule activité salariée, pour une durée limitée et dans une zone géographiquement circonscrite à un ou deux départements ; cette carte pouvait être renouvelée mais il n'est pas contesté qu'elle mettait l'étranger dans une situation de précarité ; ensuite la carte ordinaire à validité limitée qui permettait à son bénéficiaire d'exercer plusieurs activités salariées mentionnées sur la carte ; en troisième lieu, la carte ordinaire à validité permanente qui permettait d'exercer plusieurs activités sans limitation de durée et sur l'ensemble du territoire métropolitain, enfin, la carte permanente pour toute profession salariée.

Depuis la loi du 11 mai 1998, certaines autorisations de séjour sont assorties d'une autorisation de travail. Aux termes de l'article 5 de la loi du 11 mai 1998, la carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale » donne droit à l'exercice d'une activité professionnelle. Conformément à cette disposition, la situation du marché de l'emploi n'est pas

[964] CE, 1 ss, du 29 avril 1988, 84409, inédit au recueil Lebon ; CE 2 ss, du 3 juillet 1995, 118906, inédit au recueil Lebon.

opposable aux bénéficiaires de la carte de séjour portant la mention « vie privée familiale ». Cette position a été affirmé par le Conseil d'État dans son avis du 30 novembre 1998, qui considère que si le droit de séjour tiré de la protection de la vie privée et familiale « n'implique pas par lui-même et dans tous les cas le droit de travailler, le législateur a prévu à l'article 12 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, dans sa version issue de l'article 5 de la loi du mai 1998, la délivrance à l'étranger qui tire du droit au respect de sa vie privée et familiale un droit au séjour, d'une carte de séjour temporaire portant la mention vie privée et familiale qui donne droit à l'exercice d'une activité professionnelle. Il suit de là que ne peuvent être opposés à l'intéressé ni la situation de l'emploi ni le fait qu'il n'est pas en mesure de présenter un contrat de travail ou un engagement d'embauche »[965].

Les accords bilatéraux conclus par la France ne dispensent pas nécessairement les étrangers de l'obligation d'être en possession d'une autorisation de travail. En effet, si les articles L 111-2 et L 5221-1 du code du travail prévoient que l'autorisation de travail est exigée sous réserve des conventions internationales, certains accords internationaux ne produisent aucun effet de dispense. Tel est le sens de l'avis rendu par le Conseil d'État le 19 septembre 2014. En l'espèce, la question posée était de savoir si les dispositions du CESEDA et du code du travail relatives à l'obligation pour l'étranger d'être en possession d'une autorisation de travail pouvaient être écartées au profit des dispositions de l'accord franco-marocain du 9 octobre 1987. En réponse, le Conseil d'État a considéré que l'article 3 de l'accord franco-marocain ne fait pas obstacle à l'application des dispositions du code du travail qui précisent les éléments d'appréciation de la délivrance ou du refus de l'autorisation de travail[966]. Une décision similaire a été rendue concernant les ressortissants tunisiens[967]. Cela signifie que malgré l'existence d'un accord entre la France et le pays d'origine de l'étranger concerné, la situation du marché de l'emploi est susceptible d'être opposée à la demande d'autorisation de travail par les ressortissants des États concernés.

La situation du marché de l'emploi n'est en revanche pas opposable aux travailleurs exerçant un métier figurant sur la liste des métiers en tension.

Des sanctions sont prévues en cas d'inobservation par l'étranger de l'obligation d'être en possession d'une autorisation de travail. Gérard Lyon Caen[968] distingue deux types de

[965] CE, avis section, du 30 novembre 1998, 188350, publié au recueil Lebon.
[966] Conseil d'État, 7ème et 2ème sous sections réunies, 17 septembre 2014, 381256, publié au recueil Lebon.
[967] Conseil d'État, 2ème et 7ème SSR, 19 juin 2015, 384301.
[968]LYON-CAEN Gérard, Droit social européen, Dalloz, 2ème édition 1972.

sanctions : la sanction pénale et la nullité du contrat de travail. La sanction pénale visait l'employeur et non le salarié. Il s'agissait là d'un délit contraventionnel, c'est-à-dire d'un délit punissable alors que l'employeur n'a eu aucune intention délictueuse. Cette exigence résulte de l'obligation faite à l'employeur de vérifier la situation administrative de l'étranger qu'il engage. La loi sanctionnait également l'emploi de l'étranger dans une profession non mentionnée sur son autorisation de travail, ou l'emploi dans une zone géographique autre que celle mentionnée sur son autorisation de travail[969]. La deuxième sanction est celle de la nullité du contrat de travail. La doctrine qualifie cette nullité d'absolue[970], dans la mesure où le contrat a été conclu en violation d'une mesure d'ordre public, d'ordre public économique, à savoir la nécessité d'une autorisation de travail. Toutefois, cette nullité absolue n'exonère pas l'employeur de ses obligations vis-à-vis du salarié concerné. L'article L 8251-2 du code du travail prévoit que « le salarié étranger employé en méconnaissance des dispositions du premier alinéa de l'article L 8251-1 est assimilé, à compter de la date de son embauche, à un salarié régulièrement engagé au regard des obligations de l'employeur… ». Il s'agit là d'une nullité spécifique. Si le contrat de travail est nul et que le salarié a travaillé pendant quelques temps, la règle classique de la nullité voudrait que le salarié n'ait pas droit au salaire puisque la nullité rétroagit. Or, les articles L 8252-2 et suivants du code du travail reconnaissent un ensemble de droits au salarié employé en méconnaissance de l'obligation de l'autorisation de travail[971]. L'employeur est notamment tenu au paiement du salaire et des accessoires de celui-ci ; en cas de rupture de la relation de travail, à une indemnité forfaire égale à trois mois de salaire.

L'exigence d'une autorisation de travail peut être perçue comme un obstacle à l'intégration des étrangers dans la société de l'État membre d'accueil et peut s'apparenter à une forme de discrimination à l'emploi envers les étrangers. En effet, l'obligation faite à l'employeur de vérifier que le salarié étranger dispose d'une autorisation de travail peut les dissuader à les recruter, surtout lorsque ces étrangers se trouvent en concurrence avec un citoyen de l'Union sur le même poste. Il est toujours préférable pour les employeurs de recruter un salarié qui n'a pas nécessairement besoin d'autorisation pour travailler plutôt qu'un salarié qui en a besoin.

Il n'est pas certain que l'exigence de l'autorisation de travail soit conforme à l'alinéa 5 du préambule de la constitution de 1946 aux termes duquel « chacun a le droit de travailler et le

[969] Article L 8251-1, alinéa 2 du code du travail.
[970] LYON-CAEN Gérard, Droit social, op cit.
[971] Ibid.

droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ».

Le droit de l'Union européenne a permis d'améliorer la situation économique des ressortissants de pays tiers régulièrement établis dans l'Union, mais cette amélioration reste insuffisante et catégorisée.

§ II. L'incidence limitée du droit de l'Union sur l'accès des étrangers aux activités professionnelles

La condition des ressortissants de pays tiers régulièrement installés dans l'Union européenne est progressivement devenue une préoccupation majeure de l'Union. Avec l'adoption du traité d'Amsterdam, en 1997, on assiste à une communautarisation partielle de la politique européenne d'immigration et d'asile. Conformément à l'article 79 (ancien article 63), l'Union acquiert compétence pour adopter des mesures visant à définir les droits des ressortissants des pays tiers en séjour régulier dans un État membre. Il convient donc de s'interroger sur l'incidence des mesures adoptées par l'Union européenne en matière d'accès des étrangers au marché du travail du premier État membre d'accueil. S'il n'est pas contesté que les normes européennes ont permis d'améliorer la situation juridique des étrangers en matière d'accès à l'emploi (A), cette amélioration n'est que partielle (B).

A. L'apport du droit de l'Union : un apport fragmentaire

Les conclusions du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobres 1999 affichaient la volonté européenne de réserver aux ressortissants de pays tiers légalement établis dans un État membre un traitement équitable et des droits comparables à ceux des citoyens de l'Union. En dehors des conditions d'admission au séjour, les directives européennes définissent les conditions dans lesquelles les étrangers légalement établis dans un État membre peuvent accéder au marché du travail. S'il n'est pas contesté que les règles communes adoptées au sein de l'Union ont contribué à l'amélioration du statut économique des ressortissants des pays tiers[972], plusieurs catégories doivent être distinguées[973].

[972] MAZERON Florent, Le droit communautaire de l'immigration et de l'asile à l'épreuve du droit international, In BERTRANT Christine (dir) L'immigration dans l'Union. Aspect actuels de droit interne et de droit européen, L'Harmattan, 2008, P. 11-64, p.55.

[973] RODIERE Pierre, Droit social de l'Union européenne, op cit, p. 446 « le droit communautaire infléchit cependant la situation de certains de ces ressortissants, si bien que plusieurs catégories doivent être distinguées ».

Les conditions d'accès au marché du travail, en application des règles communes de l'Union, dépendent de la catégorie à laquelle appartient l'étranger concerné[974]. Dit autrement, les directives européennes déterminent des conditions spécifiques d'accès au travail de chaque catégorie d'étranger.

En effet, les conditions d'accès au marché du travail des États membres varient d'une directive à une autre. Ainsi, il convient d'analyser les différentes conditions déterminées dans les différentes directives européennes.

Une première remarque consiste à dire que les bénéficiaires d'une forme de protection internationale sont moins bien traités que les migrants économiques. Des conditions restrictives leur sont opposées. En effet, la directive 2004/81[975] CE du 29 avril 2004 renvoie à la compétence exclusive des États membres pour la détermination des conditions d'accès des victimes de la traite des êtres humains au marché du travail[976]. S'agissant des bénéficiaires de la protection temporaire, la directive 2001/55 CEE du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées, fait obligation aux États membres d'autoriser, pour une période qui ne dépasse pas la durée de la protection et sous réserve des règles nationales applicables à la profession choisie, l'exercice d'une activité salariée ou non salariée par l'étranger bénéficiaire dudit statut[977]. Toutefois, la même disposition prévoit que des motifs tenant aux politiques du marché de l'emploi peuvent justifier l'octroi d'une priorité d'accès au travail en faveur des citoyens de l'Union et aux citoyens des États liés par l'accord sur l'EEE, ainsi qu'aux ressortissants de pays tiers en séjour régulier qui bénéficient d'allocation de chômage. Il résulte de l'analyse de cette disposition que si les citoyens de l'Union et ceux de l'espace économique européen peuvent bénéficier d'une priorité d'accès à l'emploi au détriment du bénéficiaire de la protection

[974] ICARD Philippe, Les droits sociaux des tiers à la Communauté européenne : un impressionnisme juridique, in BERTRAND Christine (dir), L'immigration dans l'Union européenne. Aspects actuels de droit interne et de droit européen, L'Harmattan, 2008, p. 127, « le ressortissant de pays tiers se trouve, alors, à la confluence de multiples sources juridiques rendant son statut social particulièrement complexe, fragmentaire et générateur d'inégalité de traitement ».

[975] Directive 2004/81/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes.

[976] Article 11 de la directive 2004/81/CE du 29 avril 2004, relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes « les États membres définissent les règles selon lesquelles le bénéficiaire du titre de séjour est autorisé à accéder au marché du travail, à la formation professionnelle et à l'enseignement ».

[977] Article 12 de la directive 2001/55 CEE du 20 juillet 2001.

temporaire, le ressortissant du pays tiers ne bénéficie de cette priorité que s'il est allocataire d'assurance chômage.

Quant aux demandeurs d'asile, les conditions de leur admission au marché du travail de l'État membre d'accueil ont connu une évolution entre la directive 2003/9 et celle de 2013/33. En effet, sous l'empire de la directive 2003/9, les États membres pouvaient fixer une période, commençant à partir du dépôt de la demande, durant laquelle le demandeur n'avait pas accès au marché du travail[978]. Elle prévoyait également que si aucune décision en première instance n'avait été prise un an après la présentation de la demande d'asile et que ce retard ne pouvait pas être imputé au demandeur, les États devraient alors déterminer les conditions d'accès des intéressés au marché du travail[979]. En réalité, cette disposition se contentait d'inviter les États membres à déterminer les conditions d'accès des demandeurs d'asile au marché du travail un an après la présentation de la demande. Ainsi, il convient de noter que cette directive était peu favorable aux demandeurx d'asile. Pour remédier à cette situation peu favorable, la directive 2013/33 fait désormais obligation aux États membres de veiller à ce que les demandeurs aient accès au marché du travail dans un délai maximal de neuf mois à compter de la date d'instruction de la demande de protection internationale lorsqu'aucune décision en première instance n'a été rendue par l'autorité compétente et que ce retard ne peut être imputé au demandeur[980]. Si la formulation de l'article 15 de la directive 2013/33 limite l'exclusion du demandeur de protection internationale au marché de l'emploi à 9 mois au lieu de 12 prévus dans la directive 2003/9, les deux directives laissent une marge de manœuvre importante aux États membres, allant à l'encontre de la volonté européenne d'uniformiser le statut des réfugiés. En effet, la marge de manœuvre laissée aux États membres est susceptible d'avoir des conséquences négatives sur l'intégration des réfugiés et des demandeurs d'asile dans la société de l'État membre d'accueil[981]. Comme l'écrit Seline Trevisanut « si les conditions posées par l'État membre ne permettent pas au réfugié ou au demandeur d'asile d'exercer une activité lui assurant l'indépendance économique, il sera toujours dans une situation de dépendance ne lui permettant pas d'interagir sur le plan égalitaire avec les membres de la communauté locale »[982]. Il convient également d'ajouter qu'il sera susceptible d'être une charge pour la société de l'État d'accueil.

[978] Article 11 de la directive 2003/9.
[979] Article 11 de la directive 2003/9, paragraphe 2.
[980] Article 15 de la directive 2013/33.
[981] TREVISANUT Seline, La fragmentation des droits protégés des migrants en droit de l'Union européenne : entre différenciation nécessaire et besoin d'harmonisation, op cit, p. 178.
[982] Ibid.

Les conditions d'accès des réfugiés et des demandeurs d'asile au marché du travail étant largement définies par le droit national, la seule exigence posée par l'Union concerne l'effectivité de ce droit d'accès[983]. En conséquence, les conditions d'accès à l'emploi des réfugiés peuvent varier d'un État membre à un autre.

S'agissant des bénéficiaires du regroupement familial, les conditions d'accès au marché du travail sont définies à l'article 14 de la directive 2003/86. Cet article prévoit que les regroupés ont, au même titre que le regroupant, l'accès à un emploi salarié ou à une activité indépendante[984]. Toutefois, il est ajouté que « les États membres peuvent fixer, conformément à leur droit national, les conditions dans lesquelles des membres de la famille exercent une activité salariée ou indépendante. Peut être prévu un délai, qui ne peut en aucun cas dépasser douze mois, au cours duquel les États membres peuvent examiner la situation sur leur marché du travail avant d'autoriser les membres de la famille à exercer une activité salariée ou indépendante. Les États membres peuvent limiter l'accès à un emploi salarié ou à une activité indépendante des ascendants en ligne directe et du premier degré ou des enfants majeurs célibataires »[985]. Cette disposition transpose en matière d'accès à l'activité professionnelle, la logique qui consiste à distinguer les membres de la famille qui bénéficient d'un droit subjectif d'admission au séjour et ceux dont le séjour doit être favorisé. En effet, alors que les membres de la famille visés à l'article 4, paragraphe 1 de la directive 2003/86 bénéficient, dans un délai qui ne peut dépasser un an, de l'accès au marché du travail de l'État membre d'accueil au même titre que le regroupant, l'accès des membres de la famille dont le séjour doit être favorisé peut être limité à l'exercice d'un emploi salarié ou indépendant. En tout état de cause, durant la première année de séjour, le droit de l'Union autorise les États membres à opposer la situation du marché de travail aux étrangers ayant bénéficié du regroupement familial.

L'analyse des conditions d'accès de ces catégories de ressortissants de pays tiers au marché du travail des États membres nous permet d'affirmer qu'une marche de manouvre importante est laissée aux États membres en la matière. La comparaison de leur situation avec celle des titulaires de la carte bleue européenne témoigne la variabilité du droit européen.

Concernant les titulaires de la carte bleue européenne, leur accès au marché du travail présente un caractère évolutif et a connu une évolution entre les directives 2009/50 et 2021/1883. En

[983] Article 15, paragraphe 2 de la directive 2013/33 « les États membres décident dans quelles conditions l'accès au marché du travail est octroyé au demandeur, conformément à leur droit national, tout en garantissant que les demandeurs ont un accès effectif à ce droit ».
[984] Article 14, paragraphe 1, b, de la directive 2003/86.
[985] Article 14 de la directive 2003/86, paragraphe 2 et 3.

effet, la directive 2009/50 limitait l'accès des bénéficiaires de la carte bleue européenne, durant les deux premières années, à l'emploi hautement qualifié pour lequel ils ont été admis à séjourner dans l'Union[986]. L'accès à d'autres emplois qualifiés, au même titre que les nationaux, ne pouvait intervenir qu'à l'issue des deux premières années d'emploi légal[987]. La directive 2021/1883 a ramené ce délai à douze mois au lieu de vingt-quatre prévus par la directive 2009/50[988]. Le changement d'employeur est subordonné à deux conditions cumulatives : l'information des autorités compétentes de l'État membre d'accueil et à la vérification du marché du travail de l'État membre concerné[989]. Le droit du titulaire de la carte bleue peut être suspendu pour une durée maximale de trente jours pendant que l'État membre concerné vérifie que les conditions d'admission initiales sont remplies et que l'emploie concerné ne pouvait pas être occupé par un salarié appartenant déjà au marché du travail[990]. Conformément à la nouvelle directive 2021/1883, après l'expiration des douze premiers mois, la compétence des États membres en matière du changement d'emplois des bénéficiaires de la carte bleue européenne se limite à l'exigence d'une communication préalable, et « cette exigence ne suspend pas le droit » de l'intéressé d'accepter et d'exercer un nouvel emploi. Si la directive 2021/1883 est présentée comme améliorant le statut des bénéficiaires de la carte bleue européenne, on y retrouve la fameuse clause de préférence communautaire. En effet, le paragraphe 8 de l'article 15 de la directive prévoit que « par dérogation au paragraphe 1, un État membre peut maintenir des restrictions concernant l'accès à l'emploi, conformément au droit national ou au droit de l'Union en vigueur, à condition que l'emploi concerné implique une participation au moins occasionnelle à l'exercice de l'autorité publique et la responsabilité de la sauvegarde de l'intérêt général de l'État, ou que l'emploi concerné soit réservé aux ressortissants dudit État membre, aux citoyens de l'Union ou aux citoyens de l'EEE ». Il en résulte que, bien qu'appartenant déjà au marché du travail, les titulaires de la carte bleue européenne ne bénéficient pas de l'égalité de traitement avec les citoyens de l'Union et ceux de l'EEE en matière d'accès à l'emploi lorsqu'ils décident de changer d'employeur. Deux observations résultent de cette analyse : d'une part, le droit de l'Union n'a pas permis d'uniformiser le statut économique des ressortissants des pays tiers, d'autres part, elle affirme le principe de la préférence Communautaire quel que soit le statut de l'étranger concerné.

[986] Article 12 de la directive 2009/50
[987] Ibid.
[988] Article 15 de la directive 2021/1883
[989] Article 15, paragraphe 2, a, b, de la directive 2021/1883.
[990] Article 15, paragraphe 2 de la directive 2021/1883

Les limites de l'apport du droit de l'Union en la matière se situent principalement au niveau de la préférence communautaire et de l'opposabilité de la situation du marché de l'emploi.

B. Les limites de l'apport des normes européennes

En matière d'accès à l'emploi, on retrouve dans chacune des directives européennes relatives au statut des étrangers soit une clause de préférence communautaire soit des considérations liées à la situation du marché du travail national ou les deux à la fois. Par exemple, l'article 12 de la directive 2001/55, relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personne déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil dispose que « pour des motifs tenant aux politiques du marché de l'emploi, les États membres peuvent accorder la priorité aux citoyens de l'Union européenne et aux citoyens des États liés par l'accord sur l'espace économique européen, ainsi qu'aux ressortissants de pays tiers en séjour régulier qui bénéficient d'allocation de chômage ». On retrouve cette préférence communautaire à l'article 11, paragraphe 4 de la directive 2003/9 relative aux normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres. Si la directive 2003/86 ne prévoit pas de préférence communautaire vis-à-vis des étrangers ayant bénéficié du regroupement familial, elle subordonne leur accès au marché du travail à l'état du marché national de travail. Le changement d'emploi des bénéficiaires de la carte bleue européenne peut être soumis, à la fois, à la préférence communautaire et la situation du marché de l'emploi.

En vue de réaliser les objectifs politiques du Conseil européen de Tampere, a été adoptée le 13 décembre 2011 la directive 2011/98 établissant une procédure de demande unique en vue de la délivrance d'un permis unique autorisant les ressortissants des 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. L'un des objectifs de cette directive était de faciliter la procédure permettant à un ressortissant d'un pays tiers d'être admis à travailler dans un État membre en établissant une procédure de demande unique en vue de la délivrance d'un permis unique de travail et de séjour. L'idée consistait à assortir le titre de séjour d'une autorisation de séjour. Elle visait également à garantir l'égalité de traitement entre les travailleurs des pays tiers et les citoyens de l'Union.

Ainsi, la directive ne prévoit aucune analyse de la situation du marché du travail pour la délivrance du permis unique[991]. Les bénéficiaires de ce permis unique sont dispensés de la demande d'autorisation de travail[992].

Toutefois, le champ d'application de cette directive est limité. Certes, la directive s'applique non seulement aux ressortissants de pays tiers qui demandent à résider dans un État membre afin d'y travailler[993], mais aussi à ceux qui ont été admis à d'autres fins que le travail conformément au droit de l'Union ou au droit national[994]. Cependant, elle ne s'applique à ces derniers que s'ils avaient été préalablement autorisés à travailler dans l'État membre d'accueil[995]. Sont également exclus du champ d'application de la directive les étrangers bénéficiaires d'une protection internationale[996].

Les différences de traitement entre les citoyens de l'Union et les ressortissants de pays tiers en matière d'accès aux activités économiques sont susceptibles de rendre difficile l'intégration des étrangers. Nombreuses sont des études qui démontrent que les ressortissants des pays tiers sont les plus confrontés au chômage. Ce taux élevé de chômage n'est-il pas dû à la préférence communautaire ?

Qu'en est-il de la mobilité intra-européenne des ressortissants de pays tiers ? Cette mobilité se réfère aux mouvements de ressortissants de pays tiers d'un État membre de l'Union à un autre en vue d'y séjourner plus de trois mois, principalement à des fins d'emploi.

Section II. Le statut juridique hétérogène des étrangers en matière de mobilité intra-européenne

S'il ne fait plus aucun doute que les ressortissants des pays tiers légalement installés dans les États membres étaient initialement exclus du bénéfice des dispositions relatives à la libre circulation des personnes[997], certaines hésitations sont nées de la suppression des contrôles aux frontières intérieures (paragraphe I). Le traité d'Amsterdam, en communautarisant la politique

[991] Voir article 4 de la directive 2011/98.
[992] Article 11, c, de la directive 2011/98.
[993] Article 3, paragraphe 1, a, directive 2011/98
[994] Article 3, paragraphe 1,b, directive 2011/98
[995] Ibid.
[996] Article 3, paragraphe 2, g, directive 2011/98
[997] GAUTIER Marie, L'immigration intra-européenne, in GAUTHIER Catherine, GAUTIER Marie, L'immigration légale : aspects de droits européens, Bruylant, 2011, p. 44-45 « pour l'essentiel des États membres, que l'étranger [le ressortissant de pays tiers], soit en provenance de son pays d'origine ou qu'il vienne d'un autre États membre est indifférent : il doit remplir les mêmes conditions et effectuer les mêmes démarche pour que son séjour soit légal ».

européenne d'immigration, a apporté une réponse claire à ces hésitations et à inclus la question de la libre circulation des étrangers « dans les mesures d'accompagnement de la politique commune d'immigration ». L'article 63, paragraphe 4 du TCE, (nouvel article 79, s 1 et 2 TFUE) donnait ainsi compétence à l'Union pour adopter des mesures relatives à la libre circulation des étrangers légalement établis dans les États membres. Toutefois, les normes de droit dérivé adoptées sur le fondement de cette disposition n'ont reconnu le droit à la libre circulation qu'en faveur de certaines catégories d'étrangers et sous conditions (paragraphe II). L'exclusion des autres catégories d'étrangers ne traduit-elle pas une remise en cause du principe de confiance mutuelle en matière d'immigration ? (paragraphe III).

§ I. L'exclusion initiale des étrangers du bénéfice des dispositions relatives à la libre circulation des personnes

Dès 1957, l'abolition des obstacles à la libre circulation des personnes dans les États membres a été qualifiée « d'action de la Communauté »[998]. A l'origine, l'exercice de ce droit était subordonné non seulement à l'exercice d'une activité économique, mais aussi à la qualité de ressortissants d'un État membre (A). Ainsi, la libre circulation dans le marché commun ne s'opposait pas au maintien des contrôles aux frontières intérieures. Le maintien des contrôles aux frontières nationales avaient pour objectifs de vérifier que les personnes disposaient de la qualité de ressortissants d'un État membre de la Communauté. Toutefois, dans les années 1980, en supprimant les contrôles aux frontières intérieures, on s'est légitiment demandé s'il ne s'agissait pas d'une ouverture tant pour les ressortissants communautaires que pour les étrangers établis dans un État membre (B).

[998] Article 3,c du traité de Rome.

A. La liberté de circulation avant la suppression des contrôles aux frontières intérieures : un droit des actifs communautaires et des membres de leurs familles

Initialement, la liberté de circulation était réservée aux citoyens actifs des États membres[999] et aux membres de leurs familles[1000]. Les ressortissants des pays tiers et les citoyens non actifs des États membres étaient exclus du bénéfice de cette liberté[1001].

Cette exclusion était certaine en matière de liberté d'établissement et de prestation de services. En effet, l'article 52 visait, en matière d'établissement, spécifiquement les ressortissants des États membres en disposant que « les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont progressivement supprimées en cours de la période de transition »[1002]. De la même manière, l'article 59, relatif à la libre prestation de services, visait également les seuls prestataires de services ressortissants d'un État membre de la Communauté[1003]. En revanche, l'exclusion des travailleurs ressortissants de pays tiers de la libre circulation des travailleurs salariés ne se déduisait pas directement du droit primaire, dans la mesure où l'article 48 du traité de Rome visait « les travailleurs des États membres » et non les travailleurs ressortissants des États membres[1004]. Que convenait-il d'entendre par travailleurs des États membres ? S'agissait-il seulement des travailleurs ayant la nationalité d'un État membre ou plus largement de tout travailleur établi dans un État membre ? Autrement dit, la libre circulation des travailleurs, telle que conçue dans le traité de Rome et les

[999] Article 1, du règlement 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, « tout ressortissant d'un État membre, quel que soit le lieu de sa résidence, à le droit d'accéder à une activité salariée et de l'exercer sur le territoire d'un autre État membre, conformément aux dispositions législatives, réglementaires et administratives régissant l'emploi des travailleurs nationaux de cet État ».

[1000] Article 10, du règlement 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, « ont le droit de s'installer avec le travailleur ressortissant d'un État membre employé sur le territoire d'un autre État membre, quelle que soit leur nationalité… ».

[1001] JULIEN LAFFERIERE François, Entrée, séjour et mesure d'éloignement, in BONNECHERE Michèle, trente ans de libre circulation des travailleurs, Documentation française, 1998, p. 105, « le ressortissant communautaire bénéficie d'un régime plus favorable que l'étranger en général-y compris l'étranger à qui s'applique la clause de la nation la plus favorisée-, parce que le ressortissant communautaire est appréhendé en tant qu'acteur économique. Ce qui est la logique du traité de Rome ».

[1002] Article 52 du TCEE.

[1003] Article 59 TCE « dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté sont progressivement supprimées au cours de la période de transition à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestations ».

[1004] Article 48 du traité de Rome « la libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de la Communauté au plus tard à l'expiration de la période de transition. Elle comporte l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail…».

normes de droit dérivé adoptées en vue de son application, incluait elle les travailleurs ressortissants de pays tiers régulièrement établis dans un État membre ?

La question de l'applicabilité de l'article 48 du traité aux ressortissants des pays tiers présents dans la Communauté a fait l'objet d'une controverse doctrinale[1005]. Alors que certains auteurs, en se fondant sur le but et l'objet de l'article 48, considéraient qu'il était applicable aux travailleurs ressortissants de pays tiers établis dans l'Union[1006], d'autres, au contraire, excluaient les étrangers de son champ d'application personnel[1007].

L'exclusion des travailleurs étrangers du champ d'application personnel de la libre circulation des personnes se déduisait des textes successifs de mise en œuvre de l'article 48. Dès 1968, le règlement 1612/68, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté limitait le champ d'application aux seuls ressortissants communautaires en disposant que « tout ressortissant d'un État membre, quel que soit le lieu de sa résidence, a le droit d'accéder à une activité salariée et de l'exercer sur le territoire d'un autre État membre[1008]… ». Ainsi, en application de ce texte, les bénéficiaires de la libre circulation des personnes étaient les travailleurs ayant la nationalité d'un État membre. La Commission avait proposé d'étendre le champ d'application de la libre circulation aux apatrides et aux réfugiés sans considération de

[1005]LANFRANCHI Marie-Pierre, Droit communautaire et travailleurs migrants des États tiers : entrée et circulation dans la Communauté européenne, economica, 1994, p. 20 « Que faut-il entendre par travailleurs des États membres ? La formule signifierait-elle que l'article 48 est applicable sans condition de nationalité ? Si l'on se réfère au but ainsi qu'à l'objet du traité, la tentation est grande de pencher en faveur d'une réponse positive. Pourtant, l'interprétation retenue, celle qui s'impose à la lecture du droit dérivé, celle qui parait avoir la préférence du juge, celle enfin qui recueille l'adhésion de la majorité de la doctrine, est restrictive : l'article 48 s'applique aux seuls ressortissants des États membres. Ce constat ne doit toutefois pas masquer les revendications actuelles en faveur d'une application de la libre circulation aux travailleurs ressortissants des États tiers résidant légalement dans la Communauté ».

[1006] GAUTIER Marie, L'immigration intra-européenne, op cit, p. 46 « le fait de maintenir des obstacles à la libre circulation des étrangers régulièrement installés sur le territoire européen apparait tout d'abord comme un élément illogique dans le bel ordonnancement du jardin à la française que devrait être le marché intérieur. L'harmonisation des conditions d'entrée des étrangers et la suppression des contrôles aux frontières internes devraient en toute logique se poursuivre par la liberté de circulation complète pour les étrangers légalement installés à l'intérieure de la zone commune. […] Le refus d'accorder aux étrangers une complète libre circulation sur le territoire de l'Union européenne est triplement contradictoire avec la logique du marché intérieur. Cela l'est tout d'abord si l'on prend l'objectif économique du marché intérieur, puisqu'il s'agit alors de permettre une allocation optimale des facteurs de production […] » ; PLENDER Richard, La libre circulation des personnes en droit européen, in FLORY Maurice, HOGGINS Rosalyn (dir), Liberté de circulation des personnes en droit international, Economica, 1986, p. 61 « les auteurs de cette disposition [article 48] ont voulu laisser la possibilité à la Communauté de développer un marché commun du travail correspondant à celui des marchandises, accompagné par une politique extérieure commune en matière de main d'œuvre en provenance des pays tiers et par la libre circulation, au sein de la Communauté, des migrants déjà établis ».

[1007] Cf, EVANS John Maxwell, Immigration law, sweet and Maxwell, 1983, p. 202- 203, cité par LANFRANCHI Marie-Pierre, Droit communautaire et travailleurs migrants des États tiers, op cit, p. 25.

[1008] Article 1 du règlement 1612/68.

nationalité ; l'idée n'a pas été retenue[1009]. « Les représentant des gouvernements s'en sont tenus à une déclaration d'intention selon laquelle l'entrée sur le territoire d'un État membre afin d'y exercer une activité salariée, de réfugiés reconnus comme tels au sens de la Convention de 1951 et établis sur le territoire d'un autre État membre de la Communauté, devrait être examinée avec une faveur particulière, notamment pour consentir à ces réfugiés un traitement aussi favorable que possible »[1010]. Le Parlement a tenté, sans succès, d'étendre le champ d'application de la libre circulation à certains ressortissants de pays tiers légalement établis dans les États membres tels que : « les ressortissants de pays tiers qui étaient domiciliés avant d'avoir l'âge de six ans dans un État membre et y ont séjourné régulièrement depuis lors ainsi qu'aux réfugiés politiques et aux apatrides reconnus dans un État membre qui y résident ». Toutefois, ces tentatives d'extension ont toutes échoué.

L'exclusion des étrangers se déduisait également implicitement de la jurisprudence de la Cour .de justice[1011].

Dans l'arrêt *Santillo* relatif aux garanties procédurales que doivent bénéficier les ressortissants des États membres avant toutes mesures d'éloignement pour des motifs d'ordre public, la Cour définit la libre circulation au sens de l'article 48 comme « le droit pour les ressortissants des États membres (…) de se déplacer librement sur le territoire des États membres et de séjourner dans un État membre afin d'y exercer un emploi conformément aux dispositions législatives, réglementaires et administratives régissant l'emploi des travailleurs nationaux »[1012].

De la même manière, dans son arrêt Mead du 7 aout 1984[1013], la Cour de justice a eu l'occasion de préciser le champ d'application personnel des dispositions relatives à la libre circulation des personnes. En l'espèce, le litige opposait la caisse d'allocation familiale de la région parisienne à Monsieur Mead, citoyen américain, son épouse et ses deux enfants, citoyens britanniques, au sujet de la suppression des allocations familiales et du remboursement des sommes allouées. En effet, jusqu'en 1980, les époux Mead avaient perçu les allocations familiales au titre de leurs deux enfants en vertu des dispositions françaises qui prévoyaient que ces allocations sont dues à partir du deuxième enfant à charge résidant en France. Ayant eu connaissance que l'un des enfants Mead poursuivait ses études scolaires dans un collège en Angleterre, la Caisse

[1009]Cf, LANFRANCHI Marie-Pierre, Droit communautaire et travailleurs migrants des États tiers : entrée et circulation dans la Communauté européenne, economica, 1994, p. 27.
[1010] Ibid., déclaration n°64/305 du 25 mars 1964, JOCE n° 78 du 22 mai 1964, p. 1225 ; déclaration de mars 1984, JOCE C 210 du 21 aout 1985, P.2.
[1011] CJCE, du 23 November 1976, Kermaschek, C-40/76.
[1012] CJCE, 20 mai 1980, Santillo c/ Secretary of state for home affairs, aff C-131/79.
[1013] CJCE, 7 aout 1984, M et Mme Richard Mead, aff C-238/83.

d'allocation familiale a demandé le remboursement des allocations perçues à compter de la date du départ. Les époux Mead se sont défendus en évoquant le principe de la libre circulation des personnes et plus particulièrement l'article 48 du traité CEE. C'est dans ce contexte que la première instance du contentieux de la sécurité sociale et de la mutualité agricole a décidé de sursoir à statuer et d'interroger la Cour de justice sur la question de savoir si la suspension du versement des allocations et la demande de remboursement des sommes indument perçues étaient compatibles avec l'article 48 du traité CEE. Autrement dit, la Cour devait se prononcer, d'une part, sur le champ d'application personnel de la libre circulation des personnes et, d'autre part, sur le champ d'application du règlement 1408/71 sur la sécurité sociale des travailleurs migrant. Dans ses conclusions, l'avocat général, Federico Mancini, s'est interrogé sur l'étendue du champ d'application personnel et matériel de l'article 48 TCEE et a considéré que « les prestataires visés à l'article 48 doivent être des nationaux des États membres »[1014], que cette disposition « ne peut être appliqué ni à un citoyen d'un pays tiers ni à un étudiant ». Conformément aux conclusions de l'avocat général, la Cour s'est prononcée en faveur de l'exclusion des ressortissants des pays tiers du bénéfice des disposition relatives à la libre circulation des personnes en considérant que « ni le règlement n° 1408/71 ni l'article 48 du traité ne s'opposent à la suppression, conformément à la législation nationale, au motif qu'un enfant poursuit ses études dans un autre État membre, du bénéfice des allocations familiales lorsque les parents de l'enfant concerné sont ressortissants d'un pays tiers ou n'exerce aucune activité de travailleur salarié »[1015].

Ainsi, on s'aperçoit que les travailleurs ressortissants de pays tiers, bien que légalement établis dans les États membres de l'Union, étaient exclus du champ d'application des dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs.

Depuis l'adoption de l'Acte unique européen en 1986 et la volonté manifestée de relancer le marché intérieur, la question de la libre circulation des ressortissants des pays tiers légalement admis au séjour a pris une autre tournure.

B. Les hésitations issues de la suppression des contrôles aux frontières intérieures

Avec l'adoption de l'Acte unique européen, en vue d'achever le marché commun, rebaptisé marché intérieur, avant le premier janvier 1993, nous avons assisté à une nouvelle conception

[1014] Conclusion de l'Avocat général dans l'affaire précitée.
[1015] CJCE, 7 aout 1984, M et Mme Richard Mead, aff C-238/83

de la libre circulation des personnes. Pour atteindre les objectifs de l'Acte unique, son article 13, incorporé au traité CEE à l'article 8 A, définit le marché intérieur comme « un espace sans frontière intérieures dans lequel la libre circulation (…) des personnes (…) est assurée selon les dispositions du présent traité ». Si l'objectif d'assurer la libre circulation des personnes n'est pas une innovation, l'Acte unique européen apporte une conception nouvelle[1016]. En effet, selon Marie-Pierre Lafranchi : « alors que l'article 3 c du traité de Rome invoquait une simple abolition des obstacles à la libre circulation, l'Acte unique lie clairement la libre circulation des personnes à l'abolition des frontières intérieures »[1017]. Sans toutefois indiquer précisément les individus appelés à jouir des libertés de circulation et de séjour au sein de la Communauté. Une controverse est apparue quant à l'interprétation de l'article 8 A CEE. L'emploi du terme « personne » sans plus de précision, pouvait laisser entendre que toute personne établie dans un État membre était appelée à bénéficier des libertés de circulation, tandis que l'emploi des termes « selon les dispositions du présent traité » semblait au contraire réserver ces nouveaux droits aux seuls ressortissants des États membres[1018]. Ainsi, la question était de savoir si l'article 8 A incluait les ressortissants des pays tiers dans son champ d'application (1).

Apres avoir répondu à cette première question, il conviendra de déterminer la notion même de la libre circulation au sens de l'article 8 A du traité CEE. Autrement dit, l'article 8 A CEE emportait il pour les ressortissants des pays tiers un droit d'accès au marché de l'emploi des États membres ? (2).

1) Le débat sur l'inclusion des ressortissants des pays tiers de la libre circulation au sens de l'article 8 A CEE

L'article 8 A CEE décrit un « espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des personnes est assurée, selon les dispositions du traité »[1019]. Il n'apporte aucune précision sur la nationalité des bénéficiaires de cette liberté de circulation. Ainsi, deux interprétations possibles résultaient de cette disposition. On pouvait, d'une part, considérer que la libre circulation au sens de l'article 8 A s'applique tant aux ressortissants des États membres qu'aux

[1016] LANFRANCHI Marie-Pierre, Droit communautaire et travailleurs migrants des États tiers : entré et circulation dans la Communauté européenne, op cit, p.41.
[1017] Ibid.
[1018] DE BRUYCKER Philippe, Les politique d'harmonisation du statut administratif des ressortissants d'États tiers en Europe, in JADOUL Pierre, mignon Éric, (dir), Le droit des étrangers : statuts, évolution européenne, droits économiques et sociaux, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, p. 215 et suivants.
[1019] Article 13, paragraphe 2 de l'Acte unique européen, « le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du présent traité ».

ressortissants des pays tiers régulièrement établis dans un État membre. D'autre part, on pouvait considérer que cette liberté de circulation visait uniquement les ressortissants des États membres de la Communauté. L'interprétation de l'article 8 A a donné lieu à un débat entre les tenants d'une interprétation libérale et ceux d'une interprétation restrictive[1020]. Pour les tenants de l'interprétation libérale, la libre circulation au sens de l'article 8 A CEE s'applique sans considération de nationalité. Cette thèse repose sur un argument fondamental selon lequel l'exclusion des ressortissants des États tiers du bénéfice de la mobilité intra-européenne serait contraire à la logique du marché intérieur[1021]. L'exclusion des étrangers conduirait ainsi à maintenir des contrôles aux frontières intérieures, afin de vérifier que celui qui prétend franchir les frontières a bien la nationalité d'un État membre[1022]. Autrement dit, le maintien des contrôles visant à exclure les étrangers du bénéfice de la libre circulation compromettrait l'effectivité de la liberté de circulation des ressortissants des États membres. Partant de cette logique, si la Commission ne s'opposait pas à un traitement différencié entre ressortissants de pays tiers et ressortissants communautaires, ce traitement différencié ne devait pas conduire à restreindre les droits de ces derniers[1023].

Dès 1985, dans son fameux livre blanc[1024], la Commission considérait que la suppression des contrôles aux frontières intérieures permettrait aux ressortissants de pays tiers établis dans les États membres de « se déplacer librement à l'intérieur de la Communauté ». Elle entendait faire une proposition relative à la « coordination des règles applicables aux ressortissants de pays non communautaires en matière de résidence, d'entrée et d'accès à l'emploi ». L'extension du champ d'application de la libre circulation en faveur des ressortissants des pays tiers résidants

[1020] LANFRANCHI Marie-Pierre, Droit communautaire et travailleurs migrants des États tiers : entré et circulation dans la Communauté européenne, op cit, p. 49, « la Commission, appuyée par certains commentateurs de l'Acte unique, soutient à cet égard une interprétation libérale que la majorité des États membre n'a jamais démentie : elle considère que la libre circulation au sein du marché intérieur s'applique tant aux ressortissants des États membres qu'à ceux des États tiers résidant légalement dans la Communauté ».
[1021] Ibid.
[1022]LOBKOWICS W, cité par DE BRUYCKER Philippe, La politique d'harmonisation du statut administratif des ressortissants d'États tiers en Europe, op cit, « dans l'hypothèse de limitation de la libre circulation aux seuls ressortissants des États membres, il demeurait toujours indispensable de constater à la frontière quelle est la nationalité du voyageur. Or une telle constatation ne peut se faire que par un contrôle, qui par lui-même est antinomique avec la notion d'espace sans frontières. Accepter un contrôle de nationalité ne peut conduire qu'à un allègement des contrôles et non à leur suppression ».
[1023] COM (1990), 0552, l'achèvement du marché intérieur : un espace sans frontière intérieures rapport sur l'état des travaux requis par l'article 8 du traité « la distinction entre ressortissants communautaires et non communautaires pour établir l'applicabilité du traité reste pertinente jusqu'à une certaine limite, cette limite intervient dès qu'intervient le risque pour un ressortissant communautaire d'être contrôlé à la frontière ; un tel risque ne constituerait une solution satisfaisante pour personne ».
[1024] Commission, 14 juin 1985, livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur.

dans les États membres de l'Union correspondait, selon la Commission, à une logique fonctionnelle de la suppression des contrôles aux frontières intérieures.

Contrairement à la Commission, le Parlement a développé des arguments basés sur des droits fondamentaux en faveur de l'inclusion des étrangers dans le champ d'application personnel de la libre circulation des personnes. En effet, dans une résolution[1025], il considère que l'obligation de visa à l'égard des ressortissants de pays tiers établis dans les États membres depuis plus de cinq ans « entrave de manière inadmissible et intolérable les contacts sociaux et familiaux »[1026] de ces étrangers, qu'elle rend « impossible non seulement toute visite à l'improviste de ces travailleurs migrants auprès de leurs connaissances, amis et parents résidant dans un autre pays de la Communauté, mais aussi toute visite pressante en vue de porter rapidement assistance en cas de maladie ou d'accident, ainsi que toute participation aux réunions familiales imprévues, à l'occasion notamment de naissance ou de décès »[1027]. Le Parlement va jusqu'à considérer que l'exclusion des étrangers pourrait entrainer un traitement discriminatoire vis-à-vis des enfants et adolescents issus de familles étrangères, notamment à l'occasion des voyages scolaires[1028]. Pour le Parlement, l'exigence d'une obligation de visa pour le déplacement intra-communautaire des ressortissants des pays tiers constitue une discrimination et un facteur d'isolement. Dans cette optique, le parlement invitait les États membres à supprimer l'obligation de visa pour tous les ressortissants pays tiers établis dans la Communauté depuis au moins 5 ans[1029]. L'exclusion des étrangers du champ d'application des dispositions relatives au libre franchissement des frontières intérieures serait contraire aux engagements pris par les institutions communautaires de lutter contre le racisme et la xénophobie[1030]. Cette exclusion serait aussi contraire à la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, qui établit l'égalité de traitement en matière de conditions de vie et de travail entre les migrants, sans considération de nationalité. Le parlement réclamait l'adoption d'une directive visant à supprimer l'obligation de visa à l'égard des étrangers établis dans l'Union depuis au moins 5 ans. Cette proposition du Parlement visait à mettre en place une totale égalité

[1025] Parlement européen, résolution sur les entraves à la libre circulation des personnes dans la Communauté européenne, « exigences relatives aux visas pour les ressortissants des pays tiers, JOCE C 176 du 14 juillet 1986, pp. 127-128, cité par LANFRANCHI Marie-Pierre, Droit communautaire et travailleurs migrants des États tiers, op cit, p. 34.
[1026] Ibid.
[1027] Ibid.
[1028] Ibid.
[1029] Ibid.
[1030] Ibid.

de traitement entre étrangers et ressortissants d'États membres. Il convient toutefois de noter qu'aucune de ces propositions n'a été immédiatement suivie d'effet normatif.

A l'opposé des institutions communautaires, certains États membres considéraient que les ressortissants des pays tiers ne jouissaient de la libre circulation des personnes tant que celle-ci ne leur aurait pas été accordée par le droit dérivé. Ces États considéraient que seuls les ressortissants des États membres pouvaient revendiquer le bénéfice de l'article 8 A. Selon eux, la suppression des contrôles aux frontières intérieures au profit des ressortissants des États membres n'empêchait pas de contrôler la mobilité des ressortissants des pays tiers. Les États membres, partisans d'une interprétation restrictive de l'article 8 A, évoquaient au soutien de leur thèse que la conférence des États membres avait adopté au moment de la signature de l'Acte unique une déclaration aux termes de laquelle « aucune de ces dispositions (article 13 à 19) n'affecte le droit des États membres de prendre des mesures qu'ils jugent nécessaires en matière de contrôle de l'immigration de pays tiers ainsi qu'en matière de lutte contre le terrorisme, la criminalité, le trafic de drogue et le trafic des œuvres d'art et des antiquités »[1031]. Pour ces États, le contrôle de nationalité pour le bénéfice de la libre circulation des personnes n'était pas nécessairement incompatible avec le principe de la suppression des contrôles aux frontières intérieures. Toutefois, ils reconnaissaient que ce contrôle ne devait pas perturber gravement la libre circulation des ressortissants des États membres ; et pour éviter que l'exclusion des étrangers ne perturbe la libre circulation des ressortissants des États membres, ces États proposaient de reprendre les solutions proposées par la Commission dans le cadre de la simplification des conditions de franchissement des frontières intérieures par les ressortissants des États membres[1032]. Ainsi, selon la thèse développée par ces États, l'achèvement du marché intérieur ne devait pas se traduire par la suppression mais par l'allègement des contrôles aux frontières intérieures.

Le traité de Maastricht du 7 février 1992 semblait donner raison aux États membres. En effet, l'article G du traité de Maastricht qui a introduit un nouvel article 3 dans le traité CEE précisait que « l'action de la Communauté comporte, dans les conditions et selon les rythmes prévues par le présent traité (…) un marché intérieur caractérisé par l'abolition, entre les États membres, des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux [1033]». On pouvait à priori penser que cette disposition soulèverait les mêmes difficultés

[1031] Déclaration générale relative aux articles 13 à 19 de l'acte unique, annexé à l'acte unique.
[1032] Ibid.
[1033] L'article 3 du traité sur l'Union européenne.

d'interprétation que l'article 8 A CEE. Cependant, l'article 8 introduit par le traité sur l'Union européenne emploie non plus le terme de « personne » mais l'expression citoyen[1034]. Selon Philippe De Bruycker « cette disposition vient limiter la portée de l'article 7 A »[1035] ; en limitant le champ d'application de la libre circulation aux seuls citoyens de l'Union. En effet, l'article 8 issu du traité de Maastricht entend par citoyen « toute personne ayant la nationalité d'un État membre » formulation qui, selon Philippe De Bruycker, exclut « indiscutablement les ressortissants d'États tiers du bénéfice des libertés de circulation et de séjour ». Ainsi, le traité de Maastricht, contraire à l'Acte unique, exclut clairement les ressortissants des pays tiers du bénéfice des libertés de circulation. Cependant, en raison de la suppression des contrôles aux frontières intérieures à partir du 1er janvier 1993, les ressortissants des pays tiers présents dans un État membre, même s'ils ne bénéficiaient pas des libertés de circulation en droit, pouvaient de fait circuler à l'intérieur de l'Union.

Au regard des points de vus ainsi exprimés, il semble que, malgré la suppression des contrôles aux frontières intérieures, le contrôle des étrangers n'était pas incompatible en tant que tel avec l'article 8 A. Toutefois, la réalisation de ces contrôles risquait de compromettre la libre circulation des ressortissants des États membres.

En définitive, notre analyse conduit à deux observations. D'une part, l'extension du champ d'application de la libre circulation aux ressortissants des États tiers établis dans les États membres était de fait et non de droit et s'expliquait exclusivement par la volonté de rendre effective la suppression des contrôles aux frontières intérieures au profit des ressortissants des États membres. Il n'est pas inutile de noter que malgré l'établissement d'un « espace sans frontières intérieures », les contrôles à ces frontières ont subsisté ; ces contrôles trouvaient leur justification dans l'absence d'harmonisation de mesures communes et harmonisées des législations des États membres en matière de contrôles aux frontières extérieures, de politique d'immigration, de visas et d'asile[1036]. D'autre part, les propositions d'extension menée au nom

[1034] DELOUVRIER Anne, Incidence de l'article A du traité CE sur la libre circulation des travailleurs, in BONNECHERE Michèle, Trente ans de libre circulation des travailleurs, La Documentation française, 1998, p. 121, « en introduisant dans le traité CE une partie spécifique relative à la citoyenneté de l'Union, le traité de Maastricht a ainsi, vingt-cinq après le traité de Rome, modifié le concept meme du bénéficiaire du droit communautaire. La plus circulation dont peut se prévaloir le ressortissant communautaire n'est en effet plus fonction de son statut d'agent économique, mais résulte de sa qualité de ressortissant d'un État membre et plus particulièrement de sa qualité de citoyen de l'Union ».

[1035] DE BRUYCKER Philippe, Les politiques d'harmonisation du statut administatif des ressortissants d'États tiers en Europe, in JADOUL Pierre et MIGNON Éric, Le droit des étrangers : statut, évolution européenne, droit économiques et sociaux, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, 1993, p. 234.

[1036] CJCE, 21 septembre 1999, Wijsenbee, aff. C-378/97, point 43 « il suffit de constater que, au moment des fait, il n'existait pas de règles communes ni d'harmonisation des législations des États membres, notamment en matière de contrôles aux frontières extérieures, de politique d'immigration, de visas et d'asile. Par conséquent, même au

des droits de l'homme n'ont produit aucun effet juridique en faveur des étrangers établis dans la Communauté.

Nous l'avons souligné, les étrangers établis dans les États membres étaient, par ricochet, bénéficiaires de la libre circulation des personnes au sens de l'article 8 A CEE. Pour autant, étaient-ils bénéficiaires d'un droit d'accès au marché de l'emploi de l'État membre d'accueil ?

2) La libre circulation des personnes au sens de l'article 8 TCEE : un droit d'accès au territoire dépourvu de droits économiques

La question était de savoir si l'achèvement du marché intérieur, à travers la mise en œuvre de l'article 8 A, emportait pour les étrangers un droit d'accès au marché du travail de l'État membre d'accueil ? Autrement dit, l'article 8 A issu de l'Acte unique européen devait-il être interprété dans le même sens que l'article 48 du traité TCEE ? S'agissait-il d'un simple droit au libre passage des frontières ou ce dernier s'accompagnait-il de droits économiques, en particulier le libre accès au marché du travail de l'Etat membre d'accueil ?

Si l'inclusion des ressortissants des pays tiers du champ d'application de l'article 8 A a donné lieu à un débat entre les partisans d'une interprétation libérale et ceux d'une interprétation restrictive, tous étaient d'avis sur la portée juridique de cet article. En effet, l'article 8 A n'ouvre droit qu'au libre franchissement des frontières intérieures. Dans ce sens, l'article 8 A, issu de l'Acte unique européen, se distingue fortement de l'article 48 du traité de Rome dans la mesure où il n'ouvre pas droit au libre accès au marché de l'emploi de l'État membre d'accueil[1037]. Autrement dit, l'article 8 A n'a pas pour objet la libre circulation des travailleurs. Cette portée limitée de l'article 8 A concerne aussi bien les ressortissants des États membres que les ressortissants des pays tiers. Dès lors, il est permis de s'interroger sur l'apport de l'article 8 A par rapport à l'article 48 CEE.

Si certains auteurs considèrent que l'Acte unique européen opère « un approfondissement de la notion de libre circulation dans la Communauté », il convient de noter que l'article 8 A n'a aucune incidence sur l'accès des personnes au marché du travail des États membres. Dans ce sens, Marie-Pierre Lanfranchi observe que « l'objectif de [l'article 8 A] n'est pas de consolider la mobilité des migrants économiques, il est de faciliter les conditions matérielles de

cas où, en vertu de l'article 7 A ou de l'article 8 A du traité, les ressortissants des États membres auraient un droit inconditionnel de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres, ces derniers conserveraient le droit d'effectuer des contrôles d'identité aux frontières intérieures de la Communauté, obligeant un intéressé à présenter une carte d'identité […] ».

[1037]LANFRANCHI Marie-Pierre, Droit communautaire et travailleurs migrants des États tiers, op cit, p. 49-50.

franchissements des frontières et rien de plus ; en d'autres termes, il ne crée aucun droit nouveau en matière d'emploi à l'endroit des migrants tiers, fussent-ils bénéficiaires de l'article 8 A CEE ».

En effet, l'article 48 du TCEE institue le droit pour le travailleur ressortissant d'un État membre de se déplacer librement sur le territoire des États membres. Pour atteindre les objectifs définis dans ce texte, la directive 68/360, fait obligation aux États membres d'abolir les restrictions limitant l'exercice de ce droit[1038]. Les travailleurs ressortissants des États membres sont ainsi admis sur le territoire de l'État membre d'accueil sur « simple présentation d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité »[1039]. Aucune obligation de visa d'entrée ou document équivalent ne peut leur être imposé.

Il résulte de ce constat que la suppression des contrôles aux frontières intérieures n'a, en réalité, aucun impact sur la libre circulation des travailleurs communautaires, d'autant plus que le libre franchissement des frontières n'était pas synonyme du libre accès au marché du travail. Comme affirmait Marie-Pierre Lafranchi « la libre circulation des personnes s'entend [au sens de l'Acte unique européen] comme comportant un simple droit au libre passage des frontières, sans que celui s'accompagne des droits économiques, tel le libre accès à l'emploi »[1040]. Ainsi, la libre circulation au sens de l'acte unique s'applique à toute personne établie dans un État membre, sans condition de nationalité. Dans ce sens, Philippe De Bruycker considère que si la création du marché intérieur par l'acte unique européen n'apporte pas plus de droit au profit des ressortissants communautaires, en abolissant les contrôles aux frontières intérieures, les personnes bénéficient plus de liberté à exercer les droits que les droits qui leur sont reconnus [1041]dans le cadre du marché commun.

Toutefois, malgré l'affirmation de la suppression des contrôles aux frontières intérieures, la volonté d'exclure les ressortissants des pays tiers du bénéfice de cette liberté a justifié le maintien, au moins sporadique, de ces contrôles. Cette analyse peut être illustrée à travers l'arrêt Wijsenbeek du 21 septembre 1999[1042]. En l'espèce, Monsieur Wijsenbeek de nationalité néerlandaise, est prévenu d'avoir refusé, lors de son entrée aux Pays-Bas par l'aéroport de Rotterdam le 17 décembre 1993, d'établir sa nationalité. Monsieur Wijsenbeek faisait valoir

[1038] Article 1 de la directive 68/360
[1039] Article 3 de la directive précitée.
[1040] LANFRANCHI Marie-Pierre, Droit communautaire et travailleurs migrants des États tiers, op cit, p. 53.
[1041] DE BRUYCKER Philippe, Les politiques d'harmonisation du statut administratif des ressortissants d'États tiers en Europe, op cit.
[1042] CJCE, 21 septembre 1997, Wijsenbeek, aff. C-378/97.

que les contrôles aux frontières intérieures étaient supprimés depuis le 1er janvier 1993 en application des articles 7 et 8 A du traité. Il prétend que la libre circulation des personnes impliquerait que les frontières intérieures puissent être franchies par toute personne sans le moindre contrôle et que les contrôles devraient lieu aux frontières extérieures. Dans cette affaire la Commission considérait que si l'effet direct de l'article 8 A est incontestable, l'exigence de la production d'un passeport ou d'une pièce d'identité à l'occasion du franchissement des frontières intérieures ne constitue pas une atteinte disproportionnée au droit de circuler librement dans la Communauté[1043]. Selon elle, la suppression des contrôles aux frontières intérieures ne pourrait intervenir qu'après des règles communautaires concernant les contrôles aux frontières extérieures. Ainsi, la question était posée à la Cour de savoir si les articles 7A et 8 A faisaient l'interdiction aux États membres d'effectuer des contrôles d'identité lors du franchissement des frontières intérieures. En réponse à cette question, la Cour, tout en reconnaissant un effet direct aux articles 7 A et 8 A, considère que ces articles ne s'opposaient pas à ce qu'un État membre oblige une personne à établir sa nationalité lors du franchissement des frontières intérieures. Elle subordonne l'interdiction des contrôles aux frontières intérieures à l'harmonisation des règles relatives aux contrôles des frontières extérieures. Ainsi, l'harmonisation des règles relatives au franchissement des frontières extérieures apparaissait comme un préalable indispensable à la suppression totale des frontières intérieures.

Selon la Cour, le maintien des contrôles aux frontières intérieures avait pour objectif de s'assurer que les personnes avaient bien la qualité de ressortissants d'un État membre. Cet argument ne signifiait-il pas que les ressortissants des pays tiers ne bénéficiaient pas du libre franchissement des frontières, bien que légalement établis dans un État membre.

L'article 2 de CAAS prévoit que « les frontières intérieures peuvent être franchies en tout lieu sans qu'aucun contrôle des personnes ne soit effectué ».

Ainsi, la volonté d'exclure les ressortissants des pays tiers du bénéfice du libre franchissement des frontières intérieures a eu pour conséquence d'atténuer fortement l'effectivité de la suppression des contrôles aux frontières intérieures.

Depuis la communautarisation de la politique européenne d'asile et d'immigration, on assiste à la reconnaissance progressive d'un droit à la mobilité intra-européenne en faveur de certaines catégories de ressortissants de pays tiers.

[1043] Ibid. point 35-36.

§ II. La reconnaissance sous contrôle d'un droit à la mobilité au profit de certaines catégories de réguliers

Dès l'origine, la libre circulation des personnes était un droit pour les citoyens européens, aujourd'hui, un droit fondamental[1044]. A l'inverse, les ressortissants d'États tiers étaient exclus du bénéfice de ce droit. L'harmonisation de la politique européenne d'immigration et d'asile n'a pas permis de reconnaitre ce droit au profit de l'ensemble des étrangers en situation régulière dans les États membres de l'Union. Seules certaines catégories d'étrangers bénéficient de la mobilité intra-européenne. La reconnaissance de ce droit au profit des catégories spécifiques d'étrangers est fondée sur des considérations spécifiques. Il est d'abord conçu comme un facteur d'intégration des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée (A). Ensuite, il résulte de la volonté de rendre effective la libre prestation de services (B). Enfin, il tend à rendre l'Union plus attractive pour les étrangers perçus comme intéressants (C).

A. La mobilité intra-européenne des résidents de longue durée : un facteur d'intégration inachevé

Les résidents de longue durée constituent la première catégorie d'étrangers à avoir bénéficié de la mobilité intra-européenne[1045]. Cette liberté de circulation est régie par la directive 2003/109[1046] du 25 novembre 2003, « relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée ». Conformément aux conclusions du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, la directive 2003/109 avait pour objectif de rapprocher le statut des résidents de longue durée à celui des citoyens européens en leur octroyant « un ensemble de droits uniformes aussi proche que possible de ceux dont jouissent les citoyens de l'Union européenne[1047]. La directive organise non seulement les conditions d'acquisition du statut de résident de longue durée, mais aussi les droits auxquels les bénéficiaires de ce statut peuvent prétendre, notamment en matière de libre circulation. Avant d'étudier la mobilité intra-européenne des résidents de longue durée (2), il convient de mettre l'accent sur l'évolution des conditions d'acquisition de ce statut (1).

[1044] Cf, notamment, DOLLAT PATRICK, La liberté de circulation et la citoyenneté européenne, Hommes et Migrations, 1998/1216/p.25-35, « la libre circulation des personnes dans l'espace communautaire est un droit fondamental qui participe d'un projet personnel soumis à certaines obligations liées au franchissement des frontières et à l'installation dans le pays d'accueil ».

[1045] A l'exception des membres de la famille du citoyen européen en situation de mobilité intra-européenne.

[1046] Directive 2003/109.

[1047] Considérant 2 de la directive 2003/109/CE.

1) L'évolution des conditions d'acquisition du statut de résident de longue durée : des directives 2003/109, 2011/51 à la proposition du 27 avril 2022

Suivant les orientations du Conseil européen de Tampere, la Commission a, dès le 22 novembre 2000[1048], fait le lien entre l'intégration des ressortissants des pays tiers résidants légalement sur le territoire des États membres et la réalisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice en considérant que « le traitement équitable des ressortissants de pays tiers résidants légalement sur le territoire des États membres, par le biais d'une politique d'intégration ayant pour ambition de leur offrir des droits et des obligations comparables à ceux des citoyens de l'Union constitue un élément indispensable à la création de l'espace de liberté, de sécurité et de justice[1049] ».

La Consécration d'un statut de résident de longue durée en droit de l'UE avait un double objectif à savoir, la reconnaissance d'un statut commun aux États membres[1050] et la facilitation de leur intégration dans l'Union[1051].

L'octroi du statut de résident de longue durée était ainsi perçu comme un facteur d'intégration des ressortissants des pays tiers qui résident sur le territoire des États membres depuis un certain nombre d'années. Pour concrétiser cet objectif, la Commission a présenté le 13 mars 2001[1052], une proposition de directive relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée. La directive 2003/109, adoptée le 25 novembre 2003, diffère profondément de la proposition initialement présentée par la Commission, dans le sens où elle est plus restrictive ; certains ressortissants de pays tiers étaient exclus du champ d'application[1053]. Ainsi, les étudiants ou ceux qui suivent une formation professionnelle[1054], les demandeurs d'asile et les bénéficiaires de la protection temporaire[1055], les demandeurs et les bénéficiaires de la protection subsidiaires[1056], les demandeurs et les bénéficiaires du statut de réfugiés[1057], les personnes

[1048] COM (2000) 757, final du 22 novembre 2000.
[1049] Ibid.
[1050] RODIERE Pierre, Droit social de l'Union européenne, LGDJ Lextenso, 3ème édition, 2022, p. 306.
[1051] Considérant 12 de la directive 2003/109, « afin de constituer un véritable instrument d'intégration dans la société dans laquelle le résident de longue durée s'est établi, le résident de longue durée devrait jouir de l'égalité de traitement avec les citoyens de l'État membre dans un large éventail de domaines économiques et sociaux, selon les conditions pertinentes définies par la présente directive ».
[1052] Proposition de directive du Conseil relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, (2001/C 240 E/13).
[1053] Article 3, paragraphe 2 de la directive 2003/109.
[1054] Article 2, paragraphe 2, a, de la directive 2003/109, « la présente directive ne s'applique pas aux ressortissants de pays tiers qui séjournent pour faire des études ou suivre une formation professionnelle ».
[1055] Ibid. b.
[1056] Ibid. c.
[1057] Ibid. d.

résidant sur le territoire d'un État membre pour des motifs à caractère temporaire tels que les personnes au pair, les travailleurs saisonniers ou les travailleurs détachés[1058] étaient exclus du bénéfice de la directive. Cette restriction du champ d'application de la directive a cependant été partiellement corrigée par la directive modificative du 11 mai 2011[1059], qui a étendu le champ d'application de la directive 2003/109 aux bénéficiaires d'une protection internationale. Depuis cette dernière directive, les bénéficiaires d'une forme de protection internationale peuvent prétendre au statut de résident de longue durée.

Malgré la réforme de 2011, le texte n'a pas eu le succès escompté. Constatant les lacunes du texte, le 27 avril 2022, la Commission a proposé une réforme[1060]. Ségolène Barbou des Places a souligné le défaut des textes antérieures en ces termes : « un besoin de clarification du texte a été souligné, la délimitation de son champ d'application personnel posant de nombreux problèmes sur le terrain. L'application de la directive est également très inégale selon les États. Souvent les administrations nationales sont réticentes à délivrer la carte de résident de longue, préfèrent accorder le titre de séjour national qui garantit le long séjour et se révèle plus attractif que le titre européen. Une certaine concurrence entre le droit national et européen a donc été observée. A cela se sont ajoutées les interprétations divergentes de la directive 2003/109 et un usage excessif des marges laissées aux autorités nationales par le texte[1061] ». Ainsi, la proposition du 27 avril 2022 a pour objectif de créer un système efficace, cohérent et équitable d'obtention du statut de résident de longue durée[1062]. Il est proposé notamment, pour satisfaire à la durée de résidence de cinq ans, de tenir en compte les différents séjours effectués dans différents États ; de « toutes les périodes de séjour régulier, y compris les périodes de séjour en tant qu'étudiant, bénéficiaire d'une protection temporaire, et les périodes de séjour initialement fondées sur des motifs temporaires [1063]».

Si les résidents de longue durée bénéficient de la mobilité intra-européenne, cette liberté est assortie de conditions restrictives.

[1058] Ibid. e.
[1059] Directive 2011/51/UE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2011, modifiant la directive 2003/109 du Conseil afin d'étendre son champ d'application aux bénéficiaire d'une protection internationale.
[1060] COM (2022) 650 final, Proposition de directive du parlement européen et du Conseil relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée.
[1061] BARBOU DES PLACES Ségolène, Réforme de la directive résidents de longue durée : quelle place pour l'intégration sociale dans la concurrence pour les talents ? RTD eur 2023, P 134, [en ligne], consulté, 20 juillet 2024.
[1062] COM (2022) 650 final, Proposition de directive du parlement européen et du Conseil relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée.
[1063] Ibid.

2) Les conditions restrictives entourant la mobilité intra-européenne des résidents de longue durée

L'acquisition du statut de résident de longue durée dans un État membre ouvre la possibilité à son titulaire de séjourner dans les autres États membres de l'Union. Si la directive 2003/109, énonce que ce droit peut s'exercer quel que le soit le motif (activité professionnelle, poursuivre des études ou une formation professionnelle)[1064], la réalité est toute différente. Lorsque le résident de longue durée entend se rendre dans un autre États membre pour exercer une activité professionnelle, des conditions incomparables au droit des citoyens de l'Union peuvent lui être opposées.

Il convient donc de se demander si les conditions entourant la mobilité intra-européenne des résidents de longue durée en vue d'exercer une activité économique constituent réellement un facteur de leur intégration.

Dans un premier temps, il convient de noter que l'État membre dans lequel le résident de longue durée entend se rendre pour exercer une activité économique peut, compte tenu de la situation de son marché de travail, « appliquer ses procédures nationales relatives au recrutement des étrangers. Il est également libre d'accorder la priorité d'emploi aux citoyens de l'Union et aux ressortissants de pays tiers qui appartiennent déjà à son marché du travail ou qui bénéficient d'un régime préférentiel[1065]. Comme l'écrit Pierre Rodière « autant dire que le droit de séjour pour activité professionnelle n'en est pas véritablement un »[1066]

Lorsque la mobilité intra-européenne a pour objet l'exercice d'une activité économique à titre salarié ou indépendant, les États membres peuvent examiner la situation de leur marché du travail et appliquer leurs procédures nationales concernant les exigences relative au pourvoi d'un poste ou à l'exercice d'une telle activité[1067]. De surcroit, si la législation nationale, au moment de l'adoption de la directive 2003/109, prévoyait un volume d'entrée des ressortissants de pays tiers sur le territoire national, ce motif peut être opposé à une demande de séjour formulée par un résident de longue durée[1068]. Les États membres peuvent également accorder une priorité aux citoyens de l'Union ou aux ressortissants de pays tiers résidents légalement sur leur territoire.

[1064] Article 14, paragraphe 2, de la directive 2003/109.
[1065] Article 14, paragraphe 3, de la directive 2003/109.
[1066] RODIERE Pierre, Droit social de l'Union européenne, op. cit. p. 309.
[1067] Article 14, paragraphe 3, de la directive 2003/109.
[1068] Article 14, paragraphe 4, de la directive 2003/109.

Des conditions d'intégrations peuvent également être opposées à une demande de mobilité intra-européenne si l'État membre qui a accordé le statut ne l'exigeait pas[1069], tel que la connaissance de la langue du pays d'accueil.

Enfin, quel que soit le motif de la mobilité, l'exercice d'une activité économique ou autres, les États membres peuvent exiger de l'intéresser qu'il fournisse la preuve qu'il dispose de « ressources stables et régulières, suffisantes pour son entretien et celui des membres de sa famille », sans recourir à l'aide sociale de l'État membre concerné. Cette exigence est propre aux ressortissants de pays tiers car, nous l'avons vu, le critère de ressources stables, régulières et suivantes n'est pas opposable aux travailleurs citoyens de l'Union.

B. La mobilité intra-européenne des travailleurs détachés : un droit visant à assurer l'effectivité de la libre prestation de services

La libre prestation de services à l'intérieur de l'Union européenne est consacrée à l'article 56 TFUE[1070]. La volonté d'éliminer les obstacles à la libre prestation des services au sein du marché intérieur a été à l'origine de la reconnaissance pour les entreprises établies dans les États membres de l'Union du droit de détacher leurs salariés, à titre temporaire, sur le territoire des autres États membres[1071].

Le travailleur détaché est défini comme « tout travailleur qui, pendant une période limitée, exécute son travail sur le territoire d'un État membre autre que l'État sur le territoire duquel il travaille habituellement »[1072]. « Le travailleur détaché n'est que l'objet de l'opération et est considéré comme se déplaçant avec l'entreprise dont il fait partie »[1073].

Le détachement des travailleurs ressortissants de pays tiers a été pendant longtemps sujet de controverse. Les principales questions posées à la Cour étaient les suivantes : dans quelles conditions une entreprise établie dans un État membre peut-elle détacher ses salariés, ressortissants de pays tiers, sur le territoire d'un autre État membre dans le cadre d'une prestation de service[1074] ? L'entrée et le séjour des ressortissants des pays tiers dans le cadre

[1069] Article 15, paragraphe 3 de la directive 2003/109.
[1070] Article 56 TFUE, ancien article, ancien article 49 du TCE.
[1071] CJCE, 9 aout 1994, Vander Elst c/ Office national d'immigration, aff. C-43/93.
[1072] Article 2 de la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.
[1073] ZERNILOW Marcel, Vers un régime plus protecteur pour les travailleurs détaché ?, in BENLOLO CARABOT Myriam ? Union européenne et migrations, op cit, p. 110.
[1074] Voir dans ce sens CJCE, 27 mars 1990, Rush Potuguesa Lda, aff. C- 113/89.

d'une prestation de services peuvent-ils être subordonnés à l'obtention d'un visa d'entrée[1075] ? Le détachement des travailleurs, ressortissants de pays tiers, peut-il être subordonné à l'obtention d'une autorisation de travail délivrée par les autorités compétentes de l'État membre sur le territoire duquel les services sont fournis[1076] ?

Dès 1990, la Cour de justice affirmait que « Les articles 59 et 60 du traité s'opposent à ce qu'un État membre interdise à un prestataire de services établi dans un autre État membre de se déplacer librement sur son territoire avec l'ensemble de son personnel ou à ce que cet État membre soumette le déplacement du personnel en question à des conditions restrictives, telles qu'une condition d'embauche sur place ou à une obligation d'autorisation de travail »[1077] L'exigence de conditions supplémentaires était perçue par la Cour comme discriminatoire vis-à-vis du prestataire établi dans un État membre autre que celui sur le territoire duquel les services sont fournis. Dans ce sens, la libre circulation des services est considérée comme incluant le droit pour un prestataire de services de détacher son personnel à l'occasion d'une prestation de services sur le territoire d'un autre État membre.

Toutefois, il convient de noter que le détachement dans le cadre d'une prestation de services n'est pas la seule hypothèse de détachement. Cyril Wolmark rattache l'opération de détachement à quatre hypothèses différentes : la prestation de services[1078], le détachement intragroupe[1079], l'entreprise de travail temporaire[1080] et le détachement pour son propre compte[1081].

Les restrictions au détachement dans le cadre d'une prestation de services remettent en cause l'un des objectifs fondamentaux de la construction européenne, celui de la libre prestation de services. En dépit du caractère fondamental de la libre prestation de service, certains États

[1075] CJCE, 15 septembre 2005, Commission c/ République fédérale d'Allemagne aff. C- 244/04.
[1076] CJCE, 9 aout 1994, Van Der Elst, aff. C-43/93, P.15 req 3803
[1077] CJCE, 27 mars 1990, Rush Portuguesa, aff. C-113/89, point 12.
[1078] Ce premier cas de figure est régi par la directive 96/71 du 16 décembre 1996. Il s'agit d'un détachement temporaire de travailleur dans le cadre d'un contrat conclu entre l'entreprise d'envoi, établie sur le territoire d'un État membre de l'Union, de l'espace économique européen ou de la confédération Suisse et le destinataire de la prestation de services, établi dans un autre État membre.
[1079] Ce deuxième cas de figure est régi par la directive 2014/66, relative aux transferts intragroupes. Il s'agit là d'un détachement de salariés entre établissement d'une même entreprise ou entre entreprises d'un même groupe. A la différence du premier cas de figure, ce détachement concerne aussi les salariés d'une entité ou d'une entreprise établie dans un État tiers.
[1080] Ce troisième cas de figure est également régi par la directive 96/71, précitée. C'est l'hypothèse où une entreprise de travail temporaire établie sur le territoire de l'Union, de l'espace économique européen ou de la confédération Suisse, détache temporaire un salarié auprès entreprise utilisatrice établie un autre État membre.
[1081] Ce dernier cas de figure concerne l'hypothèse concerne l'hypothèse d'un détachement de salarié sur le territoire d'un État membre pour le compte propre d'un employeur établi dans l'Union, l'espace économique européen ou en Suisse, sans qu'il existe un contrat entre celui et un destinataire.

membres exigeaient des ressortissants des pays tiers détachés un permis de travail[1082] ou un visa d'accès. Ces pratiques ont été jugées contraires au droit de l'Union par la Cour de justice dans un arrêt Rush Portuguesa du 27 mars 1990[1083] et réaffirmé dans un autre arrêt du 9 aout 1994. Dans ce dernier arrêt, la question était posée à la Cour de savoir si la législation française qui soumettait le détachement, dans le cadre d'une prestation de services, des travailleurs ressortissants de pays tiers habituellement et régulièrement employés par une entreprise établie dans un autre État membre à une autorisation préalable était conforme au droit Communautaire ?

En réponse à cette question, la Cour affirmait que « les articles 59 et 60 du traité doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à ce qu'un État membre oblige les entreprises qui, établies dans un État membre, se rendent sur son territoire afin d'y prester des services et qui emploie de façon régulière et habituelle des ressortissants d'États tiers à obtenir, pour ces travailleurs, une autorisation de travail auprès d'un organisme d'immigration et à payer les frais y afférents, sous peine de se voir affliger une amende administrative ». Ainsi, si la Cour s'oppose à l'exigence d'une autorisation de travail préalable pour le détachement des travailleurs ressortissants de pays tiers, elle semble soumettre ce détachement à l'accomplissement de certaines conditions, notamment, l'emploi de façon régulière et habituelle des ressortissants concernés.

Dans l'optique d'encadrer la libre prestation de services et de mieux garantir la protection des droits des travailleurs détachés, a été adopté le 16 décembre 1996[1084], une directive relative au détachement dans le cadre d'une prestation de services. Cependant, cette directive ne contient aucune disposition relative aux conditions d'entrée et de séjour sur le territoire de l'État membre d'accueil, elle régit uniquement les conditions applicables à la relation d'emploi. Constatant que les prestataires de services sont confrontés à des difficultés lorsqu'ils doivent détacher des salariés[1085], ressortissants de pays tiers, la Commission a proposé en 1999 une directive relative aux conditions de détachement des travailleurs salariés ressortissants d'un État tiers dans le

[1082] Par exemple, l'article L 341-2 du code du travail français dispose que « pour entrer en France en vue d'y exercer profession salariée, l'étranger doit présenter, outre des documents et visas exigés par les conventions internationales et les règlements en vigueur, un contrat de travail visé par l'autorité administrative ou une autorisation de travail ».
[1083] CJCE, 27 mars 1990, Rush Portuguesa, aff. C-112/89.
[1084] Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectués dans le cadre d'une prestation de services, OJL 18, 21.1.1997, p.1-6.
[1085] Considérant 4 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux conditions de détachement des travailleurs salariés ressortissants d'un État tiers dans le cadre d'une prestation de services transfrontaliers.

cadre d'une prestation de services transfrontalier[1086]. Cette proposition de directive tendait à mettre en place un document dénommé « carte de prestation de services CE », délivrée par l'État membre de résidence habituelle du travailleur ressortissant de pays tiers, sur demande du prestataire de services[1087]. L'État membre d'établissement du prestataire de service était tenu de délivrer la « carte de prestation de services si le travailleur ressortissant de pays tiers avait sa résidence habituelle sur son territoire et s'il était affilié au régime de sécurité sociale pour les risques de maladie et d'accident du travail[1088]. La durée de validité de la « carte de prestation de services » était celle pendant laquelle le travailleur salarié ressortissant de pays tiers a un emploi régulier et effectif et qui ne pouvait dépasser 12 mois. Elle était renouvelable si les conditions de délivrance étaient réunies[1089]. Il convient également de noter que la « carte de prestation de services », selon la proposition de directive, était la propriété du prestataire, il la mettait simplement à la disposition du travailleur salarié détaché[1090]. L'État membre ou s'effectuait la prestation de services avait l'obligation d'autoriser l'entrée et le séjour du salarié ressortissant de pays tiers sur son territoire sur la base d'une « carte de prestation de services » délivrée par l'État membre d'établissement du prestataire de services[1091]. Autrement dit, dès lors que le salarié ressortissant de pays tiers détaché était en possession d'une « carte de prestation de services » aucun visa d'entrée ou de sortie ni de permis de séjour ne pouvait lui être opposé. Il ressort de l'analyse de cette proposition une consécration du principe de la reconnaissance mutuelle, dans la mesure où le salarié ressortissant d'un État tiers obtenait le droit d'entrée et de séjour sur le territoire d'un autre État membre sur la base d'une « carte de prestation de services » délivrée par l'État membre de résidence habituelle ». Toutefois, l'objectif de la proposition n'était pas d'accorder un avantage particulier aux salariés ressortissants de pays tiers, elle visait simplement à éliminer les obstacles à la libre prestation de services entre les États membres. Malgré les objectifs ambitieux affichés par la proposition, elle a été retirée en 2004[1092]. Aussi, le détachement des ressortissants des pays tiers dans le

[1086] Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux conditions de détachement des travailleurs salariés ressortissants d'un État tiers dans le cadre d'une prestation de services transfrontaliers/ COM (99) 0003 final- COD/0012.
[1087] Article 2, paragraphe 1, de la proposition de directive précitée « lorsqu'un prestataire de services entend détacher, dans le cadre de ses activités ordinaires, un travailleur salarié ressortissant d'un État tiers dans un ou plusieurs États membres en vue d'une des activités visées à l'article 1er paragraphe 3 point a, et b de la directive 96/71 CE, l'État membre ou ledit prestataire est établi est tenu de lui délivrer, sur sa demande, un document dénommé carte de prestation de services CE ».
[1088] Article 2, paragraphe 1, a et b de la proposition précitée.
[1089] Article 2, paragraphe 3 de la proposition de directive précitée.
[1090] Article 2, paragraphe 4, de la proposition de directive précitée.
[1091] Article 3, paragraphe 1 de la proposition de directive précitée.
[1092] Communication de la Commission du 1er octobre 2004, COM (2004) 542 final 2, p. 23.

cadre d'une prestation de services transfrontalier est régi par les principes du traité tels que interprétés par la jurisprudence de la Cour de justice.

Certains États membres, en se fondant sur les termes de l'arrêt Vander Elst, ont cru pouvoir subordonner le détachement des salariés ressortissants d'États tiers et régulièrement employés par une entreprise établie dans un État membre à une période d'emploi préalable d'une certaine durée au sein de l'entreprise qui effectue le détachement. En effet, dans son arrêt Vander Elst, la Cour employait les termes de l'emploi « de façon régulière et habituelle ». Certains États membres se sont emparés de ces termes pour considérer que le détachement des salariés ressortissants de pays tiers pouvait être subordonné, d'une part, à la justification d'une certaine ancienneté dans l'entreprise d'origine[1093] et, d'autre part, à une autorisation préalable. Par exemple, le règlement grand-ducal du 12 mai 1972, déterminant les mesures applicables pour l'emploi des travailleurs étrangers sur le territoire du grand-duché de Luxembourg, tel que modifié par le par le règlement grand-ducal du 17 juin 1994, subordonnait le détachement des salarié étrangers à l'obtention d'un permis individuel de travail ou d'une autorisation collective de travail ; des documents dont la délivrance était soumise à l'existence d'un contrat à durée indéterminée et d'un emploi antérieur auprès du même prestataire de services depuis au moins six mois. En considérant que ces exigences étaient contraire à l'article 49 CE, la Commission a exercé un recours en manquement contre le Luxembourg. En l'espèce la question était posée à la Cour de savoir si la subordination de l'octroi de l'autorisation de travail à l'existence de contrats de travail à durée indéterminée liant le salarié au prestataire depuis au moins six mois était conforme à l'article 49 CE. En réponse, la Cour considérait que « en imposant aux prestataires de services établis dans un autre État membre, qui souhaitent détacher sur son territoire des travailleurs ressortissant d'un État tiers, une exigence de permis individuels de travail dont la délivrance est subordonnée à des considérations liées au marché de l'emploi ou à une exigence d'autorisation de travail collective qui n'est accordée que dans des cas exceptionnels et pour autant que les travailleurs concernés soient liés depuis six mois au moins avant le début de leur détachement à leur entreprise d'origine par des contrats de travail à durée indéterminée […] le grand-duché de Luxembourg a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 49 CE »[1094]. Dans ce sens, on comprend bien que le détachement des salariés ressortissants de pays tiers dans le cadre d'une prestation de service ne peut être

[1093] ALFREDO Pierre, Le détachement en France des travailleurs ressortissants d'État tiers par des entreprises de travail temporaire espagnoles, https://www.alfredo-bayssieres.com/le-detachement-en-france-de-travailleurs-ressortissants-d-etats-tiers-par-des-entreprises-de-travail-temporaire-espagnoles.html
[1094] CJCE, 21 octobre 2004, Commission c/ Grand-duché de Luxembourg, aff. C-445/03.

subordonné ni à une autorisation préalable ni à l'exigence d'une ancienneté dans l'entreprise prestataire de services. De la même manière, dans un arrêt du 19 janvier 2006, la Cour a condamné la République fédérale d'Allemagne en considérant que « en ne se limitant pas à soumettre le détachement de travailleurs ressortissants de pays tiers en vue de l'accomplissement d'une prestation de services sur son territoire à une simple déclaration préalable de l'entreprise, établie dans un État membre, envisageant de procéder au détachement de tels travailleurs et en exigeant que ces derniers soient employés depuis au moins un an par cette entreprise, la République fédérale d'Allemagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 49 CE[1095] ». La République d'Autriche a fait l'objet de même sanction[1096].

Malgré les condamnations multiples de la Cour, la Commission a relevé dans une communication du 13 juin 2007, qu'un grand nombre d'États membres continuaient d'imposer des obligations contraires à la libre prestation des services en cas de détachement des travailleurs ressortissants de pays tiers[1097].

La logique du détachement dans le cadre du transfert intra-groupe est différente de celle qui prévaut en matière de libre prestation de services. En effet, alors que le détachement dans le cadre de la libre prestation de services tend à assurer l'effectivité de cette liberté et s'applique aux salariés ressortissants d'un État tiers du prestataire, le détachement dans le cadre d'un transfert intra-groupe a pour l'objectif la progression de l'économie fondée sur la connaissance[1098] et ne s'applique qu'à certaines catégories de ressortissants de pays tiers[1099].

Les conditions de la mobilité des étrangers faisant l'objet d'un transfert intra-groupe sont définies par la directive 2014/66[1100] relative aux transferts intragroupes. L'article 20 de cette directive dispose que « les ressortissants de pays tiers en possession d'un permis de séjour pour personne faisant l'objet d'un transfert temporaire intragroupe valable délivré par le premier un État membre peuvent, sur la base de ce permis et d'un document de voyage valable,… séjourner et travailler dans un ou plusieurs deuxièmes États membres ». Toutefois, l'exercice de cette mobilité est soumis à l'accomplissement de certaines conditions. La possibilité de mobilité de

[1095] CJCE, 19 janvier 2006, Commission c/ la République fédérale d'Allemagne, aff. C-244/04.
[1096] CJCE, 21 septembre 2006, aff. C-168/04.
[1097] Communication du 13 juin 2007 « détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de servcies : en tirer les avantages et les potentialités maximum tout en garantissant la protection des travailleurs », COM (2007) 304.
[1098] Considérant de la directive 2014/66.
[1099] Article 2 de la directive 2014/66.
[1100] Directive 2014/66/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers dans le cadre d'un transfert intragroupe, OJL 157, 27.5.2014,p 1-22.

ces personnes est avant tout conditionnée à l'exercice d'une activité professionnelle dans une entité appartenant à la même entreprise ou au même groupe d'entreprises établies dans le premier et le deuxième États membres[1101]. Cela signifie que les étrangers faisant l'objet d'un transfert temporaire intragroupe ne bénéficient de la mobilité intra-européenne que dans les États membres ou est établie, au moins, une entité de l'entreprise ou du groupe d'entreprises auquel ils appartiennent. Cette directive 2014/66 semble restaurer le principe de la reconnaissance mutuelle dans la mesure où un permis de séjour délivré par un État membre permet à son bénéficiaire de séjourner sur le territoire des autres États membre plus de 90 jours.

Si aucune autorisation de travail ne semble nécessaire au détachement des ressortissants de pays tiers, la France semble exiger une autorisation de séjour au-delà de trois mois de résidence sur son territoire. En effet, le Conseil d'État, dans son arrêt du 30 janvier 2019, en se fondant sur l'obligation générale de détention d'un titre de séjour[1102], a jugé que l'article L 311-1 du CESEDA « s'applique aux ressortissants de pays tiers, en situation régulière dans un État membre de l'Union européenne, qui sont détachés en France dans le cadre d'une prestation de service, lesquels doivent ainsi, au-delà d'une période de trois mois à compter de leur entrée en France, être munis d'un titre de séjour délivré par les autorités françaises ». Le Conseil d'État avait également considéré que « cette obligation qui se rattache aux conditions générales de séjour applicables à tous les étrangers ne constituait pas une autorisation préalable au détachement des travailleurs sur le territoire français et ne portait pas d'atteintes injustifiées à la libre prestation de services »[1103].

Il convient de noter qu'à l'occasion de cette affaire, les requérants avaient demandé, sans succès, au Conseil d'État de soumettre la question à l'interprétation de la Cour de justice de l'Union. Dès lors, il est permis de se demander quelle aurait été la réponse de la Cour justice si elle avait été saisie par le Conseil. L'exigence d'un titre de séjour n'aurait-elle pas pu être qualifiée d'entrave à la libre prestation de services ?

On constate ainsi une certaine libéralité en matière de détachement des ressortissants des pays tiers dans le cadre de la libre prestation de services et de transfert intra-groupe.

[1101] Article 22, paragraphe 1, de la directive précitée.
[1102] Article L 311-1 du CESEDA « sous réserve des engagements internationaux de la France ou de l'article L 121-1, tout étranger âgé de plus de dix-huit ans qui souhaitent séjourner en France pour une durée supérieure à trois mois doit être titulaire de l'un des documents suivants : ….. une carte de séjour temporaire »
[1103] Conseil d'État, 2ème -7ème chambres réunies, 30 janvier 2019, n°415818, mentionné dans les tables du recueil Lebon.

Cela ne signifie toutefois pas qu'il s'agit d'une liberté absolue. En la matière certaines restrictions peuvent être apportées au nom de la protection des travailleurs, de la prévention du dumping social, ou dans le but de prévenir une concurrence déloyale[1104].

C. La mobilité intra européenne des titulaires de la carte bleue européenne, des chercheurs et des étudiants : un droit visant à atteindre les objectifs du Conseil de Lisbonne de 2000

L'un des objectifs affichés lors du Conseil européen de Lisbonne de mars 2000 était de faire de la Communauté l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde. Pour atteindre cet objectif, des mesures ont été adoptées en vue d'attirer et de conserver sur le territoire de l'Union certaines catégories de personnes en provenance de pays tiers. La reconnaissance d'un droit à la mobilité intra-européenne en faveur de ces catégories d'étrangers a été très rapidement perçue comme rendant la Communauté attrayante pour ces étrangers[1105]. Toutefois, cet objectif d'attirer les étrangers intéressants devait être concilié avec les besoins du marché du travail et la capacité d'accueil des États membres. L'articulation entre ces deux objectifs a abouti à la reconnaissance de principe d'un droit à la mobilité intra-européenne au profit des travailleurs hautement qualifiés, des étudiants et des chercheurs étrangers, mais sans dessaisir les États membres de toute marge d'appréciation. Ainsi, si ces catégories d'étrangers bénéficient d'un droit à la mobilité intra-européenne, c'est sous le contrôle des États membres.

S'agissant des travailleurs hautement qualifiés, il convient de noter que la logique n'est pas différente. Une certaine marge d'appréciation est reconnue aux États membres lorsque les bénéficiaires dudit statut demandent à résider sur le territoire d'un État membre autre que celui qui les a initialement admis au séjour. La mobilité intra-européenne devait avoir pour conséquence d'attirer et de conserver les travailleurs hautement qualifié sur le territoire de l'Union. Toutefois, en observant de près les conditions de la mobilité définies par la directive 2009/50, on s'aperçoit qu'elles sont peu attractives. L'article 18 de la directive 2009/50 prévoit qu'après dix-huit mois de séjour légal dans un premier État membre en tant que bénéficiaire d'une carte bleue européenne, l'intéressé et les membres de sa famille peuvent se rendre dans un autre État membre afin d'occuper emploi hautement qualifié. Les conditions de cette mobilité ne sont pas très différentes de celles exigées lors du premier séjour

[1104] Considérant 5 de la directive 96/71 « considérant qu'une telle promotion de la prestation de services dans le cadre transnational nécessite une concurrence loyale et des mesures garantissant le respect des droits des travailleurs ».
[1105] Considérant 7 de la directive 2009/50.

dans un État membre. Cela signifie que la mobilité intra-européenne des titulaires de la carte bleue européenne est soumise aux mêmes conditions que lors d'une première entrée sur le territoire de l'Union. La mobilité est soumise à autorisation du deuxième État membre et cet État membre peut opposer des volumes d'admission visés à l'article 6 de la directive 2009/50.

Toutefois, l'admission au séjour des membres de la famille du bénéficiaire de la carte bleue européenne est soumise à des conditions plus favorables que celles prévues par la directive 2003/86, dans la mesure ou le regroupement familial des bénéficiaires de la carte bleue européenne n'est pas subordonné à l'exigence d'une perspective raisonnable d'obtenir un droit de séjour permanent, ni à la justification d'une durée de résidence minimale[1106]. Une différence est à opérée selon que la famille était déjà constituée ou non dans un premier État membre. Si la famille était constituée dans le premier État membre, les membres de la famille doivent être autorisés, par le deuxième État membre, à accompagner ou à rejoindre le titulaire de la carte bleue européenne s'ils prouvent qu'ils ont résidé dans le premier État membre en tant que membre de la famille[1107]. En revanche, si la famille n'était pas constituée dans le premier État membre, le regroupement familial dans le deuxième État membre est subordonné aux conditions définies à la directive 2003/86, à l'exception des conditions relatives à la durée de résidence minimale et de la perspective d'obtenir un titre de séjour permanent. Ainsi, il en ressort que la validité d'une carte bleue européenne est limitée au territoire de l'État membre qui l'a délivrée. En soumettant la mobilité intra-européenne des titulaires de la carte bleue européenne à des conditions comparables à celles de la première admission au séjour, la directive 2009/50 n'encourage, ni ne facilite la mobilité des bénéficiaires de ladite carte bleue européenne. C'est dans ce sens que certains auteurs considèrent que les bénéficiaires de la carte bleue européenne ne disposent pas d'un véritablement de droit à la mobilité intra-européenne[1108].

Partant du constat du caractère peu attrayant des dispositions de la directive 2009/50, la Commission dans sa communication du 13 mai 2015 préconise la mise en place, à l'échelle de l'Union, d'un programme attractif pour les travailleurs hautement qualifiés et préconise de modifier la directive 2009/50 afin de la rendre plus attrayante. Le Parlement européen a, également dans sa résolution du 12 avril 2016, demandé une révision approfondie et ciblée de la directive 2009/50. Le 23 septembre 2020, la Commission a réitéré sa volonté de réviser la

[1106] Article 15 et 20, paragraphe 6, de la directive 2009/50.
[1107] Article 19, de la directive 2009/50.
[1108] WJESBROCK Anja, Free movement of third-country nationals in the European Union: the illusion of inclusion?"P.469.

directive relative aux conditions d'admission et de séjour des travailleurs hautement qualifiés en provenance de pays tiers. C'est dans ce cadre qu'a été adoptée le 20 octobre 2020, après plusieurs années de négociations, la directive 2021/1883, établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants des pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, et abrogeant la directive 2009/50. Cette nouvelle directive a pour ambition de rendre l'Union plus attractive pour les ressortissants de pays tiers hautement qualifiés. Ainsi, elle prévoit, notamment, des conditions de mobilité intra-européenne plus faciles au profit des détendeurs de la carte bleue européenne. Dans ce sens, l'article 21 dispose « qu'après douze mois de séjour légal dans le premier État membre en tant que titulaire d'une carte bleue européenne, le ressortissant de pays tiers a le droit d'entrer sur le territoire d'un deuxième État membre, d'y séjourner et d'y travailler afin d'occuper un emploi hautement qualifié sur la base de la carte bleue européenne et d'un document de voyage en cours de validité, dans les conditions fixées au présent article ».

Force est d'abord de constater qu'avec la nouvelle directive, on passe de 18 mois à 12 mois pour pouvoir prétendre à la mobilité. Mais Il convient de noter que si la nouvelle directive tend à réduire la compétence des États membres en matière de mobilité intra-européenne des travailleurs hautement qualifiés, certaines marges de manœuvre subsistent en faveur desdits États membres. En effet, le deuxième État membre ne peut opposer la situation du marché du travail à une demande de mobilité intra européenne d'un travailleur hautement qualifié d'un autre État membre que si sa législation nationale lui permet d'opposer le même motif à la première demande d'admission au séjour d'un travailleur hautement qualifié en provenance d'un État tiers. En outre, les États membres ont toujours la possibilité d'opposer le volume d'admission aux demandes de mobilité intra-européenne.

Les conditions de la mobilité intra-européenne des étudiants et des chercheurs étrangers sont définies au chapitre VI de la directive 2016/801[1109]. Aux termes de l'article 27 de cette directive, « un ressortissant de pays tiers titulaire d'une autorisation en cours de validité délivré par le premier État membre, soit à des fins d'études dans le cadre d'un programme de l'Union ou d'un programme multilatéral comportant des mesures de mobilité ou d'une convention entre deux établissements d'enseignement supérieur ou plus, soit à des fins de recherches, peut entrer et séjourner dans un ou plusieurs deuxièmes États membres et y effectuer une partie de ses études ou y mener une partie de ses travaux de recherches sur la base de cette autorisation et

[1109] Directive 2016/801 du Parlement et du Conseil du 11 mai 2016, relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers à des fins de recherche, d'études, de formation, de volontariat et de programmes d'élèves ou de projets éducatifs et de travail au pair, OJL 132, 21.5 2016, p. 21-57.

d'un document de voyage en cours de validité, dans les conditions fixées aux articles 28, 29 et 31 et sous réserve de l'article 32 ». Au cours de leur mobilité, les chercheurs sont autorisés à dispenser des enseignements et les étudiants à exercer une activité économique[1110]. Les chercheurs titulaires d'un titre de séjour en cours de validité délivré par le premier État membre peuvent entrer et séjourner sur le territoire d'un deuxième État membre pour un séjour de plus de 180 jours sur la base de l'autorisation délivrée par le premier État membre et pendant la durée de cette autorisation[1111]. Toutefois, le deuxième État membre peut demander au chercheur concerné de prouver qu'il dispose d'une assurance maladie, qu'il disposera au cours de son séjour de ressources suffisantes pour couvrir les frais de subsistance sans recourir au système d'aide sociale du deuxième État membre, ainsi que des frais de retour vers le premier État membre. A travers ces conditions de mobilité intra-européenne, on note certes une certaine restauration de la reconnaissance mutuelle entre les États membre de l'Union mais aussi le souci que la mobilité ne soit pas une charge pour le second État membre.

En dernier lieu, il convient de noter que certains ressortissants de pays tiers sont exclus du bénéfice de la mobilité intra-européenne. Cette exclusion ne constitue-t-elle pas une remise en cause de la reconnaissance mutuelle entre les États membres ?

§ III. L'exclusion de certains étrangers du bénéfice de la mobilité intra-européenne : une remise en cause de la confiance mutuelle ?

Comme précédemment indiqué, seules certaines catégories de ressortissants de pays tiers admis au séjour dans les États membres de l'Union européenne bénéficient de la mobilité intra-européenne. Sont exclus, les étrangers qui ne relèvent pas de l'acquis de l'UE. Le droit pour eux de s'établir dans un État membre autre que celui qui les a initialement admis au séjour relève de la législation nationale de l'État membre concerné. Autrement dit, le fait de détenir un titre de séjour délivré par un État membre de l'Union n'a pas de conséquence sur leur admission dans les autres États membres. Cette exclusion concerne, en premier lieu, les travailleurs étrangers frontaliers[1112], les travailleurs saisonniers[1113], et tout autre ressortissant de

[1110] Article 27, paragraphe 2 de la directive, précitée.
[1111] Article 29 de la directive 2016/801.
[1112] DOMERGUE Jean-Paul, Chômage : indemnisation-régime d'assurance chômage, répertoire de droit du travail, (en ligne), octobre 2021, p.278 « sont considérés comme travailleurs frontaliers ceux qui résident dans un État ou ils retournent chaque jour ou au moins une fois par semaine tout en exerçant une activité salariée dans un autre État membre ».
[1113] Article 3, b, directive 2014/36 UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi en tant que travailleur saisonnier, est défini comme « un ressortissant de pays tiers qui conserve son lieu de résidence principal dans un pays tiers et séjourne légalement et temporairement sur le territoire d'un État membre pour exercer une activité

pays tiers non visé spécifiquement par la réglementation européenne. L'entrée et le séjour de de ces étrangers dans un État membre autre que le premier État membre sont soumis à deux conditions principales : l'obligation de visa et l'autorisation de travail. Ces catégories d'étrangers, bien que légalement installés dans un État membre, s'ils souhaitent s'installer dans un autre État membre, devraient reprendre toute la procédure à zéro, comme s'il venait directement d'un État tiers. Marie Gauthier compare cette situation à celle des marchandises en provenance d'un État tiers et note qu'alors que les marchandises subissent un contrôle et une taxation douanière en rentrant dans le marché commun et ensuite elles sont mises en libre circulation, les personnes sont soumises à tout autre régime. Selon elle, l'application du régime des marchandises aux personnes « devrait conduire à conférer à ceux qui sont légalement installés sur le territoire commun une totale libre circulation dans l'espace Schengen[1114] ».

L'absence de reconnaissance de la libre circulation au profit de tout étranger légalement installé dans un État membre traduit, à notre avis, un manque de confiance entre les États membre. Le principe de confiance mutuelle est définie par Alix Loubeyre comme « une combinaison de deux présomptions selon lesquelles les systèmes nationaux sont tous équivalents entre eux et tous conformes au droit de l'Union et notamment à ses valeurs fondamentales visées à l'article 2 TUE ». Dès lors, comment expliquer l'exclusion des bénéficiaires des titres de séjour nationaux du bénéfice des dispositions relatives la libre circulation des personnes sans remettre en cause le principe de la confiance mutuelle ?

Dans d'autres domaines du droit de l'Union, le principe de la confiance mutuelle est au cœur de la construction européenne. La Cour de justice rappelle que ce « principe a une importance fondamentale et qu'il permet la création et le maintien d'un espace sans frontières intérieures »[1115]. Dès le 16 juin 1975, sur la base de la confiance mutuelle, a été adoptée une directive visant la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificat et autres titres de médecin et comportant des mesures destinées à faciliter l'exercice effectif du droit d'établissement et de libre prestation de services[1116]. « Au titre de la liberté de circulation des personnes, assurée par le biais du droit d'établissement, l'ancien article 220 du traité prévoyait également l'élaboration d'une convention garantissant la confiance des personnes morales, le maintien de la

soumise au rythme des saisons, sur la base d'un ou plusieurs contrats de travail à durée déterminée, conclu (s) directement entre ce ressortissant de pays tiers et l'employeur établi dans ledit État membre ».

[1114] GAUTIER Marie, Étranger, Répertoire du droit européen, janvier 2013.

[1115] CJUE, 18 décembre 2014, avis 2/13, point 191.

[1116] Directive 75/362/CEE du Conseil, du 16 juin 1975, visant à la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres de médecin et comportant des mesures destinées à faciliter l'exercice effectif du droit d'établissement et de libre prestation de services.

personnalité juridique en cas de transfert du siège de pays en pays et la possibilité de fusion de société relevant de législations nationales différentes »[1117]. La coopération entre les États membres en matière pénale est, elle aussi, fondée sur la confiance mutuelle[1118]. En matière de coopération pénale, ce mécanisme impose, au-delà des divergences possibles entre les législations nationales des États membres, la remise de la personne recherchée aux autorités de l'État membre demandeur. Dans ce sens, la confiance mutuelle permet de pallier l'absence d'harmonisation des législations nationales. En matière de coopération judiciaire et civile, à travers la confiance mutuelle les décisions rendues par un État membre pourront produire leurs effets dans les autres États membres. Ici encore, on voit bien que le principe de confiance mutuelle joue un rôle crucial dans le cadre de l'intégration européenne. Il convient également de noter qu'en application du principe de confiance mutuelle, les décisions d'éloignement prises par un État membre sont susceptibles de produire leurs effets dans les autres États membres[1119]. En effet, aux termes du considérant 3 de la directive 2001/40/CE, relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers « la nécessité d'assurer une plus grande efficacité dans l'exécution des décisions d'éloignement ainsi qu'une meilleure coopération des États implique la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement ».

Toutefois, si le principe de la confiance mutuelle est au cœur de la construction européenne, il convient de noter qu'il a été très peu utilisé en matière d'immigration. Ainsi, Philippe De Bruycker écrit que « la technique de la reconnaissance mutuelle qui constitue la pierre angulaire de la coopération judiciaire est peu utilisée en matière d'immigration et d'asile »[1120]; nous ajoutons que cette technique est quasi-inexistante en matière de mobilité intra-européenne des ressortissants de pays tiers.

En effet, la confiance mutuelle en tant que « présomption d'équivalence et de conformité des solutions juridiques nationales au droit de l'Union », devrait aboutir à la reconnaissance d'un droit à la mobilité intra-européenne au profit de tout étranger régulièrement établi dans un État membre l'Union.

[1117] OMARJEE Ismaël, SINOPOLI Laurence, LELIEUR Juliette, Approche critique du vocabulaire juridique européen : la reconnaissance mutuelle en débat, chronique de droit européen et comparé, LAP, 22 février 2010.
[1118] RIZCALLAH Cecilia, Le principe de confiance mutuelle en droit de l'Union européenne : un principe essentiel à l'épreuve d'une crise des valeurs, Bruylant, 2020, p. 606 s.
[1119] Directive 2001/40, relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants des pays non membres de l'Union européenne.
[1120] DE BRUYCKER Philippe, L'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile, in JULIEN-LAFERRIERE, LABAYLE Henri, EDSTROM Orjan, La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam, Bruylant 2005, P.52.

La méfiance entre les États membres peut être illustrée à travers la directive 2003/109. Aux termes du considérant 17 de cette directive, « l'harmonisation des conditions d'acquisition du statut de résident de longue durée favorise la confiance mutuelle entre les États membres ». Or, nous venons de voir, la confiance mutuelle a pour objet de pallier le défaut d'harmonisation des dispositions nationales. Si le droit de l'Union n'interdit pas aux États membres de délivrer des titres de séjour permanents dans des conditions plus favorables que celles prévues par la directive 2003/109, les bénéficiaires de ces titres de séjour nationaux ne peuvent pas prétendre à la mobilité intra-européenne[1121]. Dans ce sens, le titre de séjour, même permanent, délivré par un État membre en application de son droit national ne produit ses effets que dans l'État membre qui l'a délivré. Ainsi s'observe un manque de confiance entre les États membres en matière d'immigration.

Toutefois, il convient de noter que les États membres ont des raisons valables de ne pas faire confiance les uns aux autres en matière de mobilités intra-européenne des ressortissants des pays tiers. Cécile Hubert et Stijn De Decker ont avancé les facteurs de cette méfiance entre États membres. Selon eux, cette méfiance s'explique, d'une part, par l'absence d'une harmonisation complète de la politique européenne d'asile et d'immigration et, d'autre part, par la compétence quasi-exclusive des États membres en matière de régularisation des étrangers en situation irrégulière[1122]. Selon aux, « aucun État membre ne veut être obligé d'accepter des migrants qui pourraient s'avérer par la suite indésirables et constituer une charge supplémentaire pour son système de sécurité sociale. Cela d'autant plus qu'il n'existe pas de règles de responsabilité claires pour la reprise des migrants qui pourraient tomber dans l'illégalité[1123] ». Dans ce sens, l'exclusion des étrangers du bénéfice des dispositions relatives à la mobilité intra-européenne s'explique par le fait que les États membres disposent encore de compétences en matière d'admission au séjour et que les autres États membres ne sont pas disposés à assumer les conséquences des décisions nationales d'admission au séjour des étrangers.

L'argument des compétences nationales en matière de régularisation des étrangers est déterminant. Nous avons expliqué dans la première partie de cette thèse que les États membres sont quasi-exclusivement compétents en matière de régularisation des étrangers et que certains États, dans le cadre de la lutte contre « l'économie souterraine » procèdent à des opérations de

[1121] Article 13 de la directive 2003/109.
[1122] HUBERT Cécile, DE DECKER Stijn , La politique européenne de migration : quels chantiers pour une meilleure intégration ? », Revue de l'Union européenne (en ligne), 2007, p.239, (consulté le 13 juillet 2022).
[1123] Ibidem

régularisation de masse, considérées comme des mesures « d'amnistie »[1124]. Dans ce sens, le refus de la mobilité intra-européenne s'explique par le fait que les États membres cherchent à éviter que les étrangers régularisés par un État membre, en application de sa propre conception nationale de l'immigration, ne puissent accéder à leur territoire[1125]. La logique consiste à dire qu'en reconnaissant la mobilité intra-européenne au profit de tous les étrangers en situation régulière, les irréguliers seraient tentés d'aller chercher leur régularisation dans les États membres qui régularisent facilement avant de répartir s'établir dans le premier État membre d'accueil en évoquant leur droit à la mobilité intra-européenne.

Ainsi, on voit bien que le refus de reconnaitre un droit à la mobilité intra-européenne au profit de tous les étrangers légalement installés dans les États membres de l'Union européenne s'explique par l'absence de confiance entre les État en matière de l'immigration. Le principe de confiance mutuelle qui a permis de pallier l'absence d'harmonisation des droits nationaux dans d'autres domaines a été simplement écarté en matière de mobilité intra-européenne des étrangers.

[1124] Voir la partie de cette étude consacrée aux opérations de régularisation.
[1125] Ibidem

CONCLUSION DU CHAPITRE I

Les conditions d'accès à l'exercice de l'activité économique des ressortissants des pays tiers légalement établis dans les États membres de l'Union sont « ballottées »[1126] entre le droit interne et le droit de l'Union.

En la matière, les législations nationales se caractérisent par un traitement différencié entre les citoyens de l'Union et les ressortissants des pays tiers. En effet, alors que les premiers bénéficient d'une égalité de traitement et ont le libre accès au marché du travail des États membres, les seconds sont exclus de l'accès à un nombre important d'emplois et leur recrutement est soumis à l'obtention préalable d'une autorisation d'emploi. La doctrine a émis un doute sur la conformité de l'exigence de la condition de nationalité pour l'exercice de certains emplois qui n'associent pas nécessairement le travailleur à l'exercice de la prérogative de la puissance publique. Si au début des années 2000 on a assisté à un recul de l'exigence de la condition de nationalité, certains emplois sont encore soumis à cette exigence.

Concernant l'autorisation préalable, il convient de noter qu'on voit de plus en plus d'autorisations de séjour assorties d'une autorisation d'emploi.

Concernant les normes européennes, si elles ont indéniablement contribué à l'amélioration du statut économique des ressortissants des pays tiers, elles n'ont pas permis d'établir un statut uniforme en la matière.

Les conditions de la mobilité intra-européenne dépendent du statut de l'étranger. En la matière, les États membres disposent encore d'une marge de manœuvre importante, plaçant les étrangers dans une situation incomparable à celle des citoyens de l'Union. La marge de manœuvre reconnue aux États n'est remise en cause que lorsque l'étranger se rend dans un autre État membre dans le cadre de la libre prestation de service.

[1126] ICARD Philippe, Les droits sociaux des tiers à la Communauté européenne : un impressionnisme juridique, op. cit. p.127.

Chapitre II.

L'ACCES DES ETRANGERS A LA PROTECTION SOCIALE

Ce chapitre tente de démontrer les influences et les limites des droits fondamentaux et le droit de l'Union européenne en matière d'accès des ressortissants des pays tiers aux prestations sociales servies dans les États membres de l'Union. Pour le reste, nous renvoyons à l'excellente thèse de Lola Isidro, intitulée « l'étranger et la protection sociale[1127] ».

La lutte contre les discriminations en faveur des ressortissants des pays tiers établis dans les États membres de l'Union européenne a rencontré plus de résistance dans le domaine de la protection sociale qu'en matière de droit du travail[1128]. Ces résistances s'expliquaient principalement par des considérations d'ordre financier[1129], notamment en France, ce qui s'est traduit par l'exclusion initiale des étrangers du bénéfice des prestations sociales fondées sur la solidarité nationale[1130]. Autrement dit, du cercle des bénéficiaires de l'aide sociale ou de l'assistance sociale et des prestations non contributives de sécurité sociale[1131]. L'idée consistait à écarter les étrangers du bénéfice des prestations au financement desquelles ils n'ont pas contribué.

Néanmoins, en la matière, les règles nationales discriminatoires ont progressivement été écartées « par l'effet de la construction économique européenne et de l'importance prise par la logique des droits de l'homme »[1132].

En effet, dans les 1990, le Conseil constitutionnel français[1133], puis la Cour. EDH[1134] ont jugé contraire au principe d'égalité les discriminations fondées sur la nationalité en matière d'accès aux prestations sociales.

S'agissant du droit de l'Union, son apport est double et a connu une évolution avant et après le traité d'Amsterdam. En effet, avant ce traité, ayant vocation à régir la situation des ressortissants des États membres dans le cadre de la libre circulation des personnes, le droit de l'Union ne

---

[1127] ISIDRO Lola, L'étranger et la protection sociale, Dalloz, 2017, Thèse de doctorat en droit de l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, présentée et soutenue publiquement le 2 décembre 2015.
[1128] LYON-CAEN Gérard et LYON-CAEN Antoine, Droit social international et européen, 8ème édition, Paris, précis Dalloz, 1993, P.114.
[1129] Ibid.
[1130] NEUVILLE François, Le statut juridique du travailleur étranger en France au regard des assurances sociales : de l'assistance et de la prévoyance sociale, Paris, L. Chauney et L. Quinsac, 1931.
[1131] ISIDRO Lola, L'étranger et la protection sociale, Dalloz, 2017, p. 64.
[1132] Ibid. p. 115.
[1133] Conseil constitutionnel, Décision, n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, Égalité entre français et étrangers.
[1134] CEDH, 16 septembre 1996, Gaygusuz c/ Autriche, n° 17371/90.

semblait guère se préoccuper du statut social des ressortissants des États tiers[1135]. La technique européenne de coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale n'a non seulement pas empiété sur l'organisation nationale de la protection sociale des États membres[1136], mais aussi n'a eu, à l'exception de certaines catégories d'étrangers[1137], aucun impact sur les législations nationales relatives à la détermination des bénéficiaires des prestations sociales.

Seules certaines catégories d'entre eux pouvaient, sur le fondement du droit de l'Union, se prévaloir de l'égalité de traitement en matière d'accès aux protections sociales. Il s'agit des ressortissants d'États tiers bénéficiaires d'accords d'association ou de coopération[1138], les membres de la famille du citoyen européen en situation de mobilité intra-européenne, les réfugiés et les apatrides[1139].

En second lieu, à partir de l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, donc de la communautarisation de la politique d'immigration et d'asile, des normes communes adoptées dans le cadre de l'Union ont contribué à l'amélioration du statut social des ressortissants des pays tiers régulièrement admis à séjourner dans un État membre[1140]. Cette intervention de

---

[1135] A titre d'illustration, Cf, CJCE, 16 décembre 1992, C-206/91, point 13, « […] dans ces conditions, [un ressortissant de pays tiers] membre de la famille d'un travailleur ressortissant d'un État membre ne peut pas invoquer le droit communautaire pour prétendre à un avantage en matière de sécurité sociale accordé aux travailleurs migrants et aux membres de leur famille, lorsque le travailleur à la famille duquel il appartient n'a pas exercé le droit de libre circulation à l'intérieur de la Communauté ».

[1136] COURSIER Philippe, La permanence des particularismes nationaux, in BOURRINET Jacques et NAZET-ALLOUCHE Dominique, L'Union européenne et la protection sociale, la Documentation française, Paris, 2002, P.18.

[1137] CJCE, 22 juin 1972, Frilli, aff. C-1/72, Dr. Soc. 1973. 58, obs. LYON-CAEN Gérard ; CJCE, 16 décembre 1976, Inzirillo, aff. C-63/76 ; CJCE, 17 juin 1975, époux F, aff. C-7/75 ; CJCE, 9octobre 1974, Biaison, aff. C-24/74 ; CJCE, 24 février 1987, Giletti et a, aff. C-379 à 381/85 et 93/86 ; CJCE, 12 juillet 1979, Toia, aff. C-237/78 ; le règlement, 1247/92 du Conseil du 30 avril 1992, modifiant le règlement 1408/71, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté.

[1138] AKANDJI-KOMBE Jean-François, Les droits des étrangers et leur sauvegarde dans l'ordre juridique communautaire, C.D.E, 1995, n°3-4, P. 351-381 ; STANGOS Petros N, Les ressortissants d'États tiers au sein de l'ordre juridique communautaire, C.D.E, 1992, n°3-4, P. 306-347.

[1139] Article 2, du règlement CEE n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplace à l'intérieur de la Communauté, JOCE n° L 149, 05.07.71 « le présent règlement s'applique aux travailleurs qui sont ou ont été soumis à la législation de l'un ou de plusieurs États membres et qui sont des ressortissants de l'un des États membres ou bien des apatrides ou des réfugiés résidant sur le territoire d'un des États membres, ainsi qu'aux membres de leur famille ou à leurs survivants. En outre, le présent règlement s'applique aux survivants des travailleurs qui ont été soumis à la législation de l'un ou de plusieurs États membres, quelle que soit la nationalité de ces travailleurs, lorsque leurs survivants sont des ressortissants de l'un des États membres ou bien des apatrides ou des réfugiés résidant sur le territoire d'un des États membres ».

[1140] Sur ce point, Cf, GKEGKA Maria, L'identité de l'Union européenne à l'aune du droit de l'immigration et de l'asile. Analyse institutionnelle, Revue de l'Union européenne, 2024, p. 335, [en ligne] « le droit de l'Union confère en premier lieu aux ressortissants de pays tiers des droits sociaux fondamentaux. Il impose leur garantie par les États membres, malgré les hiérarchies entres les personnes qu'elle contribue à instituer. Car, le niveau de protection sociale assuré aux individus fluctue, parfois considérablement et jusqu'au sein d'une même catégorie juridique […] »

l'Union avait pour objectif, d'une part, d'assurer l'intégration des intéressés et, d'autre part, d'assurer un « un standard minimal de décence[1141] ».

Ainsi, avant l'adoption du traité d'Amsterdam, à l'exception des catégories citées ci-dessus, les conditions d'accès des ressortissants des pays tiers aux prestations sociales relevaient de la législation nationale de l'État membre d'accueil[1142] ; législation qui, dans la quasi-totalité des États membres de l'Union, excluait les étrangers du cercle des bénéficiaires de la solidarité, fondement de tout système de protection sociale. Cette exclusion a progressivement été jugée contraire au principe d'égalité (section I).

A partir de l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, les institutions européennes ayant acquis la compétence pour adopter des normes régissant le statut des ressortissants des pays tiers régulièrement établis dans l'Union [1143]ont procédé à l'adoption de normes dérivés favorables aux ressortissants de pays tiers et ayant pour objectif de favoriser leur intégration dans la société de l'État membre d'accueil (section II).

Dans le cadre de cette étude, la protection sociale est entendue comme « l'ensemble des mesures par lesquelles la société entend protéger les individus contre les risques sociaux »[1144]. En France, la protection sociale se fonde sur deux techniques : l'assurance et l'assistance[1145].

Section I. L'accès des ressortissants des pays tiers à la protection sociale avant le traité d'Amsterdam : une compétence des États membres progressivement soumise aux exigences des droits fondamentaux

Au début de la construction européenne, la protection sociale était pratiquement absente des objectifs de la CEE. « Le traité de Rome n'affichait aucune ambition dans le domaine de la protection sociale. L'absence d'ambition de l'Union en matière de protection sociale s'expliquait par la dimension essentiellement économique de la Communauté »[1146]. Toutefois, le traité CEE[1147] reconnaissait une compétence au Conseil pour adopter les mesures nécessaires à la réalisation progressive de la libre circulation des travailleurs, notamment, dans le domaine

[1141] GKEGKA Maria, La politique de l'Union européenne à l'aune du droit de l'immigration et de l'asile. Analyse institutionnelle, Revue de l'Union européenne, 2014, P. 335 [en ligne].
[1142] Selon une jurisprudence constante, le droit Communautaire ne porte pas atteinte à la compétence des États membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale, CJCE, 7 février 1984, Duphar e.a aff. C-238/82.
[1143] Article 63, paragraphe 3, du traité d'Amsterdam.
[1144] CORNUS Gérard, Vocabulaire juridique, Paris, PUF, Association Henry Capitant, Quadriage, 2000, P.688.
[1145] DANIEL Christine et TUCHSZIRER Carole, Assurance, assistance, solidarité : quels fondements pour la protection sociale ? Revue de l'IRES, n° 30, 1999.
[1146] OMARJEE Ismaël, Manuel de droit européen de la protection sociale, Bruylant, 2ème édition, p.15.
[1147] Article 49 CEE.

de la sécurité sociale (art 49 CEE). La compétence de l'Union en matière de sécurité sociale n'était spécifiée qu'au sein de l'article 51 CEE et présentée comme devant contribuer à l'établissement de la libre circulation des travailleurs[1148]. Comme l'affirme Ismaël Omarjee, « si on ne pouvait conclure à une absence totale de compétence dans le domaine de la sécurité sociale, cette compétence était étroitement liée à la libre circulation des travailleurs, limitée à l'adoption des mesures nécessaires pour l'établissement de cette liberté »[1149]. La compétence de l'Union étant initialement liée à la réalisation de la libre circulation des travailleurs, les personnes qui ne bénéficiaient pas de cette liberté, en l'occurrence les ressortissants des pays tiers, étaient, par conséquent, exclues de la réglementation Communautaire relative à la protection sociale (paragraphe I). Toutefois, en dépit de l'exclusion de principe des ressortissants des pays tiers du bénéfice des règles relatives à la coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale, certains étrangers ont été inclus dans le champ d'application de ces règles en raison, soit de l'existence d'un accord entre leur pays d'origine et la Communauté, soit du lien qui les lie aux ressortissants de la Communauté (membres de la famille des citoyens européens), soit en raison de la spécificité de leur statut (les réfugiés et apatrides) (paragraphe 2).

§ I. Les ressortissants des pays tiers en marge du droit européen de la protection sociale

Comme précédemment indiqué, l'intervention de l'Union européenne en matière de protection sociale trouvait sa justification dans la réalisation de la libre circulation des travailleurs[1150]. Pour faciliter cette liberté, dès 1958, a été adopté un règlement relatif à la sécurité sociale des travailleurs migrants[1151], ressortissants des États membres, rapidement révisé en 1971[1152]. Les textes adoptés à cette époque limitaient la compétence de l'Union à la coordination des régimes nationaux de sécurité sociale[1153]. Dans ce sens, Pierre Rodière affirme que « l'absence de coordination des droits nationaux de la sécurité sociale [engendrait] des obstacles ou des entraves à la liberté de circulation des travailleurs qu'il [convenait] de faire disparaitre ». Pour faire disparaitre ces obstacles et encourager la mobilité des travailleurs, des règlements de

[1148] Article 51 CEE.
[1149] OMARJEE Ismaël, Manuel de droit européen de la protection sociale, Op. cit.
[1150] Ibid.
[1151] Règlement n°3, concernant la libre circulation des travailleurs migrants.
[1152] Règlement CEE n°1408/71 du Conseil du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté.
[1153]OMARJEE Ismaël, Manuel de droit européen de la protection sociale, Op. cit p. 15.

coordination se sont substitués aux conventions bilatérales de sécurité sociale qui existaient entre les États membres. En raison de son caractère intimement lié à la réalisation de la libre circulation des travailleurs ressortissants des États membres, les ressortissants des pays tiers qui, par définition étaient exclus du bénéfice de cette liberté, n'ont pas été inclus dans le champ d'application personnel du dispositif européen. Les conditions de leur accès aux prestations sociales relevaient ainsi de la compétence de l'État membre d'accueil. Or, les droits nationaux relatifs à la protection sociale, notamment en matière de prestations non contributives, se caractérisaient par une discrimination fondée sur la nationalité[1154] (A). Néanmoins, dans les années 1990, des progrès ont été réalisés en vue de supprimer ces discriminations, non pas grâce au droit de l'Union, mais sous la pression d'autres normes de protection des droits fondamentaux[1155] (B).

A. La protection sociale des ressortissants des pays tiers sous le règne des droits nationaux : l'exemple du droit français

Les conditions d'accès des étrangers aux prestations sociales ont connu une évolution dans les pays industrialisés. En France, la fin du 19ème siècle est marquée par la mise en place d'une protection sociale[1156] collective, fondée sur la solidarité[1157]. Le système collectif renvoyait tantôt à une conception assurancielle[1158] tantôt à une conception « assistantielle »[1159]. Dans sa conception « assistantielle », la solidarité est nationale, ce qui excluait les non nationaux du

[1154] BORGETTO Michel, La notion de fraternité en droit public français, cité par ISIDRO Lola « du moment que l'assistance est considérée comme un droit ayant sa source dans le devoir de solidarité qui unit tous les enfants de la nation, ce droit ne peut logiquement appartenir qu'aux nationaux. Nous n'entendons pas dire par là que les étrangers ne doivent jamais être secourus ; en fait, ils le sont fréquemment et nous souhaitons qu'ils continuent à l'être, mais nous n'étendons pas jusqu'à eux l'obligation de l'assistance ».

[1155] MATH Antoine et TOULLIER Adeline, Le difficile chemin vers l'égalité des droits, l'Harmattan 2004/1 N°48, P.1005-119.

[1156] Sur l'histoire de la protection sociale en France, Cf, CHAUMET Pierre-Olivier, Histoire du droit social. Du moyen âge aux temps moderne, LEH édition, 2017, p. 103 et s.

[1157] Ibid. p. 103, « il existe deux moments décisifs dans cette histoire de la protection sociale. En premier lieu, il s'agit du passage et de la rupture progressive entre l'assistance (hérité du moyen âge) et les première assurances sociales de la fin du XIXème siècle ».

[1158] PETIT Franck, Droit de la protection sociale, 2ème édition, Lextenso, 2014, p.32 « ce modèle dit des assurances sociales a inspiré la sécurité sociale de l'Allemagne de Bismarck, entre 1883 et 1889. Il emprunte son fonctionnement, son régime de l'assurance privée : les travailleurs souhaitent se prémunir contre une interruption d'activité, et donc de revenus, en contrepartie du versement d'une cotisation ».

[1159] Ibid. p. 33, « selon un second système [assistantiel], inspiré de la doctrine de Lord Beveridge, la sécurité sociale s'apparente à un mécanisme de redistribution des revenus : d'un côté s'organise le prélèvement d'une part des revenus des plus riches ; de l'autre s'opère la redistribution des fonds recueillis aux populations que les risques sociaux menacent et appauvrissent davantage. On ne distingue plus selon l'origine professionnelle des contributeurs et des bénéficiaires : tous les citoyens sont concernés par cette redistribution de richesse, qu'ils soient travailleurs dépendants, travailleurs indépendants, demandeurs d'emploi au retraités. Cette conception de la sécurité sociale s'appuie sur un mécanisme de correction des inégalités et, à ce titre, se sert principalement de l'impôt comme source de financement ».

cercle des bénéficiaires des droits fondés sur cette solidarité. En revanche, dans sa conception assurancielle, l'étranger ne paraissait pas exclu du cercle des bénéficiaires. En effet, dans la conception assurancielle, d'essence professionnelle, le droit à la protection sociale est lié à l'exercice d'une activité professionnelle. La seconde conception, assistantielle, révélait une tendance à l'universalité (pour les citoyens) et trouvait son fondement dans les besoins de la personne ainsi que dans la responsabilité de la collectivité à l'égard des bénéficiaires qui en sont issus[1160]. Des premières lois d'assurance sociale jusqu'aujourd'hui, en passant par l'institution de la sécurité sociale en 1945, le travailleur étranger a pu bénéficier des prestations dites contributives sans qu'il soit toujours traité exactement de la même manière que les travailleurs nationaux (1). En revanche, en matière de prestations non contributives[1161], l'étranger a fait l'objet d'une discrimination fondée sur la nationalité et cette discrimination avait été initialement validée par Cour JUE (2) avant qu'elle ne soit déclarée contraire aux droits fondamentaux[1162] et au principe constitutionnel d'égalité[1163].

1) La reconnaissance de certaines prestations en faveur des travailleurs étrangers

Comme précédemment évoqué, dès l'origine, le travailleur étranger a été inclus dans le cercle des bénéficiaires de certaines prestations de protection sociale[1164]. Sous l'empire des lois d'assurance sociale, bien qu'affilié obligatoirement au même titre que les travailleurs nationaux, le travailleur étranger a fait l'objet d'un traitement différencié (a). Depuis l'institution de la sécurité sociale en 1945, il a vu son statut social considérablement amélioré (b). Certains auteurs, notamment Lola Isidro, considèrent que le plan de 1945 a intégré le travailleur étranger dans une solidarité de nature professionnelle[1165], en ce sens que le droit du travailleur étranger à la protection sociale trouve son fondement non pas dans le versement par

[1160] CHAUCHARD Jean-Pierre, Sécurité sociale et les droits de l'Homme, Dr. Soc. 1997, p.48.
[1161] DAUGAREILH Isabelle, Les prestations sociales non contributives et les étrangers en droit communautaires, RDSS, 1997, p.189.
[1162] MAVRIDIS Podromos, Les juridictions européennes et leurs interventions dans le domaine de la protection sociale, 2015/1 n°47, https://www.cairn.info/revue-regards-2015-1-pages-71.htm
[1163] PRETOT Xavier, La conformité à la constitution de la loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé, Dr. Soc. 1990, p.352 ; Cour Constitutionnelle 22 janvier 1990, n°89-269.
[1164] Concernant la période antérieur à 1945, François Neuville, Le statut juridique du travailleur étranger en France au regard des assurances sociales, de l'assistance et de la prévoyance sociale, Édition Duchemin, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, Paris, 1931.
[1165] ISIDRO Lola, L'étranger et la protection sociale, Dalloz, 2017, p.88, « sous l'empire de la nationalité, les étrangers n'ont pas été mis à l'écart du régime des prestations dites contributives. A l'étude des dispositifs d'assurance et de sécurité sociales, tout se passe en effet comme si, en la matière, la qualité de travailleur avait en quelque sorte neutralisé celle d'étranger de sorte que ce dernier s'était vu spontanément inclus dans le cercle de la solidarité professionnelle ».

lui des cotisations sociales, mais dans son appartenance à la collectivité des travailleurs. Cette position nous semble discutable à plusieurs égards (c).

a. L'étranger et les assurances sociales : un traitement différencié fondé sur la nationalité

Les lois sur les assurances sociales se proposaient de couvrir les travailleurs contre les risques liés à l'exercice d'une activité professionnelle. Ces lois s'adressaient à tous les travailleurs, sans condition de nationalité, dont les ressources ne dépassaient pas un certain montant. Elles faisaient obligation aux travailleurs salariés de s'affilier aux assurances sociales. L'affiliation obligatoire aux assurances sociales était soumise à une double condition : être salarié et ne pas percevoir une rémunération supérieure à un montant fixé par la loi. En plus de ces deux conditions générales, la loi imposait une condition supplémentaire aux travailleurs étrangers, celle de résidence en France depuis au moins trois mois[1166]. A la question de savoir pourquoi le législateur refusait d'admettre le travailleur étranger au bénéfice des assurances sociale avant un délai de trois mois, François Neuville considérait que les lois relatives aux assurances sociales exigeaient de l'étranger sa participation à la collectivité des travailleurs dans la mesure où ces assurances engageaient les finances publiques. Selon lui, le droit du travailleur étranger aux prestations d'assurance sociale n'était pas proportionnel aux cotisations qu'il a versées. Dans ce sens, « le seul fait de travailler en France ne donne pas à l'étranger le droit à l'assurance : il faut qu'il se consacre pendant un temps raisonnable à la production nationale ; il faut qu'il donne à l'apport de main-d'œuvre qu'il nous fournit un certain caractère d'utilité, de stabilité »[1167]. L'admission du travailleur étranger au bénéfice des assurances sociales apparaissait dès lors comme une faveur à l'égard de l'étranger qui met sa force de travail de façon permanente au service de la collectivité, excluant par-là, l'étranger qui ne travaille en France que temporairement (moins de trois mois).

Au-delà de l'exigence d'une résidence obligatoire d'au moins trois pour l'affiliation aux assurances sociales, le travailleur étranger faisait l'objet d'un traitement particulier concernant le droit aux prestations. Ce traitement particulier peut être illustré à travers l'exemple de la loi du 5 avril 1910 sur « les retraites ouvrières et paysannes » (ROP) et celle de 1928-1930

[1166] Article 1er paragraphe 4, de la loi du 5 avril 1928, modifiée par celle du 30 avril 1930, « sous réserve des Convention diplomatiques, les salariés étrangers ayant leur résidence réelle et permanente en France et qui y travaillent dans des conditions régulières depuis trois, bénéficient, comme les salariés français des prestations prévues par la présente loi… ».
[1167] NEUVILLE François, Le statut juridique du travailleur étranger en France au regard des assurances sociales, de l'assistance et de la prévoyance, Op. cit.

« relatives aux assurances sociales ». La loi sur les ROP a mis en place un mécanisme d'assurance obligatoire en matière de vieillesse. Un financement tripartite était prévu entre les salariés, les employeurs et l'État. « Ainsi, des cotisations salariales et patronales doivent être acquittées dans le cadre d'un système de capitalisation, donnant lieu au versement d'une pension une fois l'âge de la retraite atteint, pension à laquelle doit alors s'ajouter une allocation viagère de l'État »[1168]. A la différence des travailleurs nationaux, l'article 11 de la loi prévoyait que les travailleurs étrangers « ne peuvent bénéficier des contributions patronales et des allocations ou bonifications budgétaires que si des traités avec les pays d'origine garantissent à nos nationaux des avantages équivalents ». Ainsi, le droit du travailleur étranger à la retraite était en partie soumis à une condition de réciprocité puisque la prise en compte des cotisations patronales et le bénéfice des fonds publics était soumis à une telle condition. Dans ce contexte, Lola Isidro affirme que le travailleur étranger était mis en marge de la solidarité[1169]. Le travailleur étranger, affilié obligatoirement et au même titre que le travailleur national, se trouvait ainsi traité différemment en raison de sa nationalité.

La loi sur les assurances sociales de 1928-1930, adoptée en vue de réformer et de compléter la loi sur la ROP, ne modifie pas le traitement réservé aux travailleurs étrangers. La volonté d'écarter le travailleur étranger du bénéfice des cotisations patronales et budgétaires est réaffirmée. Les cotisations patronales afférentes aux salariés étrangers sont affectées au fond de majoration et de solidarité[1170]. Cependant, une distinction est à faire entre la loi de 1928 et celle de 1930. En effet, à l'égard du travailleur étranger, la loi de 1928 semblait plus favorable aux travailleurs étrangers que celle de 1930. La première semblait étendre les droits des intéressés aux cotisations patronales, en témoigne les commentaires de la loi de 1928, cité par Lola Isidro : « le système de la loi [de 1928] se montre à la fois équitable et libéral. Tous les versements faits par l'étranger [cotisations salariales] ou pour son compte [cotisations patronales] contribuent à lui faire valoir les prestations prévues par la loi. Il est traité exactement comme un salarié français, sous la réserve qu'il ne bénéficie d'aucune bonification due à l'effort collectif, soit des contribuables soit des assurés, dans la mesure ou certaines fractions de leurs cotisations vont grossir les fonds de majoration ou de solidarité. Le texte voté par la chambre affectait purement et simplement à ces fonds le montant des prélèvements effectués sur le salaire des ouvriers étrangers et celui des cotisations patronales afférentes à ces salaires. Le rapporteur de la Commission de l'hygiène au sénat […] a qualifié ces affectations de ressources

[1168] ISIDRO Lola, L'étranger et la protection sociale, Op. cit. p.89.
[1169] Ibid.
[1170] Article 69 de la loi du 5 avril 1928 sur les assurances sociales.

peu honorables. Il a de même, réussi à faire écarter divers amendements […] tendant à ce que seules les cotisations versées par les salariés étrangers eux-mêmes leur profitassent ; les versements patronaux seraient allés au fonds de majoration, sauf si les traités passés avec les pays d'où ces ouvriers seraient originaires accordaient à nos nationaux des avantages équivalents à ceux de notre système. En fait, les étrangers n'eussent bénéficié que de l'assurance maladie et du secours décès. Les dispositions finalement adoptées sont plus équitables. On a considéré que le versement patronal constitue un véritable complément de salaire et qu'il appartient à l'ouvrier »[1171]. La loi de 1930 revient donc sur cette conception, limitant le droit du travailleur étranger aux seules cotisations prélevées sur son salaire.

La différence de traitement était davantage perceptible lorsque l'étranger était victime de chômage. En effet, le chômeur étranger, bien qu'ayant préalablement travaillé et cotisé, ne pouvait pas prétendre au revenu de remplacement pour ce risque. L'explication donnée à cette exclusion était la suivante : « appelée en France comme complément de la main-d'œuvre nationale, leur présence comme chômeur ne saurait être encouragé à aucun degré »[1172]. L'étranger se trouvait ainsi spolié d'une partie de ses cotisations.

Il convient de noter une incohérence majeure résultant du traitement réservé au salarié étranger à cette époque. Nous avons souligné que l'affiliation du travailleur étranger aux assurances sociales était subordonnée à une condition de résidence préalable d'au moins trois mois, que cette dernière condition avait pour objectif de témoigner de l'appartenance de l'intéressé à la collectivité des travailleurs. Dès lors, comment expliquer l'exclusion du travailleur étranger du cercle des bénéficiaires des prestations financées par des cotisations patronales alors que son affiliation trouve sa justification dans son appartenance à la collectivité des travailleurs ?

S'il ne fait aucun doute que le plan de 1945 a permis d'améliorer considérablement le statut social des travailleurs étrangers, le fondement de cette amélioration statutaire doit être recherché en dehors de la solidarité.

[1171] PICARD Roger, Les assurances sociales. Commentaire de la loi du 5 avril 1928. Nouvelle édition, mise au courant des dispositions réglementaires, Librairie des juris-classeurs, Ed. Godde, 1930, p. 23-24, cité par ISIDRO Lola.
[1172] Ibid. Roger Picard, les assurances sociales, cité par Lola Isidro.

b. Le plan de 1945 : une amélioration des droits sociaux des travailleurs étrangers

Lola Isidro affirme que « La mise en place de la sécurité sociale en 1945 constitue une révolution. La protection est étendue et son élément déclencheur revu. Le droit à la prestation n'est en effet plus basé sur la cotisation mais sur l'appartenance à la collectivité des travailleurs. Dès lors, il n'est plus question de laisser l'étranger responsable de sa propre protection du fait du versement par lui de cotisations mais de le protéger car il fait partie du cercle des travailleurs »[1173]. Selon l'auteur, depuis le plan de 1945, la protection du travailleur étranger trouve son fondement dans son appartenance à la collectivité des travailleurs et non dans le fait qu'il verse des cotisations sociales. S'il ne fait aucun doute que le plan de 1945 a considérablement amélioré la situation du travailleur étranger, il semble cependant difficile de considérer qu'il n'y a aucune causalité entre le versement des cotisations et la reconnaissance des droits en sa faveur.

Dans un premier temps, il convient de noter que le plan de 1945 a d'abord modifié les conditions d'affiliation. En effet, comme la loi sur les assurances sociales, l'article 5 de l'ordonnance du 19 octobre 1945 prévoit que les travailleurs étrangers « sont assurés obligatoirement, dans les mêmes conditions que les travailleurs français ». L'article 2 de l'ordonnance détermine les conditions d'affiliation en disposant que « sont assurés obligatoirement aux assurances sociales, quel que soit leur âge et même si elles sont titulaires d'une pension, toutes les personnes de nationalité française de l'un ou de l'autre sexe, salariées ou travaillant à quelque titre ou en quelque lieu de ce soit, pour un ou plusieurs employeurs et quels que soient le montant et la nature de leur rémunération, la forme, la nature ou la validité de leur contrat ». Avec ces nouvelles conditions, on assiste à la suppression du délai de résidence de trois mois pour l'affiliation des travailleurs étrangers aux assurances sociales. Autrement dit, le travailleur étranger doit obligatoirement être affilié aux assurances sociales quelle que soit la durée de sa résidence en France. De la manière, le montant de la rémunération n'est plus pris en compte pour l'affiliation des travailleurs. Ainsi, l'affiliation semble résulter de l'exercice d'une activité professionnelle et quelle que soit la nationalité du travailleur lui-même. Mais qu'en est-il de l'accès aux prestations ?

Nous avons souligné que sous l'empire de la loi sur les assurances sociales, le travailleur étranger ne pouvait prétendre à une prestation qu'à la hauteur des cotisations effectivement

[1173] Lola Isidro, l'étranger et la protection sociale, Dalloz, 2017, p.92.

versées. En matière de prestation vieillesse, cela se traduisait par la limitation de ses droits à la retraite aux prestations qu'il a lui-même versées. Il se trouvait ainsi privé du bénéfice des cotisations patronales et des bonifications budgétaires. Or, depuis le plan de 1945, les travailleurs étrangers peuvent prétendre aux prestations correspondant aux cotisations patronales et aux bonifications budgétaires[1174]. Ils se trouvent ainsi assimilés au travailleur français. De la même manière que les travailleurs français, ils peuvent prétendre aux avantages complémentaires à la retraite. Toutefois, l'égalité d'accès à ces prestations était subordonnée à la résidence en France au moment de la liquidation des droits[1175]. Ainsi, comme affirme Philippe Chenillet, « cette règle fondamentale de notre droit à la protections sociale [égalité] telle qu'elle ressort, pour les salariés, des dispositions de l'article L 311-7 premier alinéa du code de la sécurité sociale suffirait pleinement à établir le principe de l'égalité totale de traitement entre français et immigré, et partant de là, à ôter toute particularité digne d'être relevée à la situation de ces derniers, si le second alinéa du même article n'ajoutait une condition primordiale de résidence sur le territoire français »[1176]. Autrement dit, en matière de vieillesse, le travailleur étranger bénéficie de l'égalité de traitement sous réserve de résider en France. En la matière, on voit ainsi une amélioration statutaire en faveur du travailleur étranger. Cette amélioration concerne la quasi-totalité des prestations contributives. Certains auteurs, notamment Lola Isidro, expliquent cette amélioration par l'inclusion du travailleur étranger dans une solidarité de nature professionnelle, expliquant que contrairement aux assurances sociales, la cotisation n'est plus une condition de droit aux prestations sociales. Dès lors, la question du fondement de la reconnaissance des prestations contributives en faveur du travailleur étranger se pose.

c) Le fondement de l'amélioration des droits sociaux des travailleurs étrangers depuis le plan de 1945 : solidarité ou « contributivité » ?

Depuis le plan de 1945, les travailleurs étrangers ont droit aux prestations contributives de sécurité sociale au même titre que les travailleurs français dès lors qu'il réside en France. La question du fondement de ce principe de non-discrimination se pose. Autrement dit, qu'est ce qui justifie l'assimilation des étrangers aux nationaux en matière de prestations contributives

[1174] CHENILLET Philippe, L'immigré et sa vieillesse, in Elie Alfandari, Immigration et protection sociale, 2ème édition, 1990, p.111-129.
[1175] Ancien article L311-7 du code de la sécurité sociale « les travailleurs étrangers et leurs ayants droit bénéficient des prestations d'assurances sociales s'ils ont leur résidence en France. Les mêmes dispositions s'appliquent aux étrangers ayant leur résidence à l'étranger et leur lieu de travail permanent en France s'il a été passé à cet effet une Convention avec leur pays d'origine ».
[1176] CHINILLET Philippe, L'immigré et sa vieillesse, in Elie Alfandari, Immigration et protection sociale, 2ème édition, 1990, p.113.

de sécurité sociale ? La solidarité est-elle le fondement d'une telle assimilation ? Trouve-t-elle sa justification dans leur participation au financement du système de sécurité sociale ? Ces questions se posent car la solidarité est au cœur de la sécurité sociale (c.a.). Toutefois, il n'est pas certain que l'égalité de traitement en faveur des travailleurs étrangers trouve sa justification dans la solidarité. L'apparition progressive des prestations dites mixtes et les justifications qui étaient avancées pour exclure les étrangers du bénéfice des prestations non contributives de sécurité sociale semblent remettre en cause la théorie selon laquelle les travailleurs étrangers ont été inclus dans une solidarité de nature professionnelle. (c.b.). En outre, l'évolution des conditions d'accès des étrangers aux prestations familiales infirme la thèse de l'inclusion des travailleurs étrangers dans une sphère de solidarité professionnelle. (c.c).

. La solidarité au cœur de la sécurité sociale.

Si l'on met de côté la période antérieure à 1945, le système français de sécurité sociale est largement fondé sur la solidarité[1177]. « La solidarité est en effet considérée par presque tous [les auteurs de la protection sociale] comme le fondement de toute intervention sociale quelle que soit la nature des techniques sociales employées pour lutter contre l'insécurité ouvrière »[1178].

L'article introductif du code de la sécurité sociale le confirme en disposant que « la sécurité sociale est fondée sur le principe de solidarité nationale »[1179]. La référence à la solidarité vaut autant pour le système assurantiel que pour le système « assistanciel ». En effet, « l'assurance sociale forme la catégorie des transferts contributifs intégrant dans ses mécanismes le principe de la contribution/rétribution puisque le salarié, à travers le versement de sa cotisation, s'est en quelque sorte garanti un droit social absolu, celui de percevoir des prestations lors des interruption d'emploi. Transfert octroyé sous condition de ressources, l'assistance sociale est l'aide apportée par les collectivité publique aux personnes dont les ressources sont insuffisantes »[1180]. Ainsi, en droit français de la protection sociale, on trouve deux types de solidarité : une solidarité nationale et une solidarité dite professionnelle. Si les étrangers avaient dès l'origine été exclus de la solidarité nationale, ils n'ont jamais été exclus du bénéfice des prestations contributives.

[1177] CANAJI Laure-Emmanuelle, La personne dans la protection sociale. Recherche sur la nature des droits des bénéficiaires de prestations sociales, Dalloz, 2008, p.89.
[1178] Daniel Christine et TUCHSZIRE et Carole, Assurance, assistance, solidarité : quels fondements pour la protection sociale, revue de l'IRES, n°30, 1999/2.
[1179] Article L111-1, alinéa du code de la sécurité sociale.
[1180] DANIEL Christine et TUCHSZIRER Carole, Assurance, assistance, solidarité : quels fondements pour la protection sociale, revue de l'IRES, n°30, 1999/2

Les textes issus du plan de 1945 semblent inclure, à priori, les travailleurs étrangers dans le cercle des bénéficiaires de la solidarité professionnelle[1181]. De façon générale et sans aucune référence à la nationalité, le plan de 1945 tendait à protéger la communauté des travailleurs et les membres de leur famille contre les risques de toutes natures susceptibles de réduire ou de supprimer leurs revenus. Le travailleur étranger se trouve ainsi intégré dans une collectivité. Comme l'écrit Jean Jacques Dupeyroux « chaque travailleur singulier doit appartenir à la collectivité des travailleurs, et son intégration dans ce collectif repose simplement sur le fait qu'ils reçoive son salaire dont une partie alimente effectivement la protection des travailleurs provisoirement ou définitivement retirés de l'activité professionnelle effective. C'est d'ailleurs, pris de l'autre côté, du fait de cette inscription dans le collectif des travailleurs qu'une personne privée d'emploi et donc de revenu (chômage, retraite, maladie, etc.) peut alors bénéficier des revenus de transferts prélevés sur les travailleurs effectivement occupés »[1182]. En revanche, la solidarité nationale s'applique à un ensemble de prestations qui constituent pour les collectivités une obligation légale, et qui sont destinée à des personnes (aux nationaux) dans un état de besoin. Ces prestations sont donc de nature non contributive. Autrement dit, aucune obligation de cotisation préalable n'est exigée de l'assisté. Ainsi, le critère fondamental de distinction entre assurance et assistance est celui de la contribution préalable ou non, étant noté que la solidarité est le fondement des deux modes d'intervention. En matière d'assistance, la solidarité s'exerce entre les membres de la collectivité nationale ; or en matière d'assurance, elle s'exerce entre les membres de la collectivité des travailleurs. Laure-Emmanuel Camaji distingue deux modes de recours à la solidarité, en distinguant « la solidarité comme principe » de la « solidarité comme technique »[1183]. Selon elle, « la solidarité comme technique vise à traduire la relation d'interdépendance entre tous les membres de la société »[1184]. C'est le mécanisme de la prise en charge socialisée du risque. Une forme de dépendance réciproque qui caractérise la solidarité[1185]. Cette définition introduit la dimension collective de la solidarité qui se définit en rapport à un « groupe ou à une communauté d'appartenance ». Dans ce sens, le travailleur étranger appartenant à la collectivité des travailleurs nationaux est reconnu bénéficiaire des prestations d'assurance sociale. De la même manière, n'étant pas reconnu comme membre de

[1181] CANAJI Laure-Emmanuel, La personne dans la protection sociale. Recherche sur la nature des droits des bénéficiaires de prestations sociales, Op. cit.
[1182] DUPEYROUX Jean Jacques, BORGETTO Michel, LAFORE Robert, RUELLAN Rollande, Droit de la sécurité sociale, 15ème édition, Dalloz, 2005, p.222.
[1183] CANAJI Laure-Emmanuel, La personne dans la protection sociale. Recherche sur la nature des droits des bénéficiaires de protection sociale, Dalloz, 2008, p.106 à 107.
[1184] Ibid.
[1185] Ibid.

la société nationale, le travailleur étranger se trouvait exclu du bénéfice des prestations d'assistance sociale, entendue comme des prestations non contributives. Conformément à cette première définition, il convient de noter que depuis le plan de 1945, le travailleur étranger a été inclus dans la communauté des travailleurs.

Contrairement à la notion de la solidarité comme technique, la solidarité comme principe renvoie à la mise en place d'une redistribution des richesses [1186]entre les membres d'une collectivité. L'ordonnance de 1945 semblait aller dans ce sens en affirmant que « le problème qui se pose (…) est celui d'une redistribution du revenu national destinée à prélever sur le revenu des individus favorisés les sommes nécessaires pour compléter les ressources des travailleurs ou familles défavorisées »[1187]. Ainsi, quelle que soit la technique d'intervention sociale, la solidarité reste le maitre mot de la protection sociale française. La place de la solidarité dans le système français de la sécurité sociale a été affirmée à plusieurs reprises. On peut citer notamment la loi du 13 aout 2004 qui réaffirme le principe de solidarité en matière d'assurance maladie en disposant que « la Nation affirme son attachement au caractère universel, obligatoire et solidaire de l'assurance maladie ». De même, la loi du 21 aout 2003 portant réforme des retraites avait aussi évoqué le principe de solidarité, « sous la forme du contrat social entre générations », en disposant que « la Nation réaffirme solennellement le choix de la retraite par répartition au cœur du pacte social qui unit les générations ». Outre l'affirmation textuelle du principe de solidarité au cœur du système français de sécurité sociale, la jurisprudence a, à son tour, affirmé ce principe à plusieurs reprises[1188]. S'il ne fait plus aucun doute que le système français de sécurité sociale est basé sur la solidarité, peut-on considérer que l'inclusion des travailleurs étrangers dans le cercle des bénéficiaires des prestations contributives de sécurité sociale trouve son fondement dans la solidarité, sachant que leur exclusion du bénéfice des prestations non contributives était justifiée par leur non-participation au financement de ces prestations ?

[1186] Ibid.
[1187] Ordonnance du 4 octobre 1945, exposé des motifs, reproduite par Laure-Emmanuelle Canaji, La personne dans la protection sociale, P.115.
[1188] Cour de Cassation, 19 décembre 1996, Bull.civ. V n°453.

. La solidarité, fondement de l'inclusion des travailleurs étrangers dans le cercle des bénéficiaires des prestations de sécurité sociale ?

En matière de prestations de sécurité sociale, l'assimilation des étrangers aux nationaux est aujourd'hui le principe[1189]. Cependant, la question du fondement de l'absence de discrimination en la matière se pose. Est-ce l'appartenance à la « collectivité des travailleurs » ou le versement des cotisations sociales ?

La réponse à cette question nécessite une précision terminologique préalable des notions de sécurité sociale, d'assistance sociale, de prestations contributives et de prestations non contributives.

Pour distinguer la sécurité sociale de l'aide sociale ou de l'assistance sociale, Pierre Rodière considère qu'« une prestation versée à une personne qui, étant dans une situation légalement ou réglementairement définie ou protégée, a droit à ce versement, relève de la sécurité sociale. [or], la qualification d'aide ou d'assistance sociale s'applique uniquement aux prestations auxquelles le bénéficiaire ne peut prétendre avoir un droit, qui lui sont allouées discrétionnairement, sur la base d'une appréciation individuelle, au cas par cas, sans recours juridictionnel d'opportunité »[1190]. Ainsi, le critère de distinction n'est pas le caractère contributif ou non de la prestation. La notion de sécurité sociale couvre les branches de la sécurité sociale[1191].

Autrement dit, les prestations qui sont destinées à assurer un revenu minimum aux nécessiteux et qui ne correspondent pas à l'un des risques d'une branche de la sécurité sociale, ne peuvent pas être qualifiées de prestation de sécurité sociale. Partant de cette définition, il convient d'opérer une seconde distinction entre les différentes prestations de sécurité sociale. En effet, au sein de la sécurité sociale, il y a des prestations contributives et des prestations non contributives. Elles sont dites contributives, lorsque le versement des prestations est subordonné au paiement préalable des cotisations par l'assuré social[1192] ou à son affiliation à un régime de sécurité sociale[1193]. En revanche, sont dites non contributives, les prestations « ayant pour

[1189] LYON-CAEN Gérard et Lyon-CAEN Antoine, Droit social international et européen, précis Dalloz, 8ème édition, p.115.
[1190] RODIERE Pierre, Le droit communautaire de la protection sociale, in BOURRINET Jacques et NAZET-ALLOUCHE Dominique (dir), Union européenne et protection sociale, documentation française, Paris, 2002, P. 13.
[1191] Les 8 branches de la sécurité sociale : a) les prestations de maladie et de maternité ; b) les prestations d'invalidité, y compris celles qui sont destinées à maintenir ou à améliorer la capacité de gain ; c) les prestations de vieillesse ; d) les prestations de survivants ; e) les prestations d'accident du travail et de maladie professionnelle ; f) les allocations de décès ; g) les allocations de chômage ; h) les prestations familiales.
[1192] ALFANDARI Elie, Réflexion sur la place et le rôle du droit dans a protection sociale des immigrés, in sous la direction d'Eli ALFANDARI Elie, Immigration et protection sociale, 2ème édition, Paris 1990, P. 1. Et suivants.
[1193] IDRO Lola, L'étranger et la protection sociale, Op. cit.

caractéristique de ne correspondre à aucune cotisation préalable puisque leur financement est assuré, pour certaines d'entre elles, par des cotisations patronales (prestations familiales), du moins de n'être pas forcément et directement financées par leurs bénéficiaires »[1194] et correspondant à l'une des branches de la sécurité sociale.

Pour revenir à la question du fondement des droits des étrangers, si l'on s'en tient à la thèse défendue par Lola Isidro, depuis le plan de 1945, le travailleur étranger tire sa protection de son appartenance à la collectivité des travailleurs[1195]. Selon l'auteure, « la condition du bénéfice de la sécurité sociale se révèle bien être l'exercice d'une activité professionnelle, lequel entraine l'affiliation à la sécurité sociale[1196] ». Ainsi, le droit du travailleur étranger à la sécurité sociale serait fondé sur une « solidarité de nature professionnelle ». L'auteure fonde son argumentation sur deux éléments : les conditions d'affiliation prévues à l'article 5 de l'ordonnance du 19 octobre 1945 et la cotisation sociale comme mode de financement de la protection sociale et non comme une contrepartie de la prestation. D'abord, concernant les conditions d'affiliation, il est vrai que le plan de 1945 accorde très peu d'importance à la nationalité. On peut, par exemple, lire dans l'article 5 de l'ordonnance de 1945 que « les travailleurs étrangers remplissant les conditions visées à l'article 2[1197] ci-dessus sont assurés obligatoirement, dans les même conditions que les travailleurs français. Lesdits travailleurs et leurs ayants droit bénéficient des prestations d'assurance sociale s'ils ont leur résidence en France… ». Cet article 2 précise les conditions d'affiliation en disposant que « sont affiliés obligatoirement aux assurances sociales, quel que soit leur âge et même si elles sont titulaires d'une pension, toutes les personnes de nationalité française de l'un ou de l'autre sexe, salariées ou travaillant à quelque titre ou en quel que lieu que ce soit pour un ou plusieurs employeurs et quelles que soient la nature et la durée contrat de travail ». Conformément à cette disposition, toute personne, quelle que soit sa nationalité, exerçant une activité salariée en France doit être obligatoirement affiliées à la sécurité sociale.

S'agissant de la cotisation sociale comme mode de financement de la protection sociale et non comme une contrepartie de la prestation ; il est vrai que depuis le plan de 1945, la cotisation

[1194] BORGETTO Michel, Logique assistancielle et logique assurantielle dans le système français de protection sociale : les nouveaux avatars d'un vieux débat, Dr. Soc. 2003, 115.
[1195] ISIDRO Lola, L'étranger et la protection sociale, Dalloz, 2017, p.92.
[1196] Ibid.
[1197] Article 2 de l'ordonnance n°45-2454 du 19 octobre 1945 « sont affiliés obligatoirement aux assurances sociales, quel que soit leur âge et même si elles sont titulaires d'une pension, toutes les personnes de nationalité française de l'un ou de l'autre sexe, salariées ou travaillant à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs et quels que soient le montant et la nature de leur rémunération, la forme, la nature ou la validité de leur contrat ».

sociale apparait comme un mode de financement de la protection sociale[1198]. Dans ce sens, écrit Laure-Emmanuelle Camaji, « la cotisation sociale a résolument changé de sens : alors qu'en 1910, elle était le garant du droit du travailleur à la pension retraite, en 1945, elle est conçue comme alternative en toute indifférence aux ressources fiscales »[1199]. De la même manière, Guy Perrin considérait qu'« alors que dans les assurances sociales, la contribution financière des assurés fondait leur droit aux prestations, la sécurité sociale tend à déterminer le droit des personnes protégées en fonctions des seules considérations relatives à leur situation, définie par la survenance de l'éventualité et accessoirement par leur niveau de ressources, en reléguant la participation éventuelle des intéressés au rang secondaire de moyen financier[1200] ». Il ajoute que « dans le régime général français, par exemple, l'ouverture du droit à certaines prestations tient compte de l'appartenance à la catégorie des personnes protégées, établie en l'occurrence par l'exercice d'une activité rémunérée, mais elle a cessé de dépendre strictement du respect des obligations relatives au versement des cotisations »[1201]. Suivant la logique de Lola Isidro, le versement de cotisations par le travailleur étranger n'est qu'un mode de financement de la protection sociale[1202]. S'il n'est pas contesté que le plan de 1945 a considérablement amélioré la situation des travailleurs étrangers en matière d'accès aux prestations sociales, notamment en étendant leur droit aux prestations financées par des cotisations patronales et les bonifications budgétaires, il semble difficile de considérer qu'ils ont été intégrés dans le cercle des bénéficiaires d'une solidarité professionnelle. La thèse de l'inclusion des travailleurs étrangers dans une solidarité de nature professionnelle est critiquable, d'une part, au regard de l'étendue des droits qui leur sont reconnus et, d'autre part, en comparant leur situation à celle des travailleurs ressortissants des États membres de l'Union. Au regard de l'étendue des droits qui leur sont reconnus, les travailleurs étrangers n'ont pu prétendre qu'aux prestations au financement desquelles ils ont effectivement contribué. Ils ont été exclus du bénéfice des prestations au financement desquelles ils ne contribuaient pas. Tel était le cas de la quasi-totalité des prestations non contributives de sécurité sociale. Pourtant, certaines de ces prestations pouvaient résulter de l'exercice d'une activité professionnelle. A titre d'exemple, on peut citer l'allocation du Fonds national de solidarité résultant d'une pension d'invalidité. En effet, la loi du 30 juin 1956[1203] portant institution du Fond national de solidarité et créant l'allocation

[1198] CANAJI Laure-Emmanuelle, La personne dans la protection sociale. Recherche sur la nature des droits des bénéficiaires de prestations sociales, Dalloz, 2008, p.236.
[1199] Ibid.
[1200] Guy Perrin, les prestations non contributives et a sécurité sociale, Dr. Soc. 1961. 185.
[1201] Ibid.
[1202] Guy Perrin, les prestations non contributives et la sécurité sociale, Dr. soc. 1961.185
[1203] La loi n°56-639 du 30 juin 1956, portant institution d'un Fonds national de solidarité.

supplémentaire subordonne le bénéfice de cette prestation à une condition de nationalité ou de l'existence d'une Convention de réciprocité[1204]. Or, cette allocation du FNS, conformément à la définition précédemment donnée de prestation de sécurité sociale, pouvait avoir cette dernière qualification, bien qu'elle soit non contributive, dans la mesure où elle se rattache à un risque de sécurité sociale, en l'occurrence le risque vieillesse ou invalidité. Autrement dit, l'article L 815-3 du code de la sécurité sociale prévoit le bénéfice de l'allocation supplémentaire du FNS aux français titulaires d'un avantage viager servi au titre de l'assurance invalidité ou de vieillesse par un régime de sécurité sociale. L'exclusion des étrangers invalides du bénéfice de l'allocation supplémentaire du FNS était justifiée par le caractère non contributif de ladite prestation. Or, si les travailleurs étrangers étaient inclus dans une solidarité de nature professionnelle, ils devraient pouvoir prétendre au bénéfice du FNS, en dépit de sa nature non contributive.

Cette analyse permet de considérer que malgré l'inclusion supposée du travailleur étranger dans une solidarité de nature professionnelle, les intéressés n'ont pu prétendre qu'aux prestations aux financements desquelles ils ont participé. Dans ce sens, le droit du travailleur étranger à la prestation apparait comme la contrepartie du versement des cotisations. En plus, les arguments visant à exclure les étrangers du bénéfice des prestations non contributives sont exclusivement basés sur des considérations financières[1205]. Par exemple, dans l'arrêt Kouassi Poirrez, le Gouvernement français soutenait devant la Cour EDH que la distinction opérée entre français et étranger en matière de prestations non contributives de sécurité sociale répondait à un but légitime, la volonté d'assurer l'équilibre entre les recettes et les dépenses de l'État dans le domaine social[1206].

Ainsi, nous considérons que, si de façon générale, la cotisation sociale apparait comme un simple mode de financement de la sécurité sociale, détachant le droit à la prestation du versement des cotisations, le travailleur étranger, jusqu'en 1998, ne pouvait prétendre qu'aux prestations au financement desquelles il a participé. Dans ce sens, la reconnaissance du droit aux prestations en faveur du travailleur étranger semblait trouver son fondement non pas dans la solidarité mais dans le versement des cotisations.

En comparant les droits reconnus aux travailleurs ressortissants d'un État membre de l'Union à ceux des travailleurs ressortissants de pays tiers, il semble difficile d'affirmer que la protection

[1204] Article 5 de la loi n°56-639 du 30 juin 1956, portant institution d'un Fonds national de solidarité.
[1205] CEDH, 30 septembre 2003, n°40892/98 Poirrez c/France.
[1206] TCHEN Vincent, Le droit des étrangers, 2ème édition, LexisNexi, 2022, p.931.

des seconds trouve son fondement dans une quelconque solidarité professionnelle. En effet, comme l'affirme Ismaël Omarjee la non-discrimination en raison de la nationalité entre les travailleurs citoyens de l'Union, est un vecteur de solidarité[1207] entre les États membres de l'Union. En application des règlements de coordination, le travailleur ressortissant d'un État membre qui travaille et séjourne dans un État membre autre que celui dont il possède la nationalité bénéficie dans cet État des prestations de sécurité sociale au sens des règlements ainsi que des prestations spéciales non contributives dont la caractéristique est d'être financée exclusivement par des contributions fiscales, de couvrir à titre complémentaire, subsidiaire ou de remplacement, les risques correspondant aux branches de la sécurité sociale et de garantir aux intéressés un revenu minimum de subsistance. Si la reconnaissance de ces droits en faveur des travailleurs ressortissants des États membres a pour but d'encourager la mobilité, elle est fondée sur la solidarité. La « contributivité » n'est pas un critère de l'octroi de ces droits aux travailleurs citoyens de l'Union[1208]. Ainsi, « force est de constater l'existence d'un corps de règles solides et d'une jurisprudence compréhensive favorable à l'extension aux travailleurs [ressortissants des États membres] […] »[1209]. La Cour de justice, après quelques hésitations et en s'appuyant sur l'objectif fondamental de la libre circulation des travailleurs, a jugé qu'il suffisait d'un rattachement de la prestation à l'un des risques de sécurité sociale pour qu'elle soit qualifié de prestation de sécurité sociale. Le rattachement est déterminé en fonction de deux éléments : la couverture d'un risque de sécurité sociale et les conditions d'octroi de la prestation[1210]. Ainsi, la contributivité n'a jamais été un critère d'octroi des prestations aux ressortissants des États membres de l'Union. La reconnaissance de ces droits apparait ainsi comme l'expression d'une solidarité[1211]. La solidarité en matière de protection sociale est ainsi présentée comme une condition de réalisation de la mobilité européenne[1212]. La situation des travailleurs ressortissants des États tiers était toute autre ; ils ne pouvaient prétendre qu'aux prestations contributives de sécurité sociale. Or, les prestations de sécurité sociale, qu'elles

[1207] OMARJEE Ismaël, La déstabilisation des valeurs et des principes structurels de l'Union européenne », in BENLOLO CARABOT Myriam, Union européenne et migrations, Bruylant 2020, p.192.
[1208] Article 4, paragraphe 2, du règlement 1408/71du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, « le présent règlement s'applique aux régimes de sécurité sociale généraux, et spéciaux, contributifs et non contributifs… ».
[1209] OMARJEE Ismaël, La déstabilisation des valeurs et des principes structurels de l'Union européenne, in BENLOLO CARABOT Myriam, Union européenne et migrations, Bruylant 2020, p.196.
[1210] CJCE, 16 juillet 1992, Hughes, aff. C-78/91 ; CJCE, 10 mars 1993, Commission c/ Luxembourg aff. C-111/91, CJUE, 2 aout 1993, Acciardi, aff. C-66/92, CJCE, 5 mai 1983, Piscitello, aff. C-139/82, CJCE, 3 juin 1992, Paletta, aff. C-45/90.
[1211] MAILLARD Sandrine, L'émergence de la citoyenneté sociale européenne, Droit social 2009, P.88.
[1212] BARBOU DES PLACES Ségolène, Solidarité et mobilité des personnes en droit de l'Union européenne : affinités sélectives ?, Dalloz, 2011, p.218-244.

soient contributives ou non, avaient pour destinataires les travailleurs. Dans ce sens, la limitation des droits des travailleurs ressortissants de pays tiers aux prestations contributives de sécurité sociale ne permet-t-elle pas d'établir un lien entre le versement de la cotisation sociale et l'octroi des prestations sociales ?

Enfin, il convient de noter que s'il ne fait aucun doute qu'avec le plan de 1945, la cotisation sociale est apparue comme un simple mode de financement de la sécurité sociale[1213] et non comme une condition du droit aux prestations, l'accès de l'étranger à ces prestations a longtemps été subordonné au versement des cotisations sociales. De son côté, la Cour EDH, dans un arrêt du 29 mai 1986, semblait lier la qualification de biens aux seules prestations contributives de sécurité sociale[1214]. Si on ne peut pas conclure à l'absence de tout fondement solidaire du droit des travailleurs étrangers à la sécurité sociale, il ne fait aucun doute qu'il s'agit en réalité d'une « solidarité participative ». Autrement dit, leur inclusion dans le cercle des bénéficiaires de la solidarité professionnelle est subordonnée à leur participation financière. Ainsi, contrairement à Lola Isidro, il semble difficile d'affirmer que la cotisation sociale ait été reléguée au rang du simple mode de financement à l'égard des travailleurs étrangers.

Le principe de l'assimilation du travailleur étranger aux nationaux en matière de sécurité sociale est également prévu par des instruments internationaux[1215]. Les Conventions de l'OIT vont dans le sens de la consécration des droits sociaux en faveur des travailleurs étrangers. Certaines de ces Conventions tendent à promouvoir les droits sociaux des travailleurs étrangers. On peut citer les Conventions n° 19 et 62 qui affirment le principe d'assimilation de l'étranger au national dans le domaine de la sécurité sociale, ou encore la Convention n° 97 concernant les travailleurs migrants. L'article 6 de cette dernière Convention interdit expressément les

[1213] En 1948, dans un article publié à la revue internationale du travail, Pierre Laroque soulignait que « il était usage, dans le passé, d'opposer pour la protection contre les risques sociaux les méthodes d'assurance faisant appel à des contributions des travailleurs, le cas échéant, de leurs employeurs et de l'États, et les méthodes d'assistance dans lesquelles les indemnités étaient couvertes unilatéralement par les collectivités publiques sur le produit de leurs ressources budgétaires. Cette distinction, dans le cadre de la politique générale de la sécurité sociale, a perdu la plus grande partie de sa raison d'être. A partir du moment, en effet, ou le problème de la sécurité sociale est posé dans le cadre d'une politique d'ensemble et d'un mécanisme général, il importe relativement peu que les ressources destinées à assurer le fonctionnement de ces mécanismes, à couvrir les dépense de soins, à indemniser les dommages subis, à attribuer les revenus d remplacement, aient leur origine dans des cotisations o dans des ressources fiscales. C'est toujours, en effet, l'économie du pays prise dans son ensemble qui supporte cette charge, et ce n'est plus qu'une question d'opportunité économique ou psychologique que de savoir si, pour recouvrer les ressources nécessaires à la couverture de la masse des dépenses de sécurité sociale, il est préférable d'adopter telle méthode plutôt que telle autre. Dans tous les cas le résultat est le même. il y a toujours, d'une part, un service public fonctionnant au profit de la collectivité tout entière et dont la collectivité assume donc les frais, et, d'autre part, une répartition par voie d'autorité d'une fraction de revenu national ».

[1214] CEDH, 29 mai 1986, Deumelant/ Allemagne, Req 9384/81.

[1215] COURSIER Philippe, Le droit supranational de la protection sociale, LexisNexis, 2020 ; MICHELT Karine, Les droits sociaux des étrangers, L'Harmattan, 2002.

discriminations fondées sur la nationalité dans les domaines des conditions de travail et de rémunérations, des congés payés, de l'apprentissage et de la formation professionnelle, de l'affiliation aux organisations syndicales, de la sécurité sociale[1216]. En matière de sécurité sociale, la portée de cet article 6 est limitée aux prestations contributives de sécurité sociale[1217], et pour les prestations financées par les fonds publics, une dérogation est prévue à l'assimilation de l'étranger au national[1218]. Ces critères d'assimilation nous permettent de faire, à nouveau, le lien entre la cotisation et le droit à la prestation. Quant à la Convention n° 102 du 28 juin 1952, relative à la norme minimum de sécurité sociale, elle présente une particularité et l'intérêt de promouvoir la protection contre neuf risques (les soins médicaux, les indemnités de maladie, les prestations de chômage, de vieillesse, les prestations en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle, les prestations aux familles, les prestations de maternité, d'invalidité, de survivants) et impose l'égalité de droits entre nationaux et non nationaux dans ces domaines. Enfin, s'agissant de la Convention n° 118 du 18 juin 1962, si elle prévoit l'égalité de traitement dans le domaine de la sécurité sociale, elle la subordonne à une condition de réciprocité en disposant que « toutes prestations, pensions, rentes et allocation, y compris tous suppléments ou majorations éventuels doivent être également accordés, sous réserve de réciprocité, sans condition de résidence, aux ressortissants de tout autre membre pour lequel ladite Convention est également en vigueur […] tant en ce qui concerne l'assujettissement que le droit aux prestations[1219] ».

S'agissant des prestations familiales, en France, elles sont progressivement devenues un instrument de régulation du regroupement familial.

. Les prestations familiales : un instrument de régulation du regroupement familial

En France, les règles relatives à l'accès des étrangers aux prestations familiales tentent de concilier deux impératifs opposés : l'impératif du contrôle de l'entrée et du séjour des étrangers,

[1216] Article 6 de la Convention n° 97 de l'OIT sur les travailleurs migrants « tout membre pour lequel la présente Convention est en vigueur s'engage à appliquer, sans discrimination de nationalité, de race, de religion, ni de sexe, aux immigrant qui se trouve légalement dans les limites de son territoire, un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui qu'il applique à ses propres ressortissants en ce qui concerne les matières suivantes… ».
[1217] Article 6, b, de la Convention n°97 de l'OIT vise les prestations contributives de sécurité sociale.
[1218] Article 6, b, ii de la Convention n° 97 de l'OIT « des dispositions particulières prescrites par la législation nationale du pays d'immigration et visant les prestations ou fractions de prestations payables exclusivement sur les fonds publics, ainsi que les allocations versées aux personnes qui ne réunissent pas les conditions de cotisation exigées pour l'attribution d'une pension normale ».
[1219] Convention de l'OIT, n°118, du 28 juin 1962, concernant l'égalité de traitement des nationaux et des non nationaux en matière de sécurité sociale.

ainsi que le souci de ne pas alourdir les dépenses sociales et l'impératif de protection des droits des enfants, qui doivent pouvoir accéder, quelle que soit leur nationalité, à des conditions de vie décentes[1220].

Bien qu'initialement rattachés à l'exercice d'une activité professionnelle, les travailleurs étrangers n'étaient pas traités exactement de la même manière que les travailleurs nationaux, en matière d'attribution des prestations familiales.

En analysant les conditions d'attributions initiales des prestations familiales aux étrangers, il ressort que l'impératif de contrôle de l'entrée et du séjour des étrangers prenait le dessus sur l'impératif de protection des droits des enfants.

La première loi relative aux allocations familiales a été adoptée en France en 1932[1221]. Si cette loi ne prévoyait aucune discrimination fondée sur la nationalité en rendant simplement obligatoire le système de « sursalaire » initié par les employeurs au sortir de la seconde guerre mondiale, d'autres considérations, notamment démographiques, ont rapidement institué un traitement différencié entre les travailleurs nationaux et étrangers en matière de prestations familiales. En effet, alors que l'article 2 de la loi du 11 mars 1932 disposait que « tout employeur occupant habituellement des ouvriers ou des employés de quelque âge ou de quelque sexe que ce soit dans une profession industrielle, commerciale, agricole ou libérale, est tenu de s'affilier à une caisse de compensation ou à toute autre institution agréée par le ministre du travail, constitué entre employeurs en vue de répartir entre eux les charges résultant des allocations familiales prévues par ce chapitre »[1222], le code de la famille du 29 juillet 1939 réservait le bénéfice de certaines prestations aux seuls enfants de nationalité française[1223] (prime de naissance), créant ainsi une différence de traitement entre les travailleurs étrangers et nationaux ; alors que ces prestations étaient financées exclusivement par des cotisations patronales. « Les dispositions adoptées sous le régime de Vichy confirment naturellement cette tendance, et l'aggravent. L'allocation de salaire unique créée par la loi du 29 mars 1941, modifiant le code de la famille, est réservée aux familles dont les enfants ont la nationalité

[1220] DE GOUTTES Regis, L'accès aux prestations familiales, pour les enfants étrangers. Aspects nationaux, européens et internationaux, in Mélange en l'honneur de LEGER Philippe, Le droit à la mesure de l'homme, Pedone, 396-406.
[1221] La loi Landry du 11 mars 1932 sur les allocations familiales.
[1222] Article 2 de la loi du 11 mars 1932.
[1223] Article 1 du décret-loi du 29 juillet 1939, relatif à la famille, à la natalité française, JORF du 30 juillet 1939, « il est attribué une prime à la naissance du premier enfant né viable et légitime. […] L'enfant légitime né en France de parents étrangers qui n'est pas français à titre définitif ne peut ouvrir droit à l'attribution de la prime que si, dans les six mois de sa naissance, la qualité de français lui est irrévocablement assurée dans les conditions prévues par les articles 2, 3 et 5 de la loi du 10 aout 1927 ».

française. Il s'agit pourtant d'une allocation attribuée aux familles des travailleurs dans lesquelles seul un membre du couple exerce une activité »[1224]. Si le plan de 1945 change la donne en prévoyant que « toute personne française ou étrangère résidant en France, ayant à sa charge comme chef de famille ou autrement un ou plusieurs enfants résidant en France, bénéficie pour ces enfants des prestations familiales », la condition de nationalité a été maintenue pour l'attribution de l'allocation de maternité[1225]. Cette exclusion est expliquée, d'une part, par une volonté d'encouragement à la naissance d'enfants français[1226], mais aussi part l'origine des fonds servant à financer ladite prestation, à savoir des cotisations exclusivement patronales. Le travailleur étranger n'ayant pas personnellement cotisé, son exclusion pouvait s'entendre, mais prouve, à nouveau, que son admission au bénéfice des prestations contributives de sécurité sociale trouve son fondement non pas dans son inclusion dans une solidarité professionnelle, mais dans sa participation au financement des régimes concernés.

Avec la généralisation des prestations familiales, leur octroi aux étrangers a été subordonné à d'autres considérations. Avant 1986, les étrangers bénéficiaient de plein droit les prestations familiales à la seule condition d'être en possession d'un titre de séjour régulier. La liste des titres de séjour exigibles des ressortissants étrangers pour l'ouverture des droits aux prestations familiales a été fixée à l'article D 511-1 du code de la sécurité sociale[1227]. Cette condition a été modifiée par la loi n° 86-1307 du 29 décembre 1986 afin d'étendre la condition de régularité du séjour aux enfants étranger. Il a été très rapidement admis que cette liste avait un caractère exhaustif et exclusif[1228]. Ainsi, seuls les ressortissants étrangers en possession d'un des titres de séjour énumérés à l'article D511-1 pouvaient prétendre au bénéfice des prestations familiales[1229]. En 1986, la régularité de séjour exigée de l'allocataire a été étendue aux enfants au nom desquels les prestations familiales sont octroyées. Les dispositions concernant les enfants sont entrées en vigueur le 1er juillet 1987 et seuls les nouveaux dossiers ont été concernés. Comme les enfants de moins de 18 ans sont dispensés d'être en possession d'un titre

[1224] ISIDRO Lola, L'étranger et la protection sociale, Dalloz, 2017, p.95.
[1225] La loi n°46-1835 fixant le régime des prestations familiales.
[1226] DURANT Paul, La politique contemporaine de sécurité sociale, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 1953, rééd. 2005, n°179.
[1227] Article D511-1 du code de la sécurité sociale, « l'étranger qui demande à bénéficier de prestations familiales justifie la régularité de son séjour par la production d'un des titres de séjour ou documents suivants en cours de validité : carte de résident ; carte de séjour temporaire ; carte de résident privilégié ; certificat de résidence de ressortissant algérien ; récépissé de demande de renouvellement de l'un des titres ci-dessus ; … »
[1228] Cour de cassation, soc, 7 juin 1989, bull. civ. V, n°433.
[1229] Cour de cassation, soc. 20 décembre 1990, arrêt n°88-18 875 « une autorisation de provisoire de séjour de 3 mois, même renouvelée, n'est pas recevable ».

de séjour, l'article D 511-2 du code de la sécurité sociale énumère les documents permettant de justifier la régularité de l'entrée et du séjour des enfants étrangers[1230]. Toutefois, la Cour de cassation a itérativement rappelé que « le certificat de contrôle médical délivré par l'office national d'immigration n'a pour effet que d'attester la régularité de l'entrée et du séjour des enfants étrangers du bénéficiaire »[1231] des allocations familiales. Dans ce sens, seul importe la régularité de l'entrée et de séjour des enfants ; autrement dit, le respect de la procédure du regroupement familial. Cette analyse est confortée par un arrêt de la Cour de cassation du 16 avril 2004[1232]. En l'espèce, Mme Lingouala, de nationalité congolaise est entrée en France en 1991 avec ses deux enfants nés au Congo en 1981 et 1984, sous couvert d'une carte de résident. Elle a demandé à bénéficier des prestations familiales à compter du 1er mars 1993 au titre de ses deux enfants. La Caisse d'allocations familiales n'a accordé ces prestations qu'à compter du 1er février 1995, date à laquelle elle a obtenu le certificat de contrôle médical délivré par l'office des migrations internationales. La requérante a introduit un recours contre cette décision en estimant qu'elle ouvrait droit aux prestations familiales à compter du mois de mars 1993 et non du mois de janvier 1995. La Cour d'appel, dans un arrêt du 10 septembre 1998, avait donné raison à la requérante au motif que ses enfants étaient entrés en France et avaient séjourné sous couvert des titres de séjour réguliers de leur père et mère qui les avaient en charge. La Caisse d'allocations familiales s'étant pourvue en cassation, la Cour de cassation, dans un arrêt 31 octobre 2000, a cassé l'arrêt de la Cour d'appel et a renvoyé l'affaire devant une autre Cour d'appel. Dans un arrêt, du 4 décembre 2001, la Cour d'appel de renvoi a conforté l'arrêt des premiers juges d'appel en estimant que « l'exigibilité des titres ne vaut que pour les postulants aux prestations familiales, ce n'est qu'à défaut et sans exclusive que des titres peuvent être exigés des enfants mineurs au nom desquels sont demandées lesdites prestations ». La caisse d'allocation familiale s'étant à nouveau pourvue en cassation, la Cour de cassation, réunie en assemblée plénière, a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel, au motif qu'il était conforme aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme[1233]. Si cet arrêt, a été interprété par Isabelle Daugareilh, comme cantonnant l'obligation de prouver la régularité du séjour au regard du seul allocataire[1234], cette solution a été démentie par la jurisprudence

[1230] Article D511-2 du code de la sécurité sociale, « la régularité de l'entrée et du séjour des enfants étrangers que le bénéficiaire a à sa charge et au titre desquels il demande des prestations familiales est justifiée par la production d'un des titres de séjour ou documents prévus à l'article D 511-1, à défaut par la production d'un des document suivants : extrait d'acte de naissance en France ; certificat de contrôle médical, délivré par l'office national d'immigration à l'issue de la procédure de regroupement familial et comportant le nom de l'enfant ».
[1231] Cour de cassation, chambre sociale, du 4 avril 1996, 94-16.086, publié au bulletin.
[1232] Cour de cass, 16 avril 2004, Bull n°8, p.16.
[1233] Cour de cassation, assemblée plénière, 16 avril 2004.
[1234] DAUGAREIH Isabelle, Du nouveau sur les allocations familiales pour les étrangers, RDSS 2044 p. 964.

postérieure de la Cour de cassation. En effet, les arrêts postérieurs de la Cour de cassation tiennent compte de l'entrée et de séjour réguliers des enfants étrangers[1235]. Ainsi, les allocations familiales apparaissent comme un instrument de régulation du regroupement familial, dans la mesure où l'entrée et le séjour des enfants étrangers en dehors de la procédure du regroupement familial n'ouvre pas droit aux prestations[1236]. Il s'agit là de concilier le droit aux prestations familiales avec la sauvegarde de l'ordre public, notamment le respect des règles relatives au regroupement familial[1237]. Ce motif de refus d'attribution des allocations familiales aux étrangers a été jugé conforme à la Convention européenne des droits de l'Homme[1238]. Ainsi, les critères de régularité de séjour et de résidence deviennent les critères principaux pour l'accès des étrangers à ces prestations.

L'assimilation des étrangers aux nationaux n'a longtemps concerné que les prestations contributives de sécurité sociale. En matière de prestations non contributives, ils ont longtemps fait l'objet d'une discrimination fondée sur la nationalité, discrimination qui a été initialement approuvée par la Cour de justice de l'Union européenne.

2) Une discrimination initialement approuvée par la Cour de justice en matière d'accès des étrangers aux prestations non contributives

L'exclusion des étrangers du bénéfice des prestations non contributives de sécurité sociale s'expliquait par le fait que ces prestations étaient fondées sur la « solidarité nationale », financées par l'impôt. Comme l'écrit Lola Isidro « pendant un siècle, de la mise en place de l'assistance institutionnalisée à la loi Chevènement du 11 mai 1998, l'étranger a été exclu, en raison de sa nationalité, de l'accès aux prestations répondant à une logique d'assistance, à savoir des prestations non contributives octroyées à des personnes dans le besoin. Il n'est alors pas question pour l'État de s'obliger à son égard et de le faire entrer dans le cercle de la solidarité qualifiée dans ce contexte de nationale. L'étranger dans le besoin est perçu comme une charge

[1235] Cour de cassation 17 mars 2022, pourvoi n° 20 22 917.
[1236] Cour de cassation 17 mars 2022, pourvoi n° 20 22 917 « les articles L512-2 et D512-2 du code de la sécurité sociale, qui imposent de justifier pour chaque enfant d'étranger de son entrée régulière dans les conditions qu'ils édictent, revêt un caractère objectif justifié par la nécessité dans un État démocratique d'exercer un contrôle des conditions d'accueil des enfants… ».
[1237] Conseil Constitutionnel 15 décembre 2005, n°2005-528 ; RODIERE Pierre, Sécurité sociale, principes et règle générale, répertoire du droit international, avril 2019.
[1238] CEDH, 1er octobre 2015, n° 75860/11 et 51354/13, Okitaloshima Okonda Osungu contre France et Selpa Lokongp contre France ; BRUGGEMAN Maryline, Les prestations familiales et non-respect du regroupement familial : le droit français jugé conforme à la Convention, droit, santé et société 2016/2-3 P.25-29.

indue »[1239]. Ces discriminations résultant des droits nationaux avaient été initialement approuvées par la Cour de justice[1240].

Avant la loi du 11 mai 1998[1241], le code de la sécurité sociale français subordonnait le bénéfice de ces prestations à une condition de nationalité française, d'un État membre ou de l'existence d'un accord de réciprocité[1242]. Ainsi, diverses prestations non contributives, notamment, l'allocation aux vieux travailleurs salariés[1243], l'allocation supplémentaire du fond national de solidarité[1244], l'allocation aux adultes handicapés[1245] n'étaient versées qu'aux français, citoyens de l'Union et aux ressortissants des États ayant conclu un accord de réciprocité avec la France. « Pour justifier l'exclusion des [ressortissants des pays tiers] du bénéfice de ces prestations, on a parfois allégué qu'elles seraient fondées sur un principe de solidarité et non d'assurance »[1246]. Il s'agissait là d'une conception restrictive de la solidarité, non moins critiquable. En effet, les ressortissants des pays tiers établis en France sont astreints, au même titre que les nationaux, au paiement des impôts qui servent à financer lesdites prestations[1247]. Pour critiquer l'exclusion des étrangers du bénéfice des prestations non contributives, Lola Isidro écrit qu'« ils ne devraient pas être exclus d'un système qu'ils peuvent concourir eux-mêmes à fiancer ». Dans le même ordre d'idée, Rémi Pellet ajoute que « puisque le principe d'égalité devant l'impôt ne conduit pas à distinguer entre les étrangers et les nationaux [….], il parait logique que ce même principe d'égalité soit appliqué lors des prestations sociales financées par des prélèvements auxquels ces étrangers étaient assujettis »[1248]. Les « parlementaires, au moment des discussions ayant précédé l'adoption de la loi Chevènement du 11 mai 1998 qui a emporté suppression de la condition de nationalité en matière de prestations non contributives, relèvent que ces

[1239]ISIDRO Lola, L'étranger et la protection sociale, Dalloz, 2017, p.364.
[1240] CJCE, 16 décembre 1992, Koua Poirrez, aff. C-206/91.
[1241] La loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entré et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile, NOR INTX9700112L.
[1242] LOCHAK Danièle, Quand l'administration fait de la résistance : les prestations non contributives et les étrangers, in drôle de droit, mélange en l'honneur de Elie Alfandari, Dalloz, 2000, P. 405-416.
[1243] Ancien article L 811-1 du code de la sécurité sociale « bénéficient de l'allocation aux vieux travailleurs salariés et des avantages accessoires définis à l'article L 811-10, les travailleurs français sans ressources suffisantes atteignant un âge minimum, qui justifient avoir occupé sur le territoire métropolitain ou dans les départements mentionnés à l'article L 751-1, un emploi salarié ou assimilé au sens de la législation sur les assurances sociales leur ayant procuré une rémunération normale et ayant constitué leur dernière activité professionnelle pendant une durée et après un âge déterminés ».
[1244] Ancien article 815-1 du code la sécurité sociale.
[1245] Ancien article L821-1 du code de la sécurité sociale, « toute personne de nationalité française ou ressortissant d'un pays ayant conclu une Convention de réciprocité en matière de d'attribution aux handicapés adultes… ».
[1246] Ibid.
[1247] ALFANDARI Elie, Réflexion sur la place et le rôle du droit dans la protection sociale des immigrés, in ALFANDARI Elie (dir), Immigration et protection sociale, 2ème édition, Paris, 1990, P.12 ; LOCHAK Danièle, Quand l'administration fait de la résistance : les prestations non contributives et les étrangers, in drôle de droit, mélange en l'honneur de Elie Alfandari, Dalloz, 2000, P. 405-416.
[1248] PELLET Remi, Finances publiques et redistribution sociale, Economica, 2006.

allocations sont financées pour l'essentiel par le budget de l'État et la fiscalité à laquelle, directement ou indirectement, sont assujettis les français comme les étrangers sans que ces derniers ne bénéficient de la moindre exonération ».

Si les discriminations fondées sur la nationalité ont été, dès les années 1990[1249], jugées contraire à la Constitution, il a fallu attendre la loi de 1998 pour les voir disparaitre[1250]. En effet, en 1990, certains parlementaires ont déféré au Conseil Constitutionnel la loi portant « diverses dispositions relative à la sécurité et la santé ». Outre, des questions de procédures liées à l'adoption de la loi, pour les requérants, les dispositions relatives à la Convention médicale était contraire à la Constitution. Le Conseil ayant conclu à la constitutionnalité des dispositions contestées, décide d'étudier d'office les dispositions de l'article 24, relatives à l'allocation supplémentaire du fond national de solidarité. Cet article prévoyait que l'allocation n'est due aux ressortissants de pays qu'en application d'une convention internationale de réciprocité. Le conseil considérait que cette disposition méconnaissait « le principe constitutionnel d'égalité ».

Cette discrimination avait été indirectement approuvée par la Cour de justice de l'Union dans son arrêt Koua Poirrez du 16 décembre 1992[1251]. Dans cet arrêt, la Cour de justice valide une discrimination fondée sur la nationalité prévue par la législation française en matière de prestations pour adulte handicapé. En l'espèce, le requérant de nationalité ivoirienne, avait été adopté en France par un travailleur français qui n'avait jamais fait usage de son droit de circuler et de séjourner librement dans les États membres de l'Union. Sa demande d'allocation d'adulte Handicapé a été rejetée par les autorités françaises au motif, d'une part, que son pays d'origine, la cote d'ivoire, n'était pas signataire d'une convention de réciprocité en matière de sécurité sociale et, d'autre part, que son père adoptif n'avait pas fait usage de son droit de circuler et de séjourner dans les États membres. La question était ainsi posée à la Cour de savoir si l'exclusion du bénéfice de l'allocation d'adulte handicapé d'un ressortissant de pays tiers, membre de la famille d'un citoyen européen n'ayant jamais fait usage de son droit de circuler et de séjourner librement, était conforme au droit de l'Union. En réponse, la Cour a considéré que le principe de non-discrimination prévu par le traité ne s'opposait pas au refus du bénéfice de cette prestation aux ressortissants de pays tiers[1252]. Elle expliquait sa solution par le fait que le que père adoptif du requérant ne pouvait pas prétendre à la qualité de travailleur migrant, catégorie

[1249] Conseil Constitutionnel, Décision n°89-269 DC du 22 janvier 1990, égalité entre français et étrangers, AJDA 1990.
[1250] LOCHAK Danièle, Quand l'administration fait de la résistance : les prestations non contributives et les étrangers, in drôle de droit, mélange en l'honneur de Elie Alfandari, Dalloz, 2000, P. 405-416.
[1251] CJCE, 16 décembre 1992, Koua Poirrez, aff. C- 206/91.
[1252] Ibid. point 12 à 15.

à laquelle s'applique les dispositions européennes invoquées[1253]. En fondant sa décision sur le seul principe de non-discrimination prévu par le traité au profit des travailleurs migrants, elle n'examine pas le point de savoir si le refus opposé au requérant était, de façon générale, conforme au droit de l'Union.

Si on a assisté dans les années 1990 à une amélioration progressive du statut social des ressortissants des pays tiers, celle-ci n'était pas directement liée au droit de l'Union mais à la protection issue d'autres sources de droit.

B. Les droits de l'homme et le principe constitutionnel d'égalité en faveur des étrangers

Le droit à la protection sociale est reconnu dans de nombreux instruments internationaux[1254]. Au regard de sa place au sein des sources du droit comme dans sa fonction, il a pu être qualifié de droit de l'Homme. Ce droit est ainsi proclamé par l'article 22 de la déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948, aux termes duquel « toute personne, en tant que membre de la société, a droit à la sécurité sociale.. ». De la même manière, la Charte sociale européenne prévoit la protection de la santé[1255] pour toute personne, l'assistance sociale et médicale[1256] au profit de toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes. Au niveau interne, le droit à la protection sociale est affirmé à l'article 11 du préambule de la constitution de 1946[1257] qui fait partie du bloc de constitutionnalité.

Dans sa fonction, le droit à la protection sociale « vise à garantir les personnes contre les risque dits de la vie ainsi qu'à répondre, si nécessaire, à leurs besoins les plus élémentaires. Tout homme en tant qu'il est homme aspire à cette protection ; cette dernière est la condition de son épanouissement et, plus encore, de sa dignité ».

En raison de sa qualification de droit de l'Homme et au nom du principe constitutionnel d'égalité, la condition de nationalité a progressivement été écartée en faveur de l'accès des étrangers à la protection sociale et ce, quelle que soit la nature de la prestation en cause[1258]. Ainsi, l'apport des droits de l'homme en la matière concerne principalement les prestations non

[1253] A savoir les
[1254] La déclaration universelle des droits de l'Homme ; la Charte sociale européenne de 1961 ; le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.
[1255] Article 11 de la charte sociale européenne.
[1256] Article 13 de la charte sociale européenne.
[1257] Alinéa 11 du préambule de la constitution de 1956.
[1258] Qu'il s'agisse d'une prestation de sécurité sociale ou de l'aide sociale, contributive ou non contributive.

contributives de sécurité sociale et les prestations d'aide ou d'assistance sociale. A côté du fondement tiré des droits de l'Homme (2), au niveau interne, le principe constitutionnel d'égalité a été préféré à l'Universalité de la protection sociale (1). Toutefois, l'amélioration du statut social des étrangers sur le fondement des deux principes précédents a été atténuée par l'instauration d'une nouvelle condition, celle de résidence stable et régulière (3).

1) Le principe constitutionnel d'égalité en faveur de la protection sociale des étrangers

« Le statut des étrangers en matière de protections sociale n'a pas été dégagé à partir d'une interprétation stricte du principe d'universalité implicitement consacré par l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946. Il a été tout entier construit autour d'un autre principe : le principe d'égalité »[1259]. Le recours au principe d'égalité plutôt qu'au principe d'universalité permet d'amoindrir la portée juridique des droits sociaux reconnu aux intéressés dans la mesure où ce principe n'implique pas forcément que l'étranger et le national soient traités de manière identique, les différences de traitement pouvant faire l'objet de justifications[1260]. Selon Michel Borgetto, le recours au principe d'universalité aurait pour effet de prohiber toute différence de traitement entre étrangers et nationaux dans la mesure où « les dispositions [de ce principe] en question accordent à chacun, à tous ou à tout être humain, sans distinction ni condition […] de bénéficier des éléments nécessaires au développement de l'individu et de la famille ou encore d'être protégé dans sa santé ainsi que contre les risques et aléas de l'existence [1261][…] ». Or, la jurisprudence a itérativement souligné que « le principe constitutionnel d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façons différentes des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit[1262] ».

L'accès des étrangers aux prestations non contributives trouve ainsi son fondement dans le principe d'égalité, qui, pour nous, est moins favorable que le principe d'universalité. Aux termes de l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946, la nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique

[1259] CANAJI Laure-Emmanuelle, La personne dans la protection sociale. Recherche sur la nature des droits des bénéficiaires de prestations sociales, Dalloz, 2008, p. 54.
[1260] BORGETTO Michel, LAFORE Robert, Droit de la sécurité sociale, 19ème édition, Dalloz, 2019, p.388.
[1261] Ibid.
[1262] Conseil Constitutionnel, 7 janvier 1998, n°87-232 DC, RCC, p.48.

et mental, de sa situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ». De cette affirmation est déduite un droit de l'étranger à la protection sociale[1263], qu'elle soit contributive ou non. La suppression de la condition de nationalité sur le fondement du principe d'égalité a été évolutive : affirmée en 1986 par des juridictions administratives[1264], en 1990 par le Conseil Constitutionnel[1265] et entérinée par une loi de 1998[1266].

En 1990, il était question de savoir si l'exclusion des ressortissants des pays tiers du bénéfice des prestations non contributives était conforme au principe constitutionnel d'égalité. Confronté à cette question, le Conseil Constitutionnel[1267] a considéré que l'exclusion des étrangers du bénéfice de certaines prestations au motif qu'elles sont non contributives est contraire au principe constitutionnel d'égalité. Selon le Conseil, une telle exigence porte atteinte au principe constitutionnel d'égalité. « La nationalité est ainsi érigée en critère discriminatoire en la matière ». Il est arrivé à cette solution au moyen de trois considérants qui sont les suivants :

« Considérant que le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques à la condition de respecter les engagements internationaux souscrits par la France et les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ;

Considérant que l'allocation supplémentaire du fond national de solidarité est accordée à des personne âgées, notamment devenues inaptes au travail, dans le cas où elles ne disposeraient pas d'un montant de ressources, quelle qu'en soit l'origine, leur assurant un minimum vital ; que l'octroi de cette allocation est subordonné à un délai de résidence sur le territoire français ;

Considérant que l'exclusion des étrangers résidant régulièrement en France du bénéfice de l'allocation supplémentaire, dès lors qu'ils ne peuvent se prévaloir d'engagements internationaux ou de règlement pris sur leur fondement, méconnait le principe constitutionnel d'égalité ».

[1263] DUPEYROUX Jean-Jacques, BORGETTO Michel et LAFORE Robert, Droit de la sécurité sociale, Dalloz, coll. Précis, 18ème édition, 2015, P. 467 ; BORGETTO Michel, Droit à la protection sociale et à la sécurité matérielle, in CHAGNOLLAUD Dominique et DRAGO Guillaume, Dictionnaire des droits fondamentaux, Dalloz, 2ème édition, 2010 ; ISIDRO Lola, L'étranger et la protection sociale, Op. cit.

[1264] Tribunal administratif de Paris, 2 janvier 1986, Commissaire de la République du département des Hauts-de-Seine c/ Bureau d'aide sociale de Chatillon, RDSS 1987.140, obs. PRETOT Xavier, Tribunal administratif de Paris 19 mars 1986 Mrap c/ Ville de Paris, RDSS 1986. 670, obs. MONEGER Françoise, Dr. soc. 1986. 488, note PRETOT Xavier.

[1265] Décision n°89-269 DC du 22 janvier 1990, égalité entre français et étrangers, AJDA 1990.

[1266] Loi n°98-349, du 11 mai 1998.

[1267] Décision n°89-269 DC du 22 janvier 1990, op. cit. Point 34.

« En d'autres termes, [selon le Conseil Constitutionnel], s'il peut certes y avoir des différences de traitement entre nationaux et étrangers, celles-ci doivent néanmoins être autorisées par des dispositions constitutionnelles ou des engagements internationaux ou justifiées par des différences de situation ou de considérations d'intérêt général en rapport avec l'objet de la loi car l'égalité entre ceux-ci et ceux-là n'a pas à être établie : elle est de droit »[1268].

Il s'agissait là d'une révolution, dans la mesure ou dans d'autres domaines, il avait été considéré que « la consécration du principe d'égalité par des dispositions à valeur constitutionnelle [tendait] à en réserver le bénéfice aux [seuls] citoyens : il en va ainsi, notamment, de l'égalité devant la loi, de l'égal accès aux emplois publics, de l'égalité devant les charges publiques ou encore de l'égalité devant les charges résultant des calamités nationales »[1269]. Or, dans sa décision de 1990, le Conseil constitutionnel érige le principe constitutionnel d'égalité en principe d'application générale. L'égalité apparait ainsi comme « un droit fondamental à valeur constitutionnelle reconnu à l'étranger ». Si la décision du Conseil Constitutionnel a été rendue en matière de l'allocation supplémentaire du FNS, il convient de noter, qu'au regard des considérations de principe qui composent son raisonnement, la solution vaut pour l'ensemble des prestations non contributives[1270].

Cette décision s'inscrit dans les brèches ouvertes par la jurisprudence du Conseil d'État en 1989, lequel avait considéré que la subordination de l'octroi d'une prestation d'aide sociale facultative à une condition de nationalité méconnaissait, eu égard à l'objectif de la prestation en cause, le principe de l'égal accès au service public[1271]. Comme l'affirme Ferdinand Mélin-Soucramanien « il existe entre ces deux décisions qui se sont succédées à quelques mois d'intervalle, non seulement une véritable continuité jurisprudentielle, mais aussi une indéniable convergence matérielle puisqu'elles contribuent toutes deux à reconnaitre, sous certaines conditions, une égalité d'accès aux prestations sociale au profit des étrangers[1272] ». Cette solution a été réaffirmée par le Conseil constitutionnel dans sa récente décision du 11 avril 2024[1273].

[1268] BORGETTO Michel, LAGORE Robert, Droit de la sécurité sociale, 19ème édition, Dalloz 2019, p.386.
[1269] PRETOT Xavier, La conformité à la constitution de la loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et la santé, Dr, Soc, 1990, P.352.
[1270] ISIDRO Lola, L'étranger et la protection sociale, Op. cti.
[1271] CE, 30 juin 1989, ville de Paris et autres c. / M. Lévy, Dr. Soc, 1989, P. 767, note PRETOT Xavier.
[1272] MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Economica, 1997,
[1273] Décision n°2024-6 RIP du 11 avril 2024 relative à la proposition de loi visant à réformer l'accès aux prestations des étrangers.

Cependant, il convient de noter que malgré l'inconstitutionnalité déclarée de la condition de nationalité en matière d'accès des étrangers aux prestations non contributives, l'administration française a pendant longtemps manifesté une certaine résistance[1274]. La condition de nationalité a été maintenue jusqu'en 1998. Comme écrivait Daniel Lochak « la décision du Conseil constitutionnel invitait donc clairement les pouvoirs publics à modifier les dispositions du code de la sécurité sociale dont l'inconstitutionnalité était ainsi affirmée. Mais cela supposait une démarche positive puisque l'invalidation de la disposition qui visait à modifier le code de la sécurité sociale avait pour conséquence-paradoxale- en apparence mais juridiquement inévitable- le maintien de la rédaction initiale »[1275]. Or, le but de la réforme législative de 1990 était de conformer le droit national à la réglementation Communautaire, en incluant les ressortissants des États membre dans le cercle des bénéficiaires de l'allocation supplémentaire du FNS. En maintenant la rédaction initiale, on exclut les ressortissants des États membres du bénéfice des prestations auxquelles ils devaient normalement pouvoir prétendre en application des règlements communautaires[1276]. Le maintien des dispositions antérieures équivaut ainsi au non-respect du droit Communautaire par la France. Dès lors se posait la question de l'effectivité de la primauté du droit Communautaire sur le droit national. Autrement dit, une disposition législative nationale contraire à la Constitution et au droit dérivé Communautaire peut-elle être maintenue en l'état jusqu'à une intervention législative ? Existe-t-il des voies de recours contre une telle législation ? D'abord, au niveau interne, si le juge peut contraindre l'administration à faire dans tous les cas prévaloir la convention internationale sur la loi, l'administration peut en revanche continuer à appliquer une loi inconstitutionnelle aussi longtemps qu'elle n'a pas été abrogée[1277]. Ainsi, la conception française du contrôle de constitutionnalité des lois limitait considérablement l'apport de la décision du Conseil constitutionnel de 1990[1278]. Au niveau Communautaire, du fait de la jurisprudence de la Cour, les ressortissants des États membres, contrairement aux ressortissants des pays tiers, pouvaient, malgré le maintien des dispositions antérieures du code la sécurité sociale, prétendre au bénéfice des prestations non contributives en évoquant les règlements européens relatifs à la matière. Dans un arrêt du 24 février 1987, la Cour de justice avait, en effet, considéré que l'allocation supplémentaire du FNS entrait dans

[1274] LOCHAK Daniel, Quand l'administration fait de la résistance, les prestations non contributives et les étrangers, drôles de droits, mélanges en honneur d'Elie Alfandari, Dalloz, 2000, P. 407
[1275]Ibid.
[1276] ISIDRO Lola, L'étranger et la protection sociale, Op. cit.
[1277] LOCHAK Daniel, Quand l'administration fait de la résistance, les prestations non contributives et les étrangers, drôles de droits, mélanges en honneur d'Elie Alfandari, Dalloz, 2000, P. 407
[1278] SIMON-DEPITRE Marte, L'application du principe d'égalité à l'étranger bénéficiaire de l'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité, Rev, crit. DIP 1990. P.500.

le champ d'application des règlements européens relatifs à la coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale et, par conséquent, pouvait être exportée vers un autre État membre de l'Union. Ainsi, malgré l'exigence d'une condition de nationalité prévue par la législation française, les ressortissants de l'Union bénéficiaient de cette prestation[1279].

« L'inconstitutionnalité ainsi constatée de la condition de nationalité n'a cependant pas suffit à convaincre le législateur de supprimer celle-ci du droit de la sécurité sociale. La pression exercée par une autre juridiction, la Cour EDH, a néanmoins fini par avoir raison des pouvoirs publics français ».[1280]

2) La Convention européenne des droits de l'Homme en faveur de la protection sociale des ressortissants des pays tiers quelle que soit la nature de la prestation : contributive ou non contributive

Si à l'origine, la Convention européenne ne semblait garantir ni le droit à la sécurité sociale[1281] ni le droit d'obtenir des prestations relevant de la sécurité sociale[1282], la Cour. EDH a développé une jurisprudence originale tendant à faire entrer les prestations sociales dans le champ d'application de la Convention. Pour arriver à cette extension, elle a qualifié les prestations sociales de « biens », les plaçant ainsi sous l'égide du droit de propriété tel que protégé par l'article 1[1283] du premier protocole additionnel à la Conv. EDH. En combinant cet article 1er avec l'article 14 de la Conv. EDH, la Cour est arrivée à écarter le critère de nationalité pour l'accès aux prestations sociales[1284].

L'inclusion des prestations de sécurité sociale dans le champ d'application de la Conv. EDH a été évolutive. En effet, dans un premier temps, la Cour. EDH avait refusé de qualifié les

[1279]PRETOT Xavier, L'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité et le droit Communautaire, Dr. Soc. n°5, 1987, P.476.
[1280] ISIDRO Lola, L'étranger et la protection sociale, Op.cit.
[1281] THOUVENOT Manon, La protection des droits sociaux fondamentaux par la CEDH : quid de sa sororité avec la Charte sociale européenne ? Revue québécoise de droit international, décembre 2020, p. 705-737 [en ligne], https//id.erudit.org/iderudit/1078561ar « lors de la rédaction de la Convention européenne des droits de l'homme, les droits sociaux, souvent définis par opposition avec les civils et politiques, ont fait l'objet d'une controverse quant à la nécessité de les inclure on non dans ce texte. Face à l'impossibilité de les voir formellement pris en compte dans la CEDH, il a fallu qu'un second texte soit adopté : la Charte sociale européenne […] ».
[1282] MOULY Jean, Les droits sociaux à l'épreuve des droits de l'Homme, Droit social, 2002. 799.
[1283] Article 1er du protocole n° 1 « toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit. les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autre contributions ou des amendes ».
[1284] ISIDRO Lola, L'étranger et la protection sociale, oc cit, p. 207.

prestations non contributives de sécurité sociale « biens »[1285]. Puis dans un deuxième temps, elle semblait limiter la qualification de « biens » aux seules prestations contributives de sécurité sociale[1286]. Enfin, en 2003, à l'occasion de son arrêt *Koua poirrez*[1287], elle a affirmé que la notion de droit patrimonial ou de biens s'étend aux prestations non contributives. Chacune de ces étapes doit être analysée.

D'abord, l'affirmation de l'exclusion des prestations non contributives du champ d'application de la Conv. EDH. La première étape de l'analyse des organes de la Conv. EDH consistait à dire « qu'aucun droit à l'octroi d'une pension […] ne figure comme tel parmi les droits et libertés garantis par la Convention [1288] ». Toutefois, elle ajoutait que « le versement de cotisations obligatoires à une caisse de pension peut, dans certaines circonstances, créer un droit de propriété sur une partie de ces fonds et que ce droit pourrait être affecté par la manière dont ces fonds sont répartis[1289] ».

En effet, dans leurs premiers arrêts relatifs aux prestations sociales, les organes de la Conv. EDH notamment, la Commission, jugeaient que « le versement des cotisations obligatoires à des régimes d'assurance sociale de tous types ne faisait naitre un droit protégé par l'article 1er du protocole n° 1 que s'il existait un lien direct entre le niveau des cotisations payées et les prestations servies[1290] ». Ainsi à l'absence d'un tel lien, l'article 1er du protocole n° 1 n'était pas applicable[1291]. Autrement dit, les prestations non contributives et certaines prestations contributives étaient exclues du champ d'application de l'article 1er du protocole n° 1. C'est dans ce sens qu'un certain nombre de requêtes relatives à la protection sociale avaient été rejetées par la Cour. EDH.

Concrètement, le droit aux prestations sociales n'était garanti en application de l'article 1er du protocole n° 1 qu'à deux conditions à savoir, le caractère contributif de la prestation en cause et l'existence d'un lien direct entre les cotisations payées et la prestation servie.

[1285] Cf entre autre, CEDH, 16 décembre 1955, req n° 92/55 ; CEDH, 17 décembre 1966, req n° 2116/64 ; CEDH, 15 décembre 1967, req n°2374/64 ; CEDH, 7 février 1967, req n°2380/64.
[1286] RODIERE Pierre, Sécurité sociale, principes et règles générale, Répertoire du droit international, avril 2019, [en ligne] javascript:void(0) « l'arrêt Gaygusuz avait laissé une question essentielle en suspens, celle de savoir si une prestation non contributive peut fonder un droit patrimonial au sens de l'article 1 du protocole n° 1. La question se posait de façon d'autant plus vive que la jurisprudence antérieure de la CEDH avait clairement lié la qualification de prestations sociales en tant que bien à leur financement par des cotisations versées par l'intéressé ».
[1287] CEDH, 30 septembre 2003, Koua Poirrez, req n° 40892/98.
[1288] Commission. EDH, décision du 17 décembre 1966 sur la recevabilité de la req n° 2116/64, Recueil 23, point 10 à 12.
[1289] Rapport de la Commission. EDH, du 1er octobre 1975 sur la recevabilité de la req n° 5849/72, point 27.
[1290] Commission EDH, Décision du 16 décembre 1974, sur la recevabilité de la requête n° 6849/72, p. 49.
[1291] Commission EDH, Décision du 14 mai 1984, sur la recevabilité de la requête n° 10094/82, p. 166.

Cette position a été réaffirmée par la Commission. EDH dans une décision du 10 juillet 1985[1292] dans laquelle elle a jugé que « ne constitue pas un bien protégé par l'article 1 du protocole n° 1 les prétentions à une rente d'invalidité lorsque cette rente est versée en vertu d'un régime général, fondé sur la solidarité sociale et dont aucun assuré n'est titulaire d'une part identifiable ». Elle ajoute que « dans ce régime, il n'existe aucun lien direct entre le taux des cotisations et les prestations accordées[1293] ». Ainsi, les prestations contributives se trouvaient protégées au titre de l'article 1 du protocole n° 1, à condition qu'elles ne soient pas fondées sur la solidarité.

Dans l'affaire *Gaygusuz*, soumise en 1990, la Commission adopte un tout autre raisonnement. Elle délaisse la distinction entre les droits fondés sur la solidarité et ceux fondés sur la cotisation, pour prendre en compte simplement le versement des cotisations par l'intéressé. Le rapport de la Commission va être suivi par la Cour. EDH. En l'espèce, Monsieur *Gaygusuz* de nationalité turque, a travaillé de manière discontinue et pendant un certain nombre d'années en Autriche puis s'est retrouvé en situation de chômage indemnisé. Ayant épuisé son droit à l'indemnisation de chômage, il a fait une demande d'allocation d'urgence, au titre d'une avance sur sa pension de retraite, auprès des autorités compétentes. Ces dernières ont rejeté sa demande au motif que le bénéfice de la prestation en cause était réservé aux ressortissants autrichiens et à certaines catégories d'étrangers remplissant des conditions particulières. Considérant que la condition de nationalité opposée par les autorités autrichienne était contraire à la Conv. EDH, notamment l'article 14, le requérant a saisi la Cour européenne des droits de l'Homme. Au soutien de sa demande, il évoque les articles 6, paragraphe 1, 8 et 14, combiné avec l'article 1 du protocole n° 1. Il se plaignait d'une atteinte à son droit au procès équitable, à son droit au respect de sa vie privée et familiale et à son droit à la propriété. Les griefs relatifs aux articles 6 et 8 n'ont pas été examinés. En revanche, la violation de l'article 1 du protocole n° 1 combiné à l'article 14, est retenue. Le raisonnement de la Cour s'appuie sur la nature de la prestation en cause, c'est-à-dire une allocation versée aux personnes ayant préalablement versé des cotisations au régime d'assurance chômage. Après avoir rappelé que l'allocation d'urgence est accordée aux personnes ayant épuisé leurs droits aux prestations chômage, la Cour relève que « le droit à l'attribution de cette prestation sociale est lié au paiement de contributions à la caisse d'assurance chômage, condition préalable au versement des allocations chômage […]. Il s'ensuit que l'absence de paiement de ces contributions exclut tout droit à l'attribution de

[1292] Commission 10 juillet 1985 Hendrika Sophia SOS c/Pays-Bas, n°10971/84.
[1293] Ibid.

l'allocation d'urgence »[1294]. Elle ajoute cependant que le droit à l'allocation d'urgence - dans la mesure où il est prévu par la législation applicable - est un droit patrimonial au sens de l'article 1 du protocole n° 1[1295] » Ainsi, selon la Cour, l'article 1 du protocole n° 1 s'applique « sans qu'il faille se fonder uniquement sur le lien qui existe entre l'attribution de l'allocation d'urgence et l'obligation de payer des impôts ou autres contributions[1296] ». Lola Isidro recense deux conséquences de cet arrêt. « D'une part, à travers [cet arrêt], la Cour procède à une socialisation de la notion de bien. Rattaché au droit au respect de ses biens, et donc au droit de propriété, par la qualification de droit patrimonial, le droit aux prestations sociales se voit intégré au domaine des droits protégés par la Conv. EDH »[1297]. Selon elle, le second apport de l'arrêt concerne le droit d'accès de l'étranger à la protection sociale sans considération pour sa nationalité[1298]. En matière de protection sociale, conformément à la définition retenue du « bien », il semble difficile de considérer que le recours au seul article 1 du protocole n° 1 puisse suffire à assurer l'accès de l'étranger aux prestations sociales non encore liquidées. En effet, comme affirme Laure emmanuelle Camaji, « il a été soutenu que le droit individuel protégé serait exclusivement celui de jouir des biens que l'on possède déjà, en opposition aux créances incertaines »[1299]. Or, les prestations sociales non encore liquidées sont susceptibles d'avoir la qualification de « créance incertaine ». « Il en résulte que le droit au respect de ses biens ne protège, en matière de protection sociale, pas tant les prestations déjà liquidées ou tenue pour acquise au vu des cotisations versées, que le droit d'accéder à la protection sociale. C'est bien ce droit qui permet de comprendre l'articulation entre l'article 1 du protocole n° 1 et l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme[1300] […] ». Ainsi, lorsqu'il s'agit d'une prestation déjà liquidée, l'article 1 du protocole n° 1 suffit à protéger les intéressés. En revanche, lorsqu'il s'agit d'une prestation non encore liquidée, l'article 1 du protocole n° 1 doit être combiné avec l'article 14 de la Convention. Autrement dit, si l'article 1 du protocole permet de protéger l'accès aux prestations déjà liquidées en tant que bien, c'est sa combinaison avec l'article 14 de la Convention qui permet d'écarter la condition de nationalité pour l'accès à certaines prestations. C'est ce qui explique le recours à ces deux articles dans l'arrêt *Gaygusuz*.

[1294] CEDH, 16 septembre 1996, Gaygusuz, c/ Autriche, n°17371/90, point 39.
[1295] CEDH, 16 septembre 1996, Gaygusuz, c/ Autriche, n°17371/90, point 41.
[1296] CEDH, 16 septembre 1996, Gaygusuz, c/ Autriche, n°17371/90, point 41
[1297] ISIDRO Lola, L'étranger et la protection sociale, Dalloz, 2017, p.210.
[1298] Ibid.
[1299] CANAJI Laure Emmanuelle, La personne dans la protection sociale. Recherche sur la nature des droits des bénéficiaires de protections sociales, Dalloz 2008, p.392.
[1300] Ibid ; article 14 de la Conv. DEH « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention toit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques, ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, 'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

En effet, dans cet arrêt, la Cour considère que l'article 1 du protocole n° 1 n'est pas le seul à être violé en énonçant que « le requérant ayant été exclu du bénéfice de l'allocation d'urgence en vertu d'une distinction relevant de l'article 14, à savoir sa nationalité, cette disposition est donc également applicable »[1301]. Dans ce sens, la prise en compte de la nationalité dans le domaine de la protection sociale apparait comme un principe prohibé par une application combinée des articles 1 du protocole n° 1 et 14 de la Convention EDH. Il convient toutefois de noter que l'article 14 n'interdit pas, dans son domaine d'application, les différences de traitement de façon absolue. Selon la Cour, les traitements différenciés qui contreviennent à l'article 14 sont ceux qui manquent de justifications objectives et raisonnables. Pour apprécier l'existence de telles justifications, la Cour se réfère au but[1302] et aux effets[1303] de la mesure concernée. Autrement dit, pour qu'une différence de traitement soit considérée comme conforme à l'article 14, il faut un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but poursuivi. Toutefois, les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention. Le contrôle de la Cour porte sur les justifications et la proportionnalité de la mesure concernée[1304]. Si la jurisprudence *Gaygusuz* a sans doute été remarquable, elle a laissé en suspens la question de savoir si une prestation non contributive pouvait fonder un droit patrimonial au sens de l'article 1 du protocole n° 1. Il a fallu attendre l'arrêt *Koua poirrez* de 2003 pour que la Cour apporte une réponse à cette question. En l'espèce, la France avait refusé le versement de l'AAH (prestation non contributive) à un ressortissant ivoirien. Le refus était fondé sur la nationalité de l'intéressé et l'absence de convention de réciprocité entre la Côte d'ivoire (le pays d'origine de l'intéressé) et la France. Dans ce contexte, la Cour. DEH a jugé que ce refus n'était pas justifié de façon objective et raisonnable. Par conséquent, il était discriminatoire. Conformément à cette décision, la notion de droit patrimonial s'étend très clairement aux prestations non contributives.

Ainsi, « la différence de traitement, en ce qui concerne le bénéfice des prestations sociales, entre les ressortissants français ou de pays ayant signé une Convention de réciprocité et les autres étrangers ne reposait sur aucune justification objective et raisonnable »[1305]. Une différence de traitement fondée sur la nationalité ne peut être justifiée que par « des

[1301] Ibid.
[1302] La différence de traitement doit poursuivre un but légitime.
[1303] La mesure doit être proportionnée.
[1304] SWEENEY Morgan, L'égalité en droit social, au prisme de la diversité et du dialogue des juges, 2010, thèse de Paris 10 Nanterre.
[1305] CEDH, 30 décembre 2003, affaire Koua Poirrez c./ France, requete n° 40892/98, point 49.

considérations très fortes[1306]. La Jurisprudence de la Cour. EDH a eu un écho remarquable en droit français[1307], motivant, en 1998, l'adoption d'une loi visant à supprimer la condition de nationalité en matière d'accès aux prestations sociales. Si le principe constitutionnel d'égalité et la jurisprudence de la Cour. EDH ont permis d'écarter la condition de nationalité en droit social français, s'est substituée à cette dernière condition, à partir de 1993, celle du séjour régulier et stable.

3) La substitution de la condition de séjour régulier et stable à celle de la nationalité

En 1993, en France, on a assisté à la généralisation de l'exigence de séjour régulier et stable pour l'accès aux prestations sociales. Ainsi, depuis cette date, l'accès de l'étranger à la quasi-totalité des prestations sociales[1308] est subordonné à la régularité et la stabilité de son séjour en France. L'exigence de la condition de régularité et de stabilité du séjour pour l'accès aux prestations sociales a un objectif : « la maitrise de l'immigration » en provenance de pays tiers[1309]. Pour arriver à faire de la protection sociale un moyen de gestion de l'immigration, il a fallu établir un lien, discutable, entre les deux (3, a). En dépit du caractère discutable du lien entre la maitrise de l'immigration et la protection sociale, la question de la conformité de l'exigence du séjour régulier et stable aux normes de valeur supra-législative (le principe d'égalité) s'est posée (3 b).

a. Un lien discutable entre la maitrise de l'immigration et l'accès à la protection sociale

L'exigence de la condition de séjour régulier et stable pour l'accès à la protection sociale a pour objectif la maitrise de l'immigration. Au fil des réformes législatives, on constate une volonté d'allonger la durée de séjour pour l'octroi de certaines prestations sociale. Dès lors, il convient

[1306] Ibid.
[1307] ISIDRO Lola, L'étranger et la protection sociale, op cit, p. 203.
[1308] SLAMA Serge, Les nouvelles frontières des droits sociaux des étrangers non européens, in ROMAN Diane, Les droits sociaux, entre droits de l'homme et politiques sociales. Quels titulaires pour quels droits ?, p. 57-95, 2012, 978-2-275-03819-3. ffhal-04371056, « consécutivement à la disposition de la condition de nationalité ou de réciprocité, on a assisté à la généralisation de l'exigence d'un séjour régulier, particulièrement depuis 1993, systématiquement associée à une condition de résidence. Si bien que les dispositifs sociaux accessibles sans condition sont restreints à quelques droits liés à la protection de la dignité de la personne humaine ou de l'enfance ».
[1309] ISIDRO Lola, L'étranger et la protection sociale, op. cit. p. 245, « à compter des années 1970, la protection sociale se voit attribuer une nouvelle fonction. Dans un contexte de crise(s), elle devient un régulateur privilégié de l'immigration. Progressivement, la règle se dessine selon laquelle ne peuvent avoir accès aux prestations sociales que ceux qui ont été admis à séjourner en France. Tandis que le législateur l'éprouve, les juges l'approuvent ».

de dire en quoi subordonner l'accès des étrangers à la protection sociale à une condition de séjour régulier et stable contribue à la maitrise de l'immigration ? Selon Lola Isidro, le lien entre l'immigration et la protection sociale repose « sur deux convictions et une croyance[1310] ». S'agissant de la conviction, elle consiste à dire que l'étranger ne réside en France que de façon provisoire et qu'il doit répartir dans son pays d'origine[1311]. La deuxième conviction, liée à la première, consiste à considérer que le refus d'octroyer des prestations sociales aux étrangers en situation irrégulière les pousserait à quitter la France. Quant à la croyance, elle consiste à considérer que certains étrangers s'installent en France dans le but de bénéficier des prestations sociales. Par conséquent, le durcissement des conditions d'octroi des prestations sociales les dissuaderait de s'installer en France. Ainsi, les prestations sociales apparaissent comme un facteur d'attraction des étrangers. Pour éviter cet « appel d'air »[1312], il a été suggéré de subordonner l'accès aux prestations sociales à une double condition de régularité et de stabilité du séjour.

Ainsi, selon cette logique, la maitrise de l'immigration passe nécessairement par le durcissement des conditions d'accès des étrangers aux prestations sociales.

La connexité entre la maitrise de l'immigration et la protection sociale des étrangers peut être illustrée à travers plusieurs exemples. Elle ressort clairement des différents textes réglementaires et législatifs relatifs aux étrangers adoptés en France de 1993 à nos jours. La circulaire interministérielle du 24 septembre 1993[1313] disposait clairement qu'« il est clair qu'une politique de lutte contre l'immigration irrégulière ne portera ses fruits que si elle s'attache en même temps à lutter contre le travail clandestin et les attraits mêmes de ces irrégularités, c'est-à-dire les avantages indument espérés d'une présence en France ». Dans ce sens, Olivier Lecucq explique que l'exigence de la condition de séjour régulier et stable tend à « rendre l'immigration clandestine moins attractive tout en aménageant les comptes sociaux »[1314].

En outre, on constate une volonté d'allonger la durée de résidence exigée pour l'accès des étrangers à certaines prestations sociales. Par exemple, l'article 19 de la loi du 26 janvier

[1310] ISIDRO Lola, L'étranger et la protection sociale, Op. cit. p. 299.
[1311] Ibid.
[1312] GRIOTTERAY Alain, Les immigrés : le choc, Plon, 1984. A. HOCHET Agnès, L'immigration dans le débat politique français de 1981 à 1988, Pouvoirs, 1988, n° 47, p. 26.
[1313] Circulaire interministérielle n° NORT/D93/00219/C du 24 septembre 1993, Bull. officiel du ministère du travail n°93/23 du 20 décembre 1993, p.35.
[1314] LECUCQ Olivier, Le statut constitutionnel de l'étranger en situation irrégulière, thèse, Aix-Marseille, 1999, p.363.

2024[1315] prévoyait de subordonner l'accès des étrangers au droit au logement, à l'aide personnelle au logement, à l'allocation personnalisée d'autonomie et aux prestations familiales à une durée de résidence en France d'au moins cinq ans ou d'affiliation au titre d'une activité professionnelle depuis au moins trente mois. A l'occasion de sa décision du 25 janvier 2024, le Conseil constitutionnel a censuré cet article 19 de la loi précitée sans pourtant se prononcer sur sa conformité aux autres exigences constitutionnelles[1316] (notamment le principe constitutionnel d'égalité).

Le lien ainsi forgé entre la protection sociale des étrangers et la maitrise de l'immigration a fait l'objet de nombreuses critiques doctrinales. Comme affirme Laure Emmanuelle Camaji, le droit d'accès et de séjour de l'étranger au territoire est une chose et le droit d'accès au système de protection sociale en est une autre, qui sont tous deux gouvernés par des principes différents : la sauvegarde de l'ordre public par le premier, le droit à la dignité et le droit à la protection sociale pour le second[1317]. En la matière, Lola Isidro souligne une confusion entre l'objet et l'objectif de la loi, en écrivant qu'« il est d'autant plus nécessaire, pour mener à bien le contrôle du respect du principe d'égalité, d'identifier clairement l'objet de la loi. Non seulement le Conseil constitutionnel n'exécute-t-il pas ce travail mais il confond l'objet de la loi avec l'objectif poursuivi par le législateur qui, lui, ne relève pas de la protection sociale mais de la maitrise de l'immigration »[1318].

Outre le caractère discutable du lien entre la protection sociale des étrangers et la maitrise de l'immigration, la question de la conformité de l'exigence de régularité et de stabilité du séjour aux normes de valeur supra législative s'est posée. Cette condition a été déclarée non seulement conforme à la constitution mais aussi la Conv. EDH.

[1315] La loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024 pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration.
[1316] Conseil consti, décision n° 2023-863 DC du 25 janvier 2024, considérant 95 et 96 « introduite en première lecture, ces dispositions relevant de la législation sociale ne présentent de lien, même indirect, avec aucune des dispositions qui figuraient dans le projet de la loi déposé sur le bureau du sénat. Dès lors, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres griefs et sans que le Conseil constitutionnel ne préjuge de la conformité du contenu de ces dispositions aux autres exigences constitutionnelles, il y a lieu de constater que, adoptées selon une procédure contraire à la Constitution, elles lui sont donc contraires ».
[1317] Laure-Emmanuelle Camaji, la personne dans la protection sociale. Recherches sur la nature des droits des bénéficiaires de prestations sociales, Dalloz 2008, p 55.
[1318] ISIDRO Lola, L'étranger et la protection sociale, op. cit. p. 304.

b. La condition de séjour régulier et stable compatible avec la constitution et la Conv. EDH

Comme précédemment indiqué, en application de la loi du 24 aout 1993, l'accès de l'étranger à la protection sociale est, sauf exception[1319], subordonné à la régularité de sa situation au regard des dispositions relatives au séjour et au travail. Le principe vise aussi bien la sécurité sociale que l'aide sociale[1320]. Très rapidement, la question de la conformité d'une telle exigence aux normes de valeur supra-législative s'est posée.

La conformité du critère législatif de résidence stable et régulière à la Constitution pouvait être analysée au regard, d'une part, du principe constitutionnel d'égalité et, d'autre part, au regard du respect des libertés et droits fondamentaux prévus à l'alinéa 11 du préambule de la constitution de 1946[1321]. Il ressort de la décision de 1993 qu'alors que le Conseil constitutionnel vérifie la constitutionnalité du critère de résidence stable et régulière en matière de sécurité sociale à travers le prisme du principe d'égalité[1322], en matière d'aide sociale, il focalise son analyse sur les prescriptions du onzième alinéa du préambule de la constitution de 1946[1323].

Pour ce qui concerne en premier lieu les prestations de sécurité sociale, l'article 36 de la loi du 24 aout 1993 subordonnait l'affiliation de l'étranger à un régime obligatoire de sécurité sociale à la régularité de sa situation au regard de la législation sur le séjour et le travail en disposant que « les personnes de nationalité étrangère ne peuvent être affiliées à un régime obligatoire de sécurité sociale que si elles sont en situation régulière au regard de la législation sur le séjour et le travail des étrangers en France ou si elles sont titulaires d'un récépissé de demande de renouvellement de titre de séjour ». En application de cette disposition, il est fait obligation aux caisses de sécurité sociale de vérifier lors de la demande d'affiliation et périodiquement que

[1319] Article 36 de la loi prévoit une exception en disposant que « a caisse poursuit auprès de l'employeur de toute personne étrangère travaillant ou ayant travaillé pour le compte de ceux-ci, sans satisfaire aux conditions de régularité de séjour et de travail en France définies par le décret mentionné à l'article L 115-6, le remboursement de la totalité des dépenses qu'elle supporte pour cette personne au titre du présent livre ».

[1320] SLAMA Serge, Les nouvelles frontières des droits sociaux des étrangers non européens, Op. cit, « les droits accessibles sans condition de régularité et de résidence en France sont assez réduits et s'expliquent soit pas la protection de l'enfance, soit par des considérations élémentaires d'humanité ou de protection de la dignité de la personne humaine ».

[1321] Alinéa 11 du préambule de la constitution de 1946, « elle [la nation] garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ».

[1322] GAY Laurence, L'égalité et la protection sociale dans les premières décisions QPC du Conseil constitutionnel : un bilan mitigé, RDSS, 2010, p.1061.

[1323] Alinéa 11 du préambule de la constitution de 1946, « elle [la nation] garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ».

l'étranger remplit les conditions ainsi posées, en recourant éventuellement aux fichiers des services de l'État[1324]. Ainsi, pour accéder aux prestations de sécurité sociale, l'étranger devait justifier, en principe, de la régularité de son séjour en France.

Estimant que la condition de régularité de séjour méconnaissait le principe d'égalité, certains parlementaire ont saisi le Constitutionnel[1325].

Pour déclarer cette disposition conforme à la constitution, le Conseil constitutionnel a jugé que le principe constitutionnel d'égalité « ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que dans l'un ou l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »[1326]. Conformément à cette formule, le législateur peut déroger à l'égalité pour deux raisons alternatives[1327] à savoir, l'existence d'une différence de situation ou pour des raisons d'intérêt général, étant entendu que toutes deux doivent être en adéquation avec l'objet de la loi qui établit la différence de traitement.

Dans sa décision du 13 aout 1993, le Conseil semblait fonder son argumentation sur la différence de situation entre étranger en séjour régulier, en séjour irrégulier et le national, en occultant la notion d'intérêt général qui, selon Ferdinand Mélin –Soucramanien, constitue un motif subsidiaire de dérogation au principe d'égalité[1328].

En effet, le Conseil a procédé à un contrôle à minima du principe d'égalité sur la base de la différence de situation. Il a procédé à une catégorisation en deux temps. Selon le conseil, d'une part, les étrangers qui résident et travaillent régulièrement en France ne sont pas dans la situation que ceux qui ne remplissent pas ces mêmes conditions[1329]. D'autre part, les étrangers, qu'ils soient en situation régulière ou non, ne sont pas dans la même situation que les nationaux[1330]. La différence de situation entre ces trois catégories de personnes (étranger en séjour régulier, étranger en séjour irrégulier et le national) doit être précisée.

[1324] Article L 115-7 CSS ; Circulaire DSS/AAF/A 1 n°95-11 du 17 février 1995 du ministre d'État, ministre des affaires sociales, de la santé et de la ville relative à l'application de l'article 36 de la loi n°93-1027 du 24 aout 1993 relative à la maitrise de l'immigration et aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France et de ses décrets d'application.
[1325] Décision n°93-325 DC, Op. cit. Considérant 117.
[1326] Conseil constitutionnel, Décision n° 96-375 DC du 9 avril 1996, loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, considérant 8.
[1327] MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, Le principe constitutionnel d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Economica, Paris, 1997, p. 164.
[1328] Ibid. p. 183.
[1329] Ibid. considérant 118.
[1330] Ibid.

En effet, Dès lors que l'étranger réside de manière stable et régulière sur le territoire français, il est affilié au même titre et dans les conditions que les nationaux aux assurances sociales du régime général[1331]. En la matière, l'égalité de traitement entre les nationaux et les étrangers en séjour régulier et stable a une valeur constitutionnelle et s'étend aux prestations non contributives de sécurité sociales[1332].

Ainsi, si la différence de situation fondée sur la régularité ou l'irrégularité de séjour peut justifier un traitement différencié, celle de la nationalité ne semble pas suffisante dès lors que l'étranger se trouve en séjour régulier et stable[1333]. Cette analyse est corroborée par la décision du Conseil constitutionnel du 22 janvier 1990 dans laquelle il a été jugé que « l'exclusion des étrangers résidant régulièrement en France du bénéfice de l'allocation supplémentaire, dès lors qu'ils ne peuvent se prévaloir d'engagement internationaux ou de règlement pris sur leur fondement, méconnait le principe constitutionnel d'égalité »[1334].

En la matière, lorsque le Conseil constitutionnel vérifie une éventuelle atteinte au principe d'égalité, il s'intéresse à deux conditions cumulatives. Dans un premier temps, il vérifie s'il y'a une différence de situation. Dans un second, il recherche un lien entre la différence de traitement et l'objet de la loi qui l'établit. Pour qu'une atteinte au principe d'égalité soit établie, il faut un lien direct entre la loi qui établit la différence de traitement et l'objet de la loi en question.

En revanche, lorsque l'étranger se trouve en situation irrégulière, il ne peut prétendre au bénéfice de l'égalité de traitement en matière d'accès aux prestations sociales. Autrement dit, dès lors que l'étranger se trouve dans une situation irrégulière au regard de la législation relative au séjour et au travail, il est considéré comme étant dans une situation différente et son exclusion du bénéfice des prestations sociales n'est pas contraire au principe constitutionnel d'égalité.

Enfin, il convient de noter que la seule différence de traitement entre l'étranger en situation régulière et le national résulte de l'exigence de la stabilité du séjour. En effet, à travers sa décision de 1993, le Conseil constitutionnel a ajouté au critère de séjour régulier celui de la stabilité de la résidence[1335]. Alors que le Conseil constitutionnel n'avait entendu subordonner, en 1990, le droit à l'allocation supplémentaire du fonds national de solidarité qu'à la régularité

[1331] Article L 311-2 du code de la sécurité sociale.
[1332] Conseil constitutionnel Décision n°89-269 DC du 22 janvier 1990.
[1333] Conseil Constitutionnel, décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990.
[1334] Ibid. point 35.
[1335] BABEL Maryse, DAUGAREILH Isabelle, LABORDE Jean-Pierre, LAFORE Robert, Prestations sociales, étrangers, conditions de séjour, durée de séjour, RDSS, 1995, p.423.

de la situation de l'étranger[1336], en 1993, « il édicte, cette fois, une double condition tenant à la régularité et la stabilité du séjour, habilitant ainsi, a priori, le législateur à exclure du bénéfice de la protection sociale non seulement l'étranger en situation irrégulière, mais aussi l'étranger dont la situation régulière devrait être tenue pour insuffisamment stable »[1337].

L'exigence de la condition de régularité de séjour n'est pas non plus contraire à l'article 14 de la Conv. EDH relatif à l'interdiction des discriminations[1338]. Selon la Cour. EDH, lorsqu'État prévoit une condition de régularité de séjour pour l'accès aux prestations sociales, il ne fait qu'user de la marge d'appréciation qui lui est reconnue dans la mise en œuvre des droits protégés par la Conv. EDH. Ainsi, la distinction entre les étrangers en situation régulière et ceux en situation irrégulière n'est pas incompatible avec l'article 14 précité[1339]. Selon la Cour. EDH, « la situation au regard du droit des étrangers et bien qu'une différence de traitement fondée sur cette situation reste à justifier par des motifs objectifs et raisonnables, ceux-ci n'ont pas à être aussi solides que dans le cas d'une distinction fondée, par exemple sur la nationalité »[1340]. Ainsi, contrairement à la distinction selon la nationalité, la justification de la distinction au regard du droit des étrangers ne nécessite pas de motivations par des « considérations très fortes »[1341].

Concernant l'aide sociale, deux observations doivent être retenues. En premier lieu, pour vérifier la constitutionnalité de la condition de résidence régulière et stable, le Conseil constitutionnel se place sur le terrain non pas du principe constitutionnel d'égalité, mais sur celui des « droits et libertés fondamentaux reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République » ; en précisant que si le législateur peut prendre des dispositions spécifiques à l'égard des étrangers, il doit respecter les libertés et droits fondamentaux reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire République, en vue de concilier la préservation des libertés et droits fondamentaux et la sauvegarde de l'ordre public. Comme l'affirment Jean-Jacques Dupeyroux et Xavier Prétot, « si l'étranger peut revendiquer le bénéfice des libertés et droits fondamentaux ou, au moins, de certains d'entre eux, la garantie découle moins de l'application du principe constitutionnel d'égalité que de la territorialité reconnue, à priori, à certains droits fondamentaux et, par conséquent, à notre système de protection sociale »[1342]. Dans ce sens,

[1336] Décision n°89-269 DC du 22 janvier 1990.
[1337] Conseil Constitutionnel, 13 aout 1993, note Jean Jacques Dupeyroux et Xavier Prétot, le droit de l'étranger à la protection sociale, Dr. Soc. 1994, p 69-74
[1338] CEDH, 27 septembre 2011, Bah c/ Royaume-Uni, req n°56328/07.
[1339] Ibid. point 45.
[1340] Ibid. point 47.
[1341] Ibid.
[1342] DUPEYROUX Jean-Jacques et PRETOT Xavier, Le droit de l'étranger à la protection sociale, Dr. Soc. 1994, p 69-74.

conformément à la décision du 13 aout 1993, en matière d'aide sociale, l'adoption de règles discriminatoires vis-à-vis des étrangers en séjour irrégulier est subordonnée au respect des libertés et droits fondamentaux constitutionnels reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République. Autrement dit, en la matière, c'est le principe de territorialité qui prévaut. Ainsi, l'accès des étrangers à l'aide sociale ne se pose plus en termes d'égalité, mais en termes de droits fondamentaux.

La conséquence de l'analyse au regard du principe de territorialité est que certaines prestations d'aide sociale échappent à la condition de régularité et de durée de résidence en France. En effet, des considérations liées à la protection de l'enfance, des considérations élémentaires d'humanité ou de protection de la dignité de la personne humaine[1343] ont justifié la reconnaissance de certaines prestations d'aide sociale sans condition de régularité de séjour[1344]. Pour le Conseil constitutionnel, la constitutionnalité de la condition de régularité de séjour est subordonnée, en matière d'aide sociale, à la possibilité pour le ministre de l'action sociale de déroger à la règle générale « pour tenir compte des circonstances exceptionnelles »[1345]. Autrement dit, la condition de régularité de séjour en matière d'aide sociale n'est conforme à la constitution que dans la mesure où le ministre chargé de l'action sociale est mis en mesure de déroger à la règle.

Si l'accès des étrangers à la protection sociale a été, avant le traité d'Amsterdam, régi principalement par les droits nationaux des États membres de l'Union, certains étrangers ont été, dès l'origine, inclus dans le champ d'application du droit de l'Union, en raison soit de la relation qui les lie aux citoyens de l'Union en situation de mobilité, soit de la spécificité de leur statut ou, enfin, de l'existence d'un accord liant leur pays d'origine à l'Union.

§ II. L'inclusion de certains étrangers dans le champ d'application des normes communautaires relatives à la protection sociale

Si de façon générale, les questions relatives à l'accès des ressortissants des pays tiers à la protection sociale relevaient de la compétence des États membres, certains d'entre eux ont été, dès l'origine, inclus dans le champ d'application des textes de l'Union[1346]. Conformément à l'article 2 du règlement 1408/71, le règlement « s'applique aux travailleurs salariés ou non-

[1343] SLAMA Serge, Les nouvelles frontières des droits sociaux des étrangers non européens, op. cit.
[1344] Article L 111-2 du CASF.
[1345] Conseil constitutionnel, Décision n° 93-325 DC, op. cit. Considérant 127.
[1346] STANGOS Petros N, Les ressortissants d'États tiers au sein de l'ordre juridique communautaire, Cahier de droit européen, 1992, n° 3-4, P. 306-347.

salariés et aux étudiants qui sont ou ont été soumis à la législation d'un ou de plusieurs États membres et qui sont des ressortissants de l'un des États membres ou bien des apatrides ou des réfugiés résidant sur le territoire d'un des États membres ainsi qu'aux membres de leur famille et à leurs survivants », et ce, sans condition de nationalité (A). A côté de ces catégories de ressortissants de pays tiers, d'autres font l'objet d'un régime particulier en application des accords conclus entre leur pays d'origine et l'Union (B).

A) L'inclusion des membres de la famille, des réfugiés et des apatrides

Les membres de la famille, les apatrides et les réfugiés relevaient, dès l'origine, du champ d'application du règlement de coordination des régimes nationaux de sécurité sociale[1347]. L'inclusion de ces catégories d'étrangers dans le champ d'application du règlement de coordination répond à des objectifs différents. En effet, si l'inclusion des membres de la famille s'explique par la volonté de favoriser la libre circulation des travailleurs, celle des réfugiés et des apatrides s'explique par le caractère précaire de leur situation[1348].

Concernant les membres de la famille, il a été dès l'origine considéré que le refus de reconnaitre des droits, en matière de protection sociale, à ceux qui accompagnent le travailleur constituait un obstacle à la libre circulation. Ainsi, depuis le premier règlement de coordination[1349], les membres de la famille du travailleur européen, quelle que soit leur nationalité, ont été inclus dans le champ d'application de la coordination. En la matière, les droits reconnus aux membres de la famille ont connu une évolution. La Cour de justice a, dans un premier temps, considéré que ceux-ci ne pouvaient prétendre qu'aux droits dérivés de la situation du travailleur qu'ils accompagnent[1350]. Autrement dit, ils ne pouvaient prétendre qu'aux droits résultant de leur qualité de membre de la famille. Ce principe a été itérativement rappelé par la Cour de justice avant de nuancer sa solution en recourant à la notion d'avantage social[1351].

La Cour a, pour la première fois, affirmé le principe selon lequel les membres de la famille ne bénéficient que des droit dérivés de ceux du travailleurs dans son arrêt Kermaschek du 23 novembre 1976[1352]. En l'espèce, il s'agissait d'une ressortissante yougoslave qui avait quitté les Pays-Bas, où elle occupait un emploi, pour rejoindre son époux allemand en Allemagne.

[1347] Article 2 du règlement 1408/71.
[1348] CJCE, 11 octobre 2001, Khalil, aff. C-95/99, point 34.
[1349] Règlement 3/58.
[1350] CJCE, 23 novembre 1976, Kermaschek, aff. C-40/76, point 7.
[1351] La notion d'avantage social est entendue comme tous les avantages qui, liés ou non à un contrat d'emploi, sont reconnus aux travailleurs nationaux, en raison de leur qualité objective de travailleurs ou du fait de leur résidence sur le territoire national, et dont l'extension aux travailleurs ressortissants d'autres États membres facilite leur mobilité à l'intérieur de l'Union et leur intégration dans l'État membre d'accueil ».
[1352] CJCE, 23 novembre 1976, Kemaschek, précité.

Une fois en Allemagne, elle a sollicité l'allocation de chômage pour les périodes d'activité accomplies au Pays-Bas. Elle sollicitait ainsi, le bénéfice de la totalisation des périodes d'activité accomplies dans les États membres. Sa demande a été refusée au motif que les périodes accomplies au Pays-Bas ne lui ouvraient aucun droit en raison de son statut de ressortissante de pays tiers. La question était posée à la Cour de savoir si le conjoint, ressortissant d'un pays tiers, du citoyen européen pouvait prétendre à la prise en compte des périodes d'activité accomplies dans un États membre autre que celui de son conjoint pour l'octroi des allocations chômage. La Commission faisait remarquer que le citoyen européen n'étant pas en situation de mobilité, les membres de sa famille ne pouvaient pas prétendre à l'application du règlement 1408/71. Elle ajoutait que « les membres de la famille ne sont pas inclus dans le champ d'application du règlement en tant que travailleurs migrants possédant des droits propres ». Il convient de noter que cette thèse développée par la Commission est corroborée par l'objectif même du règlement, qui tend à faciliter la libre circulation des travailleurs qui ont la nationalité d'un État membre. Pour la Commission, l'exclusion des membres de la famille, ressortissants de pays tiers, du bénéfice des droits propres prévus par le règlement n'est pas susceptible de porter atteinte à la libre circulation des travailleurs. Pour conclure à l'exclusion des membres de la famille du bénéfice des droits propres, la Cour a procédé à une catégorisation des bénéficiaires du règlement en considérant que « la juxtaposition indiquée par l'emploi du mot « ainsi » indique que cette disposition vise deux catégories nettement distinctes : les travailleurs d'une part et les membres de leur famille et leurs survivants d'autre part ; qu'à titre de travailleurs, ne sont admis que les ressortissants d'un État membre, les apatrides et les réfugiés, qui sont ou ont été soumis au régime de sécurité sociale d'un ou de plusieurs États ; tandis que les personnes appartenant à la première catégorie peuvent revendiquer les droits à prestation envisagés par le règlement en tant que droits propres, celles appartenant à la seconde catégorie ne sauraient prétendre qu'aux droits dérivés, acquis en qualité de membre de la famille ou de survivant d'un travailleur, c'est-à-dire d'une personne appartenant à la première catégorie ». En outre, précise la Cour, l'exigence de la nationalité d'un État membre ne vaut que pour le travailleur. Autrement dit, la nationalité des membres de la famille est indifférente pour le bénéfice des droits dérivés[1353]. Les droits reconnus aux membres de la famille n'étant que des droits dérivés, il en résultait que ces membres ne pouvaient pas prétendre au bénéfice des prestations prévues par l'État d'accueil au titre de droits propres, ne dépendant pas d'un lien de parenté avec le travailleur et réservés aux nationaux.

[1353] CJCE, 23 novembre 1976, Kermaschek, aff. C-40/76, point 7.

Selon Pierre Rodière, la solution de cet arrêt avait pour défaut de faire directement dépendre l'étendue de l'égalité de traitement et l'uniformité d'application du règlement de coordination à la qualification de droits propres ou de droits dérivés retenue par la législation nationale applicable[1354]. Autrement dit, la qualification de droits propres ou de droits dérivés relevait de la législation nationale applicable. Ainsi, pour exclure les membres de la famille du bénéfice d'une prestation, il suffisait de la qualifier de droits propres. Pour remédier à cette situation, tout en maintenant la distinction entre droits propres et droits dérivés, la Cour a, en 1996, entendu en limiter la portée en faisant échapper la qualification de droit propre ou dérivé de la compétence des États[1355].

Toutefois, la Cour a nuancé sa position en recourant à la notion d'avantage social et sur le fondement non pas du règlement 1408/71 mais sur celui du règlement 1612/68, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté. Ce règlement qualifie la libre circulation des travailleurs de droit fondamental[1356]. L'article 7, paragraphe 2, du règlement 1612/68 prévoit l'égalité de traitement en matière d'avantages sociaux. Ces avantages sont définis par la Cour dans son arrêt du 30 septembre 1975 comme tous avantages « liés ou non à un contrat d'emploi, qui sont généralement reconnus aux travailleurs nationaux en raison principalement de leur qualité objective de travailleur ou du simple fait de leur résidence sur le territoire national, et dont l'extension aux travailleurs ressortissants d'autres États membres apparait, dès lors, comme de nature à faciliter leur mobilité à l'intérieur de la Communauté »[1357]. Lola Isidro retient deux intérêts de la notion extensive d'avantages sociaux : « la qualification d'avantage social a servi de dispositif de rattrapage dans deux cas notamment. Les prestations sociales ne pouvant recevoir la qualification de prestations de sécurité sociale au sens du règlement 1408/71, car ne se rattachant pas à l'un des risques sociaux énumérés par le règlement, ont été incluses dans la catégorie des avantages sociaux afin d'être gouvernées par le principe d'égalité de traitement. En outre, la Cour a eu recours à la qualification d'avantage social pour atténuer la rigidité de sa jurisprudence » relative à la distinction entre droits propres et droits dérivés et pour ainsi protéger davantage les membres de la famille[1358]. Si cette protection visait les membres de la famille quelle que soit leur nationalité, la Cour a progressivement limité la protection lorsque le membre de la famille est

[1354] RODIERE Pierre, sécurité sociale-Droit de l'Union européenne, répertoire de droit international, avril 2019.
[1355] CJCE, 30 avril 1996, Cabanis-Issarte, aff. C-308/93.
[1356] Considérant 3 du préambule du règlement 1612/68.
[1357] CJCE, 30 septembre 1975, Cristini, aff. C-32/75, cité par Lola Isidero ; Jean-Philippe Lhernould « les avantages sociaux en droit Communautaire », Dr. Soc. 1997, P.388.
[1358] ISIDRO Lola, L'étranger et la protection sociale, op cit.

le ressortissant d'un État tiers[1359]. Ce constat ressort de la comparaison de deux arrêts rendus à quelques mois d'intervalle, l'un relatif à un ressortissant de pays tiers membres de la famille d'un citoyen européen et, l'autre relatif au citoyen européen membre de la famille d'un citoyen européen[1360]. Dans l'arrêt Taghavi, la Cour de justice a approuvé le refus opposé par les autorités belges à une ressortissante de pays tiers membre de la famille d'un citoyen européen à sa demande d'allocation pour adulte handicapé. Après avoir rappelé la jurisprudence Kermaschek afin d'écarter l'application du règlement 1408/71, la Cour, contre l'avis de la Commission qui considérait que l'allocation en cause devrait être qualifiée d'avantage social au sens de l'article 7, paragraphe 2 du règlement 1612/68, considère que l'allocation en cause ne pouvait avoir cette qualification dans la mesure ou le membre de la famille d'un ressortissant belge ne pouvait en bénéficier que s'il était ressortissant d'un État membre. L'avocat général, comme la Commission, considérait dans ses conclusions que le refus d'accorder l'allocation d'adulte handicapé à la requérante était susceptible d'entraver la libre circulation des travailleurs communautaires. Or, quelques mois plus tard, la Cour dans l'arrêt Schmid a adopté une solution contraire concernant un membre de la famille ressortissant d'un État membre. La comparaison de ses deux arrêts nous permet d'affirmer que les membres de la famille sont traités différemment selon leur nationalité. « La confrontation des arrêts Schmid et Taghavi enseigne que le règlement 1612/68 ne constitue pas, ou à tout le moins plus, un dispositif de rattrapage à l'égard des membres de la famille ressortissant de pays tiers à la Communauté quant à la distinction entre droits propres et droits dérivés. Ces derniers ne sont pas, contrairement à ce que les textes laissent penser, purement et simplement assimilés aux ressortissants des États membres »[1361].

Concernant les réfugiés et les apatrides, ils sont inclus dans le champ d'application du règlement de coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale[1362]. Par conséquent, ils bénéficient d'un principe clef de la coordination, à savoir l'égalité de traitement. Toutefois, le bénéfice, par eux, de l'égalité de traitement est subordonné à la condition qu'ils circulent à l'intérieur de l'Union. Cette situation résulte du fait que le règlement 1408/71 ne s'applique pas aux situations purement internes. Dans son arrêt Kahlil du 11 octobre 2001, la question était posée à la Cour de savoir si le règlement 1408/71 était applicable aux apatrides, aux réfugiés et aux membres de leur famille lorsque ceux-ci n'étaient pas en situation de mobilité dans l'Union. Autrement

[1359]Ibid.
[1360] Ibid.
[1361] Ibid.
[1362] Article 2 du règlement 1408/71.

dit, si le règlement leur était applicable lorsqu'ils ont immigré directement dans l'Union au départ d'un État tiers et ne se sont pas déplacés à l'intérieur de l'Union. La Cour, après avoir affirmé l'inclusion de ces catégories de personnes dans le champ d'application de la coordination des régimes nationaux de sécurité sociale, a considéré que « les travailleurs qui sont des apatrides ou des réfugiés résidant sur le territoire de l'un des États membres, ainsi que les membres de leur famille, ne peuvent pas invoquer les droits conférés par le règlement 1408/71 lorsqu'ils se trouvent dans une situation dont tous les éléments se cantonnent à l'intérieur de ce seul État membre »[1363]. Ainsi, même si les réfugiés et apatrides relèvent du champ d'application du règlement de coordination, ils ne peuvent invoquer l'égalité de traitement que lorsqu'ils se trouvent en situation de mobilité intra-européenne. Cette solution a été largement critiquée par la doctrine[1364], notamment par Jean Yves Carlier qui se demandait s'il était nécessaire d'exiger « du réfugié et de l'apatride qui ont fui leur pays d'origine, qui ont été reconnus réfugiés ou apatride dans un État membre de l'Union, qu'ils se rendent dans un autre État membre de l'Union pour bénéficier du droit Communautaire »[1365]. Certains considèrent que le rattachement de la situation des réfugiés et des apatrides au droit de l'Union devait être déduit du franchissement des frontières extérieures de l'Union[1366]. La doctrine rappelle également que le principe de non-discrimination prévu dans les accords avec les pays du Maghreb ou de la Turquie s'appliquent sans migration interne et que la même solution devait s'appliquer aux réfugiés et aux apatrides[1367].

A côté de ces catégories d'étrangers, d'autres ont pu bénéficier du principe d'égalité de traitement sur le fondement des accords signés entre leurs pays d'origine et l'Union européenne.

A. La protection sociale des ressortissants des pays tiers sur le fondement des accords conclus entre l'Union et des pays tiers

L'Union européenne a conclu des accords de coopération ou d'association avec de nombreux États tiers qui sont destinés à renforcer les liens économiques entre les parties. Ces accords sont dits « mixtes » dans la mesure où ils engagent trois parties : les États tiers, l'Union européenne en tant que telle, et ses États membres. Outre les questions de coopérations économiques, certaines dispositions de ces accords comportent un volet social et posent le principe d'égalité

[1363] CJCE, 11 octobre 2001, aff, Kahlil C-95/99, C-98/99 et C-180/99.
[1364] CARLIER Jean Yves, La libre circulation des personnes dans l'Union européenne, JTDE 2002, chron.65.
[1365] Ibid.
[1366] MAVRIDIS Podromos, Union européenne : un prix Nobel de protection sociale des ressortissants des pays tiers ? Revue de droit du travail 2012, P.719.
[1367] Ibid.

de traitement en matière d'accès aux prestations de sécurité sociale. Certains de ces accords prévoient ainsi, en matière de sécurité, « le principe de non-discrimination en fonction de la nationalité »[1368]. Les dispositions de ces accords relatives à la sécurité sociale permettent d'écarter, au profit de leurs bénéficiaires, la règle de la réciprocité pour faire place à l'égalité de traitement.

Toutefois, il résulte de l'analyse des différents accords mixtes que la teneur des droits consentis varie d'un accord à un autre[1369]. La teneur de ces accords varie non seulement à l'égard des travailleurs étrangers, (1) mais aussi à l'égard des membres de leur famille (2).

1) Une conception variable du principe d'égalité à l'égard des travailleurs ressortissants de pays tiers bénéficiaires des accords

Le principe de non-discrimination fondée sur la nationalité figure dans les accords conclus entre l'Union européenne et les pays Maghrébins[1370], la Turquie[1371], les pays ACP[1372] et plus récemment avec le Royaume uni depuis le Brexit. Malgré l'affirmation de ce principe dans les différents accords, force est de constater que sa portée varie d'un accord à l'autre. Pour démontrer l'interprétation variable du principe d'égalité de traitement, il convient de s'intéresser aux définitions des principaux termes délimitant le champ d'application de ces accords, à savoir les notions de sécurité sociale et de travailleurs.

S'agissant de la notion de sécurité sociale, son champ d'application matériel et personnel varie d'un accord à un autre.

S'agissant en premier lieu du champ d'application matériel, alors que la notion de sécurité sociale est définie de manière restrictive dans les accords entre l'Union et les pays ACP, elle est définie de manière extensive dans les accords d'association et de coopération avec la Turquie et les pays du Maghreb[1373]. En effet, les accords de partenariat économique avec les

[1368] MAVRIDIS Prodromos, La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne, thèse, Paris X, pp. 322.
[1369] GACON-ESTRADA Hélène, La sécurité sociale se moque de la justice, Dr. Soc, 1996, p.709.
[1370] Accord de coopération conclu entre la Communauté européenne et la République algérienne démocratique et populaire, signé le 26 avril 1976, JOCE L263 du 27 septembre 1978 ; accord de coopération conclu entre la Communauté européenne et le Royaume du Maroc, signé le 27 avril 1976, JOCE L264 du 27 septembre 1978 ; accord de coopération conclu entre la Communauté européenne et la République tunisienne, signé le 25 avril 1976, JOCE L 265 du 27 septembre 1978.
[1371] Accord d'association du 12 septembre 1963, JOCE L 217 du 29 décembre 1964 ; article 39, protocole additionnel du 23 novembre 1970, JOCE L 293 du 29 décembre 1972 ; décision n° 3/80 du 19 septembre 1980, relative à l'application des régimes de sécurité sociale des États membres des Communautés européennes aux travailleurs turcs et aux membres de leur famille, JOCE C 110 du 25 avril 1983.
[1372] Convention de Lomé du 15 décembre 1989, JOCE L229 du 17 aout 1991.
[1373] GACON-ESTRADA Hélène, Étranger, la sécurité sociale se moque de la justice, Revue Droit social, 1996, p 709.

pays ACP[1374] (ancien accord de Lomé) limite le champ d'application matériel du principe d'égalité de traitement en faveur des ressortissants desdits pays légalement établis dans l'Union « aux prestations de sécurité sociale liées à l'emploi »[1375]. Aux termes de l'annexe VI, paragraphe 2, de l'acte final de l'accord de Lomé du 15 décembre 1989 « les travailleurs ressortissants d'un État ACP exerçant légalement une activité salariée sur le territoire d'un État membre, et les membres de leur famille résidant avec eux, bénéficient, dans cet État membre, d'un régime caractérisé par l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité par rapport aux propres ressortissants de cet État membre, en ce qui concerne les prestations de sécurité sociale liées à l'emploi ». Concernant cet accord, deux questions se posent : premièrement, eu égard aux objectifs et principes généraux de la Convention de Lomé qui vise à promouvoir le développement économique, culturel et social des États ACP, ses dispositions sont-elles de nature à conférer aux particuliers des droits dont ils pourraient faire prévaloir devant les juridictions nationales ? Dit autrement, les dispositions de la Convention de Lomé ont elle un effet direct ? Ensuite, que faut-il entendre par « prestations de sécurité sociale liée à l'emploi » ? Dans une affaire du 12 décembre 1995[1376], concernant la taxation des marchandises en provenance d'un État tiers, la Cour a répondu à la première question par l'affirmative. En effet il était question de savoir si les dispositions de la Convention de Lomé avaient un effet direct. C'est dans ce contexte que la Cour a jugé que « le déséquilibre dans les obligations assumées par la Communauté vis-à-vis des États tiers associés, qui est dans la logique même du caractère spécifique de la Convention, n'est pas un obstacle à la reconnaissance par la Communauté de l'effet direct de certaines de ses dispositions »[1377]. Ainsi, les dispositions de la Convention ACP-CEE semblent avoir un effet direct et sont donc susceptibles d'être invoquées par les particuliers devant les juridictions nationales.

Concernant la deuxième question, la formulation « prestations de sécurité sociale liées à l'emploi » semble exclure non seulement les prestations d'aide sociale qui, par définition ne sont pas liées à l'exercice d'un emploi, mais aussi les prestations non contributives de sécurité sociale. Dans ce sens, du point de vue matériel, la notion de sécurité sociale ne semble viser

---

13741374 Sur l'évolution du partenariat entre l'Union et les pays ACP, Cf, HAGUENAU-MOIZARD Catherine et MONTALIEU Thiery, L'évolution du partenariat UE-ACP de Lomé à Cotonou : de l'exception à la normalisation, Monde en développement, 2004, p, 65-88 [en ligne], https://www.cairn.info/revue-mondes-en-developpement-2004-4-page-65.htm

1375 Cf, notamment, l'annexe VI, paragraphe 2, de l'acte final de l'accord de Lomé du 15 décembre 1989.

1376 CJCE, 12 décembre 1995, Chiquita Italia, aff. C- 469/93.

1377 CJCE, 12 décembre 1995, Chiquita Italia, aff. C- 469/93, point 32 ; MAVRIDIS Prodromos, La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne. Observation sur une confrontation entre libertés du marché et droit fondamentaux, Thèse de Doctorat en droit privé de l'Université Paris Nanterre, p. 365.

que les prestations contributives de sécurité sociale. Autrement dit, les ressortissants des pays ACP ne peuvent se prévaloir du principe d'égalité de traitement en invoquant les accords UE/ACP que lorsqu'est en cause une prestation contributive de sécurité sociale.

En revanche, dans les accords Turquie-UE et euro-méditerranéens, la sécurité sociale est définie de manière extensive. Il est clairement prévu que les travailleurs des pays du Maghreb [Algérie, Tunisie, Maroc] et les membres de leur famille résidant avec eux bénéficient, dans le domaine de la sécurité sociale, d'un régime caractérisé par l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité par rapport aux propres ressortissants des États membres dans lesquels ils sont occupés »[1378]. Ici, sont visées toutes les prestations de sécurité sociale, telles soient contributives ou non. Ces accords garantissent l'égalité de traitement dans le domaine de la sécurité sociale.

De la même manière, la décision n° 3/80 du Conseil d'association « relative à l'application des régimes de sécurité sociale des États membres des Communautés européennes aux travailleurs turcs et aux membres de leur famille » prévoit un champ d'application matériel large au profit des travailleurs turcs établis dans un État membre de l'Union. Aux termes de l'article 4, paragraphe 1, la décision précitée « s'applique à toutes les législations relatives aux branches de sécurité ». Le paragraphe 2 du même article ajoute que « la présente décision s'applique aux régimes généraux de sécurité sociale et spéciaux, contributifs et non contributifs, ainsi qu'aux régimes relatifs aux obligations de l'employeurs […] ». En la matière, le règlement 1408/71 est utilisé comme modèle. Certains auteurs, notamment Prodromos Mavridis, conclut à une similarité entre le règlement 1408/71 et la décision n° 3/80[1379]. Ismael omarjee ajoute qu'« en tous points similaire au règlement 1408/71, cette décision [décision n° 3/80], permet aux ressortissants turcs de bénéficier du système de coordination communautaire »[1380].

Ainsi, le champ d'application matériel de ces accords couvre non seulement les prestations contributives mais aussi les prestations non contributives de sécurité sociale. L'inclusion des prestations dites « mixtes » de sécurité sociale dans le champ d'application matériel de ces accords n'a pas été sans difficultés. En effet, si les États membres, dans les années 1990, ont fini par accepter que les prestations mixtes fassent partie du champ d'application des règlements

[1378] Cf, les articles, 39 pour l'Algérie, article 41 pour Maroc, article 40 pour la Tunisie.
[1379] MAVRIDIS Prodromos, Les turcs dans l'Union européenne. Réflexion sur la prééminence du droit, Ant. SAKKOULAS, Bruylant, 2009.
[1380] OMARJEE Ismaël, Les règles de coordination des législations nationales, in THOUVENI Jean-Marc et TREBILCOCK Anne (dir), Droit international social. Droit économiques, sociaux et culturels. Tome 2, Bruylant, 2013, p. 1541.

de coordination en faveur des citoyens de l'Union, ils ont manifesté une certaine résistance vis-à-vis des ressortissants des pays tiers bénéficiaires des accords d'association ou de coopération. Cette résistance peut être illustrée à travers certains arrêts rendus entre 1990 et 1995. Dans chacune des affaires concernant les travailleurs maghrébins et turcs, la Cour de justice a considéré que « la notion de sécurité sociale figurant [dans ces accords] doit être comprise par analogie avec la notion identique figurant [aux règlement européens] ». Par conséquent, contrairement aux ressortissants des pays ACP, les travailleurs maghrébins et turcs peuvent bénéficier des prestations contributives et non contributives de sécurité sociale sur le fondement des accords qui lient leur pays d'origine à l'Union. Même en l'absence de toute situation de mobilité dans l'Union, ils bénéficient du principe d'égalité de traitement au même titre que les citoyens de l'Union ayant fait usage de leur droit de circuler et de séjourner librement[1381]. Ainsi, si les accords entre l'Union européenne et les pays du Maghreb, et la Turquie retiennent une conception extensive de la notion de sécurité sociale, l'accord de partenariat avec les pays ACP en retiennent une conception restrictive.

S'agissant du champ d'application personnel, il convient, en premier lieu, de noter que les bénéficiaires de l'égalité de traitement en application des accords de coopération et d'association sont les travailleurs et les membres de leur famille[1382]. Cependant, la notion de travailleur est-elle interprétée de la même manière vis-à-vis des différents bénéficiaires des différents accords ?

La notion de travailleur varie d'un accord à un autre. En effet, concernant les ressortissants turcs, la décision n° 3/80 retient une conception extensive de la notion de travailleur, incluant tous les « assurés sociaux »[1383]. Les accords de coopération avec les pays du Maghreb, pour leur part, ne définissent pas le travailleur. Cette notion a donc été définie par la Cour elle-même. « Il ressort de sa jurisprudence que si la notion doit, au terme des accords de coopération avec le Maghreb, également être entendue largement, elle n'emporte pas, comme dans le cadre du

[1381] Cf, CJCE, 4 mai 1999, Surul, aff. C- 262/96.
[1382] GACO-ESTRADA Hélène, Étrangers : la sécurité sociale se moque de la justice, Revue Droit social, 1996, p. 709.
[1383] Article 1, b, de la décision n° 3/80 du Conseil d'association du 19 septembre 1980 « le terme « travailleur » désigne toute personne : i) qui est assurée au titre d'une assurance obligatoire ou facultative continuée contre une ou plusieurs éventualités correspondant aux branches d'un régime de sécurité sociale, s'appliquant aux travailleurs salariés, sous réserve des limitations inscrites à l'annexe V point A Belgique, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 1408/71. ii) qui est assuré à titre obligatoire contre une ou plusieurs éventualités correspondant aux branches auxquelles s'applique la présente décision dans le cadre d'un régime de sécurité sociale s'appliquant à tous les résidents ou à l'ensemble de la population active: - lorsque les modes de gestion ou de financement de ce régime permettent de l'identifier comme travailleur salarié, ou, - à défaut de tels critères, lorsqu'elle est assurée au titre d'une assurance obligatoire ou facultative continuée contre une autre éventualité précisée à 1 JOCE n° L 149 du 5-7-1971, p. 2. l'annexe dans le cadre d'un régime organisé au bénéfice des travailleurs salariés ».

règlement de coordination et de la décision 3/80, complète autonomisation du droit de la sécurité sociale ; dans la définition proposée par la Cour, le lien avec le travail reste en effet tangible »[1384]. Selon la Cour, la notion de travailleur contenue dans les accords de coopération avec les pays du Maghreb englobe non seulement les travailleurs actifs, mais aussi ceux qui ont quitté le marché du travail après avoir atteint l'âge de la retraite ou après avoir été victime d'un des risques donnant droit à des allocations au titre d'une des branches de la sécurité sociale. Conformément à cette définition, la Cour exclut du champ d'application personnel de l'égalité de traitement les ressortissants maghrébins qui n'exercent pas d'activité, tel que les étudiants[1385]. S'agissant des ressortissants des pays ACP, non seulement l'accord lui-même ne prévoit aucune définition du travailleur, mais aussi la Cour n'a jamais eu l'occasion d'en donner une définition. Par analogie, on pourrait considérer que la notion de travailleur doit être interprétée de la même manière que pour les accords de coopération avec les pays du Maghreb.

Le privilège reconnu aux ressortissants turcs par rapport aux autres ressortissants de pays tiers a été affirmé par l'avocat général, Marco Darmon, en ces termes : « les travailleurs turcs ne sont pas assimilables à des ressortissants communautaires, mais ils ne sont pas non plus dans la même situation que les autres ressortissants de pays tiers »[1386].

Outre le traitement différencié des bénéficiaires à titre principal de l'égalité de traitement en application des accords, les membres de leur famille se trouvent également traités différemment, plaçant certains d'entre eux dans une situation plus favorable de celle des membres de la famille des citoyens européens.

2) Le traitement différencié des membres de la famille

En application des accords de coopération et d'association, les ressortissants des pays tiers résidant avec le travailleur extra-communautaire peuvent prétendre au bénéfice des prestations de sécurité sociale au même titre que les nationaux de l'État membre d'accueil[1387]. Toutefois, le traitement réservé aux membres de la famille varie d'un accord à l'autre. En matière d'accès des membres de la famille résidant avec le travailleur aux prestations sociales, les dispositions des accords de coopérations avec les pays du Maghreb et d'association avec la Turquie bénéficient d'une interprétation favorable. Ces dispositions favorables permettent d'écarter les

[1384] ISIDRO Lola, L'étranger et la protection sociale, Dalloz, 2017, p.151.
[1385] CJCE, ordonnance du 27 avril 2004, haddad, aff. C-358/02.
[1386] CJCE, aff. C-237/91, conclusion. Marco Darmon,, présentée le 10 novembre 1992, points 64-65.
[1387] Cf, dans ce sens, Cour de cass, Assemblée plénière, 5 avril 2013, n°11-17.520 ; CJCE, 4 mai 1999, Surul, aff. C-262/96.

restrictions nationales en matière d'accès aux prestations sociales. Dans les accords ACP, on ne trouve aucune disposition de telle nature. Le caractère favorable des dispositions des accords euro-méditerranéen et CEE-Turquie peut être illustré à travers l'accès des membres de la famille aux prestations familiales et aux droit dits propres, par opposition aux droits dérivés, c'est-à-dire les droit octroyé en qualité de membre de la famille.

De façon générale, certaines exigences nationales font obstacle à l'accès des étrangers aux prestations familiales, parmi lesquelles le respect de la procédure du regroupement familial par les intéressés lorsque l'enfant pour lequel les prestations sont sollicitées est né à l'étranger[1388], une certaines durée de résidence préalable[1389], ou encore la détention d'un titre de séjour particulier.

Ces exigences ont été jugées, par les juridictions de l'Union et nationales, contraires à l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité en matière de sécurité sociale telle que prévue dans les accords euro-méditerranéens et d'association avec la Turquie.

Dans un arrêt du 4 mai 1999[1390], la Cour de justice de l'Union européenne a jugé contraire à l'article 3, paragraphe 1, de la décision 3/80 du Conseil d'association, la loi allemande subordonnant l'accès des ressortissants turcs aux prestations familiales à la détention d'un titre de séjour particulier. En l'espèce, les requérants de nationalité turque résidaient en Allemagne avec un titre de séjour accessoire et bénéficiaient des allocations familiales pour leur enfant né dans cet État membre. A la suite d'une réforme législative qui subordonnait l'accès des étrangers aux prestations familiales à la détention d'une autorisation ou d'un permis de séjour (différent du titre de séjour accessoire), les autorités compétentes ont décidé de supprimer le versement des allocations familiales aux intéressés, au motif qu'ils ne remplissaient plus les nouvelles conditions. C'est dans ce contexte que les intéressés ont considéré qu'ils tiraient des règles relatives à l'association CEE-Turquie le droit d'être traité de la même manière que les ressortissants allemands, de sorte que la nature de leur titre de séjour ne devrait pas avoir d'incidence sur leur accès aux prestations familiales. Il était ainsi question de savoir si un État membre pouvait déroger au principe d'égalité de traitement vis-à-vis des ressortissants turcs en matière de prestations familiales au motif que les intéressés ne possèdent pas un titre de séjour particulier exigé par sa législation nationale. Selon la Cour, les dispositions relatives à l'égalité

[1388] Sur cette question, Cf, GOUTTENOIRE Adeline, Le bénéfice des prestations familiales réservé à certains enfants étrangers, A J Famille, 2012, p. 183.
[1389] MATH Antoine et ISIDRO Lola, Y a-t-il une place pour la préférence nationale dans le droit social ? Revue de droit du travail, 2024, p. 157.
[1390] CJCE, 4 mai 1999, Sürül, aff. C-262/96.

de traitement contenues dans l'accord CEE-Turquie s'opposent à l'exigence d'un titre de séjour particulier en la matière.

Au niveau national, la Cour de cassation a rendu, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, une décision similaire.

En effet, dans un arrêt du 5 avril 2013[1391], la Cour de cassation a jugé contraire à l'article 68 de l'accord euro-méditerranéen la subordination de l'accès des ressortissants desdits États aux prestations familiales à la production du certificat médical délivré par l'Office français de l'intégration et de l'immigration[1392]. Un arrêt similaire a été rendu concernant un membre de la famille d'un travailleur turc. En l'espèce, un travailleur algérien établi en France avait sollicité auprès d'une caisse d'allocation familiale le bénéfice de prestations familiales pour sa fille née en Algérie et entrée en France en dehors de la procédure de regroupement familial. Sa demande a été rejetée par la caisse d'allocations familiales à compter de l'entrée en vigueur de la loi du 19 décembre 2005. Ce rejet a été confirmé par un arrêt de la Cour d'appel de Paris. Dans son pourvoi en cassation, le requérant a invoqué, d'une part, les articles 8 et 14 de la Conv. EDH et 3-1, 26 et 27 de la Convention de New-York et, d'autre part, les articles 68 et 69 de l'accord d'association entre l'Union européenne et l'Algérie. C'est dans ce contexte que la Cour a considéré, d'une part, que le fait de subordonner le versement des prestations familiales à la production d'un document attestant l'entrée régulière des enfants étrangers en France était « justifié par la nécessité dans un État démocratique d'exercer un contrôle des conditions d'accueil des enfants », et ne portait pas « une atteinte disproportionnée au droit à la vie familiale garanti par l'article 8 de la Conv. EDH […] ». Et d'autre part, que le principe de non-discrimination prévu dans les accords euro-méditerranéens s'opposait à une telle exigence. L'idée consiste à dire que les ressortissants des pays concernés accèdent aux prestations familiales dans les mêmes conditions que les ressortissants de l'État membre d'accueil, aucune condition supplémentaire ne peut leur être imposée.

En revanche, aucune disposition des accords de coopération économique entre l'Union et les pays ACP ne prévoit de tel principe. Ainsi, contrairement aux membres de la famille des travailleurs turcs et les ressortissants des pays du Maghreb, l'accès des membres de la famille des travailleurs des pays ACP aux prestations familiales peut être subordonné au respect de la

[1391] Cour de cass, Assemblée plénière, 5 avril 2013, n°11-17.520.
[1392] Cf, GALLMEISTER Inès, Droit aux prestations familiales : principe de non-discrimination en raison de la nationalité, AJ Famille, 2013, p.305.

procédure du regroupement familial, d'une certaine durée de résidence préalable ou à la détention d'un titre de séjour particulier.

Concernant, en second lieu les droits dits « propres », la Cour de justice de l'Union européenne a, dans un arrêt Krid du 5 avril 1995, considéré que le champ d'application personnel du principe d'égalité de traitement contenu dans les accords de coopération n'était pas identique à celui de l'article 2 du règlement 1408/71, et que la jurisprudence qui opère une distinction entre droit propre et droit dérivé n'était pas applicable aux membres de la famille des bénéficiaires de ces accords[1393]. Autrement dit, les membres de la famille des travailleurs turcs et ceux des pays du Maghreb bénéficient de l'égalité de traitement en matière d'accès aux droits autre que ceux liés à leur qualité de membre de la famille. En l'espèce dans l'arrêt Krid, la requérante était la veuve d'un travailleur algérien décédé, qui percevait, à ce titre, une pension de réversion. En raison de l'insuffisance de ses ressources, elle a sollicité le bénéfice de l'allocation supplémentaire du FNS dont la législation française subordonnait le bénéfice à une condition de nationalité ou de convention de réciprocité. Les autorités compétentes avaient rejeté sa demande au motif, d'une part, que la prestation en cause était un droit propre et, d'autre part, qu'il n'y avait pas de convention de réciprocité entre la France et Algérie en la matière. La question était donc de savoir si la requérante pouvait prétendre à la prestation en question sur le fondement de l'accord CEE-Algérie en sa qualité de membre de la famille d'un travailleur algérien. La France soutenait que l'allocation supplémentaire du FNS était un droit propre en application de la jurisprudence Kermaschek. Contrairement à la thèse soutenue par la France, la Cour en se fondant sur l'article 39, paragraphe 1 de l'accord CEE-Algérie, a considéré que la jurisprudence Kermaschek n'était pas transposable dans le cadre cet accord, ainsi qu'il ressort de l'arrêt Kziber. Avant l'arrêt Krid, la Cour avait procédé au même raisonnement dans un arrêt concernant le droit de la fille d'un retraité marocain à l'allocation de chômage pour jeunes demandeurs d'emploi en Belgique.

Ainsi, on s'aperçoit que les membres de la famille des bénéficiaires des accords de coopération avec les pays du Maghreb bénéficiaient d'un régime plus favorable que celui des membres de la famille des citoyens européens. La Cour a ainsi tenté de rectifier cette situation dans son arrêt Cabanis-Issarte du 30 avril 1996, en renforçant la portée du principe d'égalité de traitement en faveur des membres de la famille des citoyens européens. Ce renforcement est passé par une

[1393] CJCE, 5 avril 1995, Krid, aff. C-103/94, point 39 ; CJCE, 3 octobre 1996, Hallouzi-Choho, aff. C-126/95 ; CJCE, 15 janvier 1998, Babahenini, aff. C-113/97.

individualisation[1394] partielle des droits à la protection sociale. En effet, l'individualisation des droits en faveur des membres de la famille du citoyen européen dans l'arrêt Cabanis-Issarte n'est pas complète, car si la Cour a considéré que la distinction droits propres et droit dérivé ne relevait plus des législations nationales, elle ne renonce pas à cette distinction, au contraire, elle la communautarise[1395]. Il convient également de noter que la portée de l'arrêt Cabanis-Issarte n'englobe pas certaines prestations, telles que les prestations de chômage[1396]. Pour confirmer le caractère insuffisant de l'arrêt Cabanis-Issarte, Podromos Madridis affirmait que si « un pas considérable a été franchi avec l'arrêt [en question] [la Cour] a raté l'occasion de déclarer que la règle fondamentale d'égalité devait être considéré comme une exigence autonome et non comme un moyen de parvenir effectivement à la libre circulation[1397] ». Ainsi, le principe d'égalité de traitement en faveur des membres de la famille des citoyens européen trouve son fondement, principalement, dans la volonté européenne de réaliser effectivement la libre circulation des travailleurs ; les mettant ainsi dans une situation moins favorable que ceux de certains ressortissants de pays tiers.

Avec l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, les conditions d'accès des ressortissants des pays tiers aux prestations sociales ne relèvent plus uniquement des législations nationales des États membres et ou des accords d'association et de coopération. Les textes adoptés sur le fondement de ce traité déterminent les conditions d'accès de certaines catégories de ressortissants de pays tiers aux prestations sociales fournies dans les États membres.

Section II. L'accès des ressortissants des pays tiers à la protection sociale depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam

Le traité d'Amsterdam, adopté en 1997 et entrée en vigueur en mai 1999, renforce les compétences de l'Union européenne en matière d'asile et d'immigration. Ces politiques passent du domaine de la coopération entre États membres pour être communautarisées. La communautarisation est perçue comme « une véritable révolution » du traité d'Amsterdam. Les

[1394] KERSCHEN Nicole, Vers une individualisation des droits sociaux : approche européenne et modèle nationaux, Dr. Soc. 2003. 216 « l'individualisation des droits signifie l'abolition de tous les droits dérivés fondés sur la relation de famille, de mariage ou de cohabitation et leur remplacement par des droits propres ».
[1395] CJCE, 30 avril 1996, Cabanis-Issarte, aff. C-308/93, point 31 et suivants « il y a lieu de constater que la distinction entre droits propres et droits dérivés, à laquelle la Cour a eu recours dans ses arrets cités au point 29, peut avoir pour conséquence de porter atteinte à l'exigence fondamentale de l'ordre juridique Communautaire que constitue l'Uniformité d'application de ses règles, en faisant dépendre leur applicabilité aux particuliers de la qualification de droit propre ou de droit dérivé donnée par la législation nationale applicable aux prestation en cause, au regard des particularités du régime interne de sécurité sociale… »
[1396] CJCE, 30 avril 1996, Cabanis-Issarte, aff. C-308/93, point 23 ; CJCE, 25 octobre 2001, Ruhr, aff. C-189/00.
[1397] MAVRIDIS Povromos, La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne, Op. cit P.42.

questions liées au statut d'entrée et de séjour des ressortissants des pays tiers « sont érigées au rang de véritables enjeux et objectifs communautaires »[1398]. En vue de réaliser la communautarisation des questions d'asile et d'immigration, un nouveau titre, intitulé « visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes » fait son apparition dans le traité. Dans ce nouveau titre, figure l'article 63 qui, dans son paragraphe 4, reconnait compétence au Conseil pour adopter des mesures relatives au statut des ressortissants des pays tiers légalement établis dans l'Union. C'est ainsi qu'est intervenu, en octobre 1999, le Conseil de Tampere, avec la promesse d'un « traitement équitable » en faveur des ressortissants des pays tiers qui résident légalement dans un État membre de l'Union. Sur le fondement de ses nouvelles compétences, les institutions européennes ont procédé à l'adoption de nouvelles mesures visant à reconnaitre des droits, notamment sociaux, en faveur de certaines catégories d'étrangers.

Conformément à la promesse de Tampere et sur le fondement de leurs nouvelles compétences, les institutions législatives européennes ont adopté des directives visant à rapprocher le statut social des étrangers à celui des citoyens de l'Union, en leur reconnaissant, à certaines conditions, l'égalité de traitement en matière de protection sociale, et ce, en l'absence de toute situation de mobilité intra-européenne (paragraphe I). Progressivement, les règles relatives à la coordination des régimes légaux de sécurité sociale ont été étendues à ceux parmi eux qui étaient exclus du bénéfice de la coordination en raison uniquement de leur nationalité[1399] (paragraphe II).

§ I. La reconnaissance de l'égalité de traitement dans le premier État membre d'accueil

Certaines directives européennes adoptées sur le fondement de l'article 63, paragraphe 4, du traité d'Amsterdam constituent des avancées considérables du statut social des ressortissants des pays tiers en ce qu'elles prévoient, en leur faveur, un principe de non-discrimination, et ce, en l'absence de toute situation de mobilité intra-européenne. Ces directives posent un principe non absolu de non-discrimination en faveur de certaines catégories de ressortissants de pays tiers (A). Les dispositions de ces directives prévoient également des possibilités de déroger à

[1398] MARMISSE Anne, D'ARRAST D'abbadie, Espace de liberté, de sécurité et de justice : émergence de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, répertoire du droit européenn avril 2017.
[1399] Cf, le Règlement CE, 859/2003.

l'égalité de traitement. Mais ces possibilités de dérogation ont fait l'objet d'une interprétation restrictive de la part de la Cour de justice de l'Union européenne (B).

A. La reconnaissance textuelle d'un principe non absolu d'égalité de traitement en faveur de certains ressortissants de pays tiers

Les directives adoptées sur le fondement de l'article 63, paragraphe 4, du traité d'Amsterdam prévoient l'égalité de traitement en faveur des ressortissants de pays tiers titulaires d'un statut protégé par le droit de l'Union. Il s'agit principalement de quatre catégories d'étrangers : les résidents de longue durée, les travailleurs hautement qualifiés, les bénéficiaires d'une forme de protection internationale et les titulaires du permis unique. Les raisons de la reconnaissance de l'égalité de traitement en faveur de ces catégories d'étrangers varient selon les objectifs de l'Union.

S'agissant des résidents de longue durée, l'égalité de traitement puise sa source dans la directive 2003/109, dont l'article 11, paragraphe 1, prévoit qu'ils bénéficient de l'égalité de traitement en ce qui concerne la sécurité sociale, l'aide sociale et la protection sociale telles qu'elles sont définies par la législation nationale de l'État membre d'accueil[1400]. Toutefois, le paragraphe 2 du même article prévoit une dérogation en considérant qu'en matière d'aide sociale et de protection sociale, les États membres peuvent limiter l'égalité de traitement aux prestations dites essentielles. Autrement dit, alors que les résidents de longue durée bénéficient d'une égalité absolue de traitement avec les nationaux de l'État membre d'accueil en matière de sécurité sociale, l'État membre concerné peut, en matière d'aide sociale et de protection sociale, limiter l'égalité de traitement aux « prestations essentielles ». Le considérant 13 de la directive 2003/109 retient une conception large de la notion de prestation essentielle en y incluant « le revenu minimal de subsistance, l'aide en cas de maladie ou de grossesse, l'aide parentale et les soins de longue durée ». Ainsi, dans tous ces domaines, les résidents de longue durée bénéficient de l'égalité de traitement avec les nationaux de l'État membre d'accueil. Cette faveur à l'endroit des résidents de longue durée a un double objectif[1401] : encourager leur intégration dans la société de l'État membre d'accueil mais aussi et surtout récompenser cette intégration. Comme l'écrit Julie Rondu « dans le système de la directive sur le statut des résidents de longue durée, le principe d'égalité de traitement avec les nationaux est une forme

[1400] OMARJEE Ismael, Manuel de droit européen de la protection sociale, Op. cit.
[1401] RONDU Julie, L'intégration des résidents de longue durée, entre droit aux prestations sociales et interprétation stricte du champ d'application du droit de l'Union, R.A.E- L.EA. 2012/2, P.415.

de récompense de l'intégration dans la société de l'État d'accueil, puisque l'obtention du statut nécessite d'avoir tissé des liens étroits avec celle-ci. Il est surtout conçu comme un moyen au service d'une intégration encore davantage approfondie des résidents de longue durée, dans une logique de cercle vertueux. L'intégration s'avère ainsi à la fois finalité et condition de l'accès aux droits »[1402].

Enfin, dans le cadre de la directive 2003/109, le résident de longue durée bénéfice de l'égalité de traitement au regard du national de l'État membre d'accueil et non au regard du citoyen européen établi dans cet État membre. Selon Morgan SWEENEY, le choix de la comparaison avec le national et non le citoyen européen mobile est justifié par la volonté européenne de valoriser l'intégration du résident de longue durée dans la société de l'État membre d'accueil[1403].

S'agissant des travailleurs hautement qualifiés, l'article 14, paragraphe 1, e, de la directive 2009/50 prévoit l'égalité de traitement en faveur des ressortissants des pays tiers titulaire de ce statut en ce qui concerne « les dispositions des législations nationales concernant les branches de sécurité sociale, telles qu'elles sont définies dans le règlement CEE n° 1408/71 ». Il résulte de cette disposition que, contrairement aux résidents de longue durée, le droit de l'Union n'exige l'égalité de traitement en faveur des travailleurs hautement qualifiés que dans les branches de la sécurité sociale telles que définies par le règlement 1408/71. Leurs conditions d'accès à l'aide sociale relève de la compétence des États membres. La directive vise à attirer les talents en provenance des pays tirs.

Concernant les bénéficiaires de la protection internationale, l'article 29 de la directive 2011/95, intitulé protection sociale, dispose que « les États membres veillent à ce que les bénéficiaires d'une protection internationale reçoivent, dans l'État membre ayant octroyé ladite protection, la même assistance sociale nécessaire que celle prévue pour les ressortissants de cet État membre ». En effet, cette disposition prévoit une égalité de traitement en matière d'assistance sociale.

Enfin, aux termes de l'article 12 de la directive 2011/98, les titulaires du permis unique bénéficient de l'égalité de traitement avec les nationaux de l'État membre d'accueil en ce qui concerne les branches de la sécurité sociale, l'accès aux biens et aux services. Cette égalité de

[1402] Ibid.
[1403] SWEENEY Morgan, L'intégration sociale des ressortissants d'États tiers de l'Union européenne, R.A.E-L.E.A 2013/4, P. 677.

traitement n'est pas non plus absolue, dans la mesure où elle peut être limitée aux ressortissants de pays tiers qui occupent ou ont occupé un emploi et qui sont inscrits comme chômeurs. Autrement dit, les États membres n'ont l'obligation d'assurer l'égalité de traitement en faveur des titulaires du permis unique que lorsque ces derniers appartiennent ou ont déjà appartenu au marché du travail.

Toutes ces directives ont un objectif commun, c'est-à-dire promouvoir l'intégration des ressortissants des pays tiers régulièrement établis dans l'Union ; ainsi, elles s'inscrivent dans les objectifs de Tampere. Toutefois, les droits varient en fonction des catégories.

Les possibilités de dérogation contenues dans ces directives ont également fait l'objet d'une interprétation restrictive de la part de la Cour de justice de l'Union européenne.

B. Une interprétation restrictive des dérogations textuelles par la Cour de justice

Si les directives précédemment évoquées prévoient l'égalité de traitement en faveur de certains ressortissants des pays tiers, elles prévoient aussi des possibilités de dérogations à ce principe. Ces possibilités de dérogation ont fait l'objet d'une interprétation restrictive par la Cour de justice, notamment à l'égard des résidents de longue durée.

La Cour a procédé à une première interprétation restrictive des dérogations dans un arrêt crucial du 24 avril 2012[1404]. En l'espèce, les autorités italiennes avaient refusé à un ressortissant albanais, résident de longue durée, une aide au logement, qualifiée d'aide sociale en Italie. Ce refus était motivé par le fait que le budget alloué aux ressortissants de pays tiers, moins important que celui alloué aux citoyens de l'Union, était épuisé. La question était donc de savoir si le principe d'égalité de traitement prévu par la directive 2003/109 s'opposait à une à une telle réglementation nationale. Comme précédemment expliqué, le paragraphe 4, de l'article 11 de la directive permet aux États membres de déroger à l'égalité de traitement en matière d'aide sociale et de protection sociale, dès lors que la prestation en question n'est pas qualifiée de « prestation essentielle », étant entendu que la qualification de prestations essentielles relève, en principe, de la législation nationale. Toutefois, la Cour a, sur le fondement de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, procédé à une interprétation restrictive de la marge d'appréciation textuellement reconnue aux États membres.

[1404] CJUE, 24 avril 2012, Kamberaj, aff. C-571/10.

Dans un premier temps, elle rappelle que la directive 2003/109 renvoie aux législations nationales pour définir les notions de « sécurité sociale, d'aide sociale et de protection sociale » ; qu'il ne lui appartient pas de donner aux termes concernés une définition autonome et uniforme au titre du droit de l'Union, qu'un tel renvoi implique que le législateur de l'Union a voulu respecter les différences qui subsistent entre les États membres quant à la définition et la portée des notions concernées. Dans un second temps, elle ajoute que l'absence de définition autonome et uniforme, au titre du droit de l'Union, des notions de sécurité sociale, d'aide sociale et de protection sociale et le renvoi au droit national n'implique pas que les États membres puissent porter atteinte à l'effet utile de la directive lors de l'application du principe d'égalité de traitement. Autrement dit, si les notions de sécurité sociale, d'aide sociale et de protection sociale relèvent du droit national, la définition nationale doit respecter l'effet utile de la directive. En outre, conformément au considérant 3 de la directive, la Cour considère qu'« en déterminant les mesures de sécurité sociale, d'aide sociale et de protection sociale définies par les législation nationale et soumises au principe d'égalité de traitement consacré à l'article 11, paragraphe 1, sous d, de la directive 2003/109, les États membres doivent respecter les droits et observer les principes prévus par la charte, notamment ceux énoncés à l'article 34 de celui-ci ». En ce sens, l'effet utile de la directive et l'article 34 de la charte des droits fondamentaux de l'Union permettent d'étendre la notion de « prestations essentielles » à des notions qui n'étaient pas initialement prévues par la directive. Aussi, la Cour met en place une sorte de clause de stand still en considérant qu'une autorité publique ne peut invoquer la dérogation à l'égalité de traitement prévue à l'article 11, paragraphe 4, de la directive 2003/109 « que si les instances compétentes dans l'État membre concerné pour la mise en œuvre de cette directive ont clairement exprimé qu'elles entendaient se prévaloir de cette dérogation »[1405]. Pour affirmer l'interprétation restrictive des dérogations prévues à l'article 11, paragraphe 4, de la directive 2003/109, Morgan Sweeney écrit que « la jurisprudence de la Cour de justice permet la plus grande égalisation des droits des résidents de longue durée en limitant les marges d'appréciation des autorités nationales. La limite apportée par la Cour est double. Tout d'abord, elle limite la liberté de définition des droits entrant dans le champ de l'égalisation en opposant la charte des droits fondamentaux aux États membres. Ensuite, elle insiste sur l'exigence procédurale relative à la nécessité d'informer les institutions européennes de son intention d'exercer le droit de dérogation ouvert par la directive. Ainsi, la Cour vise-t-elle à assurer

[1405] CJUE, 24 avril 2012, Kamberaj, aff. C-571/10, point 87.

l'effectivité de l'objectif premier de la directive : assurer la meilleure intégration possible du ressortissant d'État tiers sur le territoire national »[1406].

Cette solution a été précisée et consolidée dans un arrêt récent du 10 juin 2021[1407], dans lequel la Cour a considéré que l'article 11, paragraphe 1, sous d, de la directive 2003/109 s'oppose, même lorsqu'il a été fait usage de la faculté d'appliquer la dérogation prévue à l'article 11, paragraphe 4, à la réglementation nationale qui subordonne l'octroi d'une aide au logement en faveur des résidents de longue durée à la condition que ceux-ci apportent la preuve, d'une manière déterminée par cette réglementation, qu'ils possèdent les connaissances de base de la langue de cet État membre, dès lors que l'aide au logement est qualifiée de prestations essentielles[1408]. Ainsi, en tant que dérogation au principe fondamental de l'égalité de traitement, l'article 11, paragraphe 4 est interprété de manière restrictive par la Cour de justice. La notion de « prestations essentielles » est définie de manière extensive, « à la lumière de l'objectif d'intégration poursuivi par la directive, et de l'article 34, paragraphe 3, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, selon lequel l'Union reconnait et respecte le droit à une aide sociale et une aide au logement, destinée à assurer une existence digne aux personnes ne disposant pas de ressources suffisantes »[1409].

L'égalité de traitement en faveur des ressortissants de pays tiers titulaires d'un permis unique a également fait l'objet d'une interprétation favorable aux intéressés dans un arrêt du 21 juin 2017[1410]. En l'espèce, une ressortissante d'un État tiers, titulaire d'un permis unique de travail et mère de trois ans, avait sollicité l'attribution de l'ANF (allocation en faveur des ménages ayant au moins 3 ans mineurs), laquelle lui a été refusée au motif que la législation italienne subordonnait le bénéfice de cette allocation à une résidence légale de 5 ans en Italie ou à la justification d'un permis de résident de longue durée. La requérante a considéré que ce refus était contraire à l'article 12 de la directive 2011/98 qui prévoit l'égalité de traitement dans certains domaines, notamment, dans les branches de la sécurité sociale. C'est dans ce cadre que la question a été posée à la Cour de savoir si une législation nationale qui exclut du bénéfice de l'ANF les ressortissants de pays tiers titulaires d'un permis unique de travail était conforme à l'article 12 de la directive 2011/98. La Cour a procédé en deux temps. En premier lieu, elle a

[1406] SWEENEY Morgan, L'intégration sociale des ressortissants d'États tiers de l'Union européenne, R.A.E-L.E.A 2013/4, P. 677
[1407] CJUE, 10 juin 2021, aff. C-94/20.
[1408] CJUE, 10 juin 2021, aff. C-94/20, point 49.
[1409] RONDU Julie, L'intégration des résidents de longue durée, entre droits aux prestations sociales et interprétations stricte du champ d'application du droit de l'Union, R.A.E- L.E.A 2012/2, P.415.
[1410] CJUE, 21 juin 2017, Martinez Silva, aff. C-449/16.

vérifié si la prestation en cause était une prestation de sécurité sociale ou une prestation d'assistance sociale. Selon elle, il s'agissait bien d'une prestation de sécurité sociale, car elle était octroyée aux bénéficiaires qui remplissaient les conditions d'attribution définies par la législation nationale, et était attribuée en dehors de toute appréciation individuelle et discrétionnaire des besoins personnels du demandeur[1411]. Ainsi, en tant que prestations de sécurité sociale, les États membres ne peuvent exclure les titulaires du permis unique du bénéfice de cette prestation que dans les conditions définies par la directive[1412]. En la matière, en vue de protéger les titulaires du permis unique, la Cour procède à une interprétation extensive de la notion de prestation de sécurité sociale[1413].

S'agissant des bénéficiaires d'une protection internationale, ces derniers bénéficient de l'égalité de traitement en matière d'assistance sociale[1414]. La Cour adopte également une conception extensive de la notion d'assistance sociale en considérant que « si la directive n'apporte aucune précision quant aux prestations que devraient recevoir les bénéficiaires de l'assistance sociale au titre de l'article 29 de celle-ci, il ressort d'une jurisprudence constate que la notion de prestations d'assistance sociale fait référence à l'ensemble des régimes d'aides institués par les autorités publiques, que ce soit au niveau national, régional ou local, auxquels a recours un individu qui ne dispose pas de ressources pour faire face à ses besoins élémentaires ainsi qu'à ceux de sa famille »[1415].

Enfin, les catégories d'étrangers protégés par le droit de l'Union bénéficient d'une égalité d'accès aux biens et aux services. Lorsqu'une prestation n'est pas qualifiée de « prestation de sécurité sociale, d'aide sociale ou d'assistance d'assistance », elle peut relever de l'accès aux biens et aux services. Ce fut le cas notamment dans l'arrêt ASGI du 28 octobre 2021[1416].

[1411] CJUE, 21 juin 2017, Martinez Silva, aff. C-449/16, point 24.
[1412] CJUE, 21 juin 2017, Martinez Silva, aff. C-449/16, point 28, « Toutefois, en vertu de l'article 12, paragraphe 2, sous b), premier alinéa, de la directive 2011/98, les États membres peuvent limiter les droits conférés au titre de l'article 12, paragraphe 1, sous e), de cette directive aux travailleurs issus de pays tiers, sauf à l'égard de ceux qui occupent un emploi ou qui ont occupé un emploi pendant une période minimale de six mois et qui sont inscrits comme chômeurs. En outre, conformément à l'article 12, paragraphe 2, sous b), second alinéa, de ladite directive, les États membres peuvent décider que l'article 12, paragraphe 1, sous e), de celle-ci, relatif aux prestations familiales, ne s'applique pas aux ressortissants de pays tiers qui ont été autorisés à travailler sur le territoire d'un État membre pour une période ne dépassant pas six mois ainsi qu'aux ressortissants de pays tiers qui ont été admis à séjourner sur ce territoire afin de poursuivre des études ou aux ressortissants de pays tiers qui sont autorisés à y travailler sous couvert d'un visa » ; CJUE, 25 novembre 2020, WS, aff. C-302/19.
[1413] Cf, notamment, CJUE, 2 septembre 2021, aff. C-350/20.
[1414] Article 29 de la directive 2011/95.
[1415] CJUE, 28 octobre 2021, ASGI, aff. C-462/20.
[1416] CJUE, 28 octobre 2021, ASGI, aff. C- 462/20.

Ainsi, s'il apparait clairement que la Cour de justice de l'Union européenne a, à travers sa jurisprudence, contribué à une amélioration notable du statut social des ressortissants des pays tiers légalement établis dans l'Union, il n'est pas non plus contesté que les droits varient en fonction des catégories.

Le deuxième volet de l'amélioration du statut social des ressortissants des pays tiers résulte de leur inclusion dans le champ d'application du règlement de coordination des régimes nationaux de sécurité sociale.

§ II. L'extension du règlement de coordination aux ressortissants des pays tiers

Avant 2003, certains ressortissants de pays tiers étaient exclus du champ d'application de la coordination des régimes nationaux de sécurité sociale. Les étrangers exclus ne pouvaient revendiquer le bénéfice d'aucun des principes de la coordination. « Cette exclusion, qui parait aujourd'hui aussi malaisée qu'inacceptable, était considérée pendant plus de quarante ans comme tout à fait normal »[1417]. Elle a été, à plusieurs reprises, confirmée par la Cour de justice.

Il a fallu attendre les règlements 859/2003 du 14 mai 2003 et 1231/2010 du 24 novembre 2010 pour que les étrangers non membres de la famille d'un citoyen en situation de mobilité et non bénéficiaires d'un accord d'association soient finalement inclus dans le champ d'application personnel des règlements de coordination.

Si leur inclusion dans le champ d'application personnel des règlements de coordination a indéniablement contribué à l'amélioration de leur statut social (A), il convient toutefois de noter qu'elle présente encore des lacunes (B).

A. Le statut social amélioré des ressortissants des pays tiers depuis l'extension du règlement de coordination aux ressortissants des pays tiers

L'extension des règlements de coordination aux ressortissants des pays tiers se traduit par la possibilité pour ces derniers de revendiquer le bénéfice des quatre principes de ladite coordination (l'unicité de la loi applicable, la totalisation des périodes d'assurance,

[1417] MAVRIDIS Prodromos, Union européenne : un prix Nobel de la protection sociale des ressortissants des pays tiers ? Revue du droit du travail, 2012, P.719.

l'exportabilité des prestations, et l'égalité de traitement) au même titre que les ressortissants des États membres[1418].

L'extension de la coordination aux ressortissants des États tiers correspond à la volonté de les traiter équitablement conformément aux promesses du Conseil européen de Tampere. Aux termes du considérant 1 du règlement 859/2003, l'extension tend à offrir aux ressortissants des pays tiers des droits et obligations comparables à ceux des citoyens de l'Union, à favoriser la non-discrimination dans la vie économique, sociale et culturelle, et à rapprocher leur statut juridique à celui des citoyens de l'Union[1419]. Au souci de justice envers les ressortissants des pays tiers, s'ajoutent des raisons pratiques. En effet, aux termes du considérant 8 du règlement 859/2003, l'exclusion des étrangers du champ d'application de la coordination « était une source de complexités juridiques et administratives » gênantes non seulement pour les étrangers, mais aussi pour leurs employeurs et les organismes de sécurité sociale[1420].

Elle est subordonnée à une double condition. Il faut, d'une part, que l'étranger concerné réside légalement dans un État membre et, d'autre part, que sa situation se rattache au droit de l'Union[1421].

La Cour a récemment eu l'opportunité de préciser la notion de « résidence légale » dans un arrêt du 24 janvier 2019[1422]. En l'espèce, les requérants, ressortissants de pays tiers, étaient employés par une entreprise néerlandaise qui organise, entre les mois d'octobre et de mai de chaque année, des spectacles de patinage sur glace dans différents pays, dont certains États membres. Les patineurs, ressortissants de pays tiers, séjournent tous légalement aux Pays-Bas pendant la période d'entrainement, et un permis de travail leur est délivré pour la période concernée. Ils sont également en séjour légal dans les autres États membres ou les représentations sont assurées en vertu d'un visa Schengen. Les autorités néerlandaises qui délivraient aux ressortissants des pays tiers des certificats A1, attestant que la législation néerlandaise en matière de sécurité sociale leur était applicable et que le paiement des cotisations obligatoires avait également lieu aux Pays-Bas, ont refusé de délivrer ledit certificat pour une partie de la saison 2015/2016. Selon les autorités néerlandaises, les requérant, en raison du caractère

[1418] Sur les principes de la coordination Cf, OMARJEE Ismaël, Manuel de droit européen de la protection sociale, 2ème édition, Bruylant, 2021, p. 156 et suivants.
[1419] Considérant 1 du règlement 859/2003 du Conseil du 14 mai 2003 ; visant à étendre les dispositions du règlement n°1408/71 et du règlement n°574/72 aux ressortissants de pays tiers qui ne sont pas déjà couverts par ces dispositions uniquement en raison de leur nationalité.
[1420] Considérant 8 du règlement 859/2003.
[1421] OMARJEE Ismaël, Manuel de droit européen de la protection sociale, Bruylant, 2021, p. 184.
[1422] CJUE, 24 janvier 2019, Balandin, aff. C-477/17.

temporaire de leur séjour, ne pouvaient pas invoquer le bénéfice de l'article 1er du règlement 1231/2010. C'est dans ces conditions que la question a été posée à la Cour de savoir si ledit article 1er doit être interprété en ce que les ressortissants de pays tiers qui séjournent et travaillent temporairement dans différents États membres de l'Union au service d'un employeur établi dans un État membre peuvent invoquer le bénéfice des règles de coordination. Autrement dit, un ressortissant d'un État tiers séjournant et travaillant temporairement dans plusieurs État membres peut-il prétendre au bénéfice des règles de coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale ? En réponse, la Cour a considéré, pour reprendre les termes utilisés par Ismael Omarjee, que « distincte de la notion de résidence au sens de l'article 1er j, du règlement n° 883/2004, la notion de résidence légale applicable aux [ressortissants de pays tiers] devait s'apprécier moins au regard de la durée de leur présence sur le territoire d'un État qu'au regard de la régularité de cette présence. En conséquence, le fait qu'ils conservent le lien avec le centre habituel de leurs intérêts dans un pays tiers n'est pas déterminant, en tant que tel, en vue d'établir s'ils résident légalement sur le territoire d'un État membre, au sens de l'article 1er du règlement 1231/2010 [1423]». Ainsi, on peut noter que la notion de résidence légale n'est pas la même en droit de l'Union et en droit interne français.

De cette exigence de régularité de séjour, Lola Isidro remarque une différence de traitement entre citoyen de l'Union et ressortissant de pays tiers en considérant qu'elle « tranche avec l'absence d'exigence similaire vis-à-vis des citoyens de l'Union » ; et ajoute qu'en « effet, dans le texte du règlement, nulle obligation [pour les citoyens de l'Union] de répondre aux conditions du droit de séjour, telles que prévues aujourd'hui par la directive 2004/38, pour bénéficier de la coordination ». En effet, la condition de régularité de séjour n'est imposée qu'aux citoyens économiquement non actifs et uniquement en matière de prestation spéciale à caractère non contributif.

Dès lors qu'un ressortissant de pays tiers légalement établit dans un État membre remplit les conditions précédemment évoquées, il peut se prévoir des principes de la coordination.

Si l'extension du règlement de coordination aux ressortissants des pays tiers a sans doute contribué à l'amélioration de leur statut social, il convient de noter que cette extension est encore lacunaire.

[1423]OMARJEE Ismaël, Manuel de droit européen de la protection sociale, Op. cit.

B. Les limites de l'extension de la coordination aux ressortissants de pays tiers

Lola Isidro qualifie l'extension du règlement de coordination aux ressortissants de pays tiers de « résiduelle ». Selon elle, « l'extension du règlement de coordination aux ressortissants de pays tiers peut être considérée comme résiduelle dans un double sens. Elle est résiduelle car elle se présente comme subsidiaire, à défaut de couverture par d'autres instruments du droit de l'Union. Elle pourrait être également vue comme résiduelle dans la mesure où les ressortissants d'États tiers sont bien moins à même de pouvoir remplir une condition essentielle d'application du règlement, à savoir sur la mobilité intra-européenne ». En effet, l'étranger concerné doit résider légalement dans un État membre et avoir circulé à l'intérieur de l'Union. Or, la mobilité intra-européenne de la grande majorité des ressortissants des pays tiers est soumise à des conditions drastiques[1424]. S'il est vrai que les réfugiés ont été, dès l'origine, inclus dans le champ d'application du règlement de coordination[1425], ils ne peuvent invoquer le bénéfice dudit règlement que si leur situation se rattache au droit de l'Union[1426], c'est-à-dire, que s'ils sont en situation de mobilité intra-européenne. Autrement dit, le règlement de coordination n'est pas applicable au travailleur réfugié ou apatride et aux membres de sa famille qui ont immigré dans l'Union directement au départ d'un État tiers[1427]. Cette exigence a fait l'objet d'un certain nombre de critique. Dans le sens de la critique, Jean Yves Carlier écrivait que « faut-il exiger du réfugié et de l'apatride qui ont fui leur pays d'origine, ont été reconnu réfugié ou apatride dans un État membre de l'Union, qu'ils se rendent dans un autre État membre de l'Union pour bénéficier du droit communautaire[1428]. Selon Podromos Mavridis, la Cour aurait dû considérer que l'élément international existait dès lors que les réfugiés ou les apatrides ont franchi une frontière extérieure. L'exigence de la condition de mobilité intra-européenne vis-à-vis des réfugiés et des apatrides semble remettre en cause la raison principale de l'inclusion de ces étrangers dans le champ d'application de la coordination, à savoir la spécificité de leur statut.

En outre, ni le règlement 859/2003 ni le règlement 1231/2010 ne prévoit expressément l'exportation des prestations vers un pays tiers[1429].

[1424] Voir le premier chapitre du titre II, partie II.
[1425] Article 2 du règlement 1408/71.
[1426] CJCE, 11 octobre 2001, Khalil, aff. C-95/99
[1427] CJCE, 11 octobre 2001, Khalil, aff. C-95/99.
[1428] Jean Yves Carlier, la libre circulation des personnes dans l'Union européenne, JTDE, 2002, chronique 65.
[1429] MAVRIDIS Podromos, Union européenne : un prix Nobel de protection sociale des ressortissants pays tiers ?, revue de droit du travail, 2012, p. 719.

En définitive, il convient de noter que malgré l'existence de certaines lacunes, l'extension du règlement de coordination aux ressortissants de pays tiers a permis d'améliorer considérablement leur statut.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

Des considérations liées aux droits fondamentaux et l'émergence de la compétence de l'Union en matière d'asile et d'immigration ont eu des conséquences positives sur l'accès des ressortissants des pays tiers aux prestations sociales servies dans les États membres. En la matière, les législations nationales, notamment françaises, se caractérisaient, à l'origine, par une discrimination fondée sur la nationalité. Les étrangers étaient considérés comme extérieurs à la solidarité, fondement de la protection sociale.

Vis-à-vis des ressortissants des pays tiers, les discriminations fondées sur la nationalité ont progressivement été « chassées »[1430], d'abord, par la logique des droits de l'homme, ensuite, par la construction économique européenne. Dans les années 1990, le Conseil constitutionnel a jugé contraire au principe constitutionnel d'égalité l'exclusion des étrangers du bénéfice des prestations sociale en raison de leur nationalité. La condition de nationalité étant contraire jugée à la constitution, a été substituée à cette première condition, celle de la résidence régulière et stable.

De son côté, la Cour. EDH a également jugé le critère de nationalité contraire à l'article 14 de la Conv.EDH combiné à l'article 1er du premier protocole additionnel.

Quant au droit de l'Union, l'éviction du critère de nationalité a été faite par étape et par catégorie d'étrangers. Dans un premier, en vue de favoriser la mobilité des citoyens européen, on a reconnu un statut social favorable aux membres de leur famille, et ce, quelle que soit leur nationalité. Ensuite, les accords d'association et ou de coopération conclus entre l'Union et des États tiers ont consacrés des droits en faveur des ressortissants desdits États tiers. Toutefois, les droits reconnus aux intéressées varient d'un accord à l'autre.

Enfin, depuis le traité d'Amsterdam et conformément aux promesses du Conseil européen de Tampere de favoriser l'intégration des ressortissants des pays tiers en séjour régulier dans les États membre de l'Union, plusieurs catégories de ressortissants de pays tiers peuvent prétendre à l'égalité de traitement avec les nationaux de l'État membre d'accueil en matière d'accès aux prestations de sécurité sociale.

[1430] ISIDRO Lola, L'étranger et la protection sociale, Dalloz, 2017, p. 114.

TITRE II.
LE STATUT JURIDIQUE DES IRREGULIERS ETABLIS DANS L'UNION

Face à l'évolution des flux migratoires internationaux, les États victimes de la crise économique des années 1970, qui avaient auparavant des législations plutôt souples en matière d'entrée et de séjour des étrangers, ont entendu mettre fin à l'immigration de travail en durcissant les conditions d'entrée et de séjour[1431]. Dans ce contexte de lutte contre l'immigration de travail, les seules voies d'accès au territoire des États occidentaux industrialisés étaient le regroupement familial et la protection internationale.

En dépit du durcissement des conditions d'entrée et de séjour, certains étrangers parvenaient à s'établir dans les États membres de l'Union en toute clandestinité. Quentin Urban a établi une typologie des situations d'irrégularité de séjour[1432]. Le sort de l'irrégulier relevait de la législation de l'État sur le territoire duquel il s'était illégalement établi.

Si au début de la construction européenne, les questions relatives à l'immigration clandestine et au séjour irrégulier relevaient de la compétence exclusive des États membres, ces questions ont progressivement fait leur entrée dans le projet européen à travers les préoccupations relavant de la sécurité intérieure[1433]. L'intervention de l'Union en la matière s'explique par la suppression des frontières intérieures annoncées dans le milieu des années 1980 par le processus Schengen et l'acte Unique européen. En effet, l'intervention de l'Union en la matière trouve sa justification dans la connexité entre les questions migratoires et des préoccupations sécuritaires[1434]. L'idée consiste à éviter que la suppression des frontières intérieures n'entraine un accroissement des flux migratoires. La corrélation ainsi établie entre l'immigration et la sécurité intérieure a abouti, dans un premier temps, à une coordination des politiques nationales répressives contre le séjour irrégulier. L'action de l'Union était ainsi limitée à soutenir les politiques nationales de lutte contre l'immigration irrégulière à travers un soutien financier et

[1431] Cf, notamment, URBAN Quentin, L'étranger en situation irrégulière, Thèse de doctorat en Droit de l'Université Paris Nanterre, Tome 1 et 2, 1991, « beaucoup d'États victimes de graves déséquilibres économiques et politiques depuis les années 1960, ont réagi très brutalement à la croissance des flux migratoires et à l'installation de nouveaux immigrants sur leur territoire ; des lois et des mesures administratives très stricts ont fermé la porte à certaines catégories d'étrangers, comme les travailleurs salariés ».
[1432] Ibid.
[1433] Denis Duez, L'Union européenne et l'immigration clandestine : de la sécurité intérieure à la construction de la Communauté politique, Bruxelles, édition de l'Université de Bruxelles, 2008, p. 76.
[1434] Ibid.

la coopération administrative[1435]. Ainsi, les textes adoptés au niveau de l'Union se limitaient à coordonner l'action des États membres en matière de retour des étrangers en situation irrégulière. Toutefois, en vue d'encadrer l'approche répressive des États en la matière, a été adoptée le 16 décembre 2008 une directive « relative aux normes communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier ». Cette directive a pour objectif non seulement la mise en place d'une politique efficace d'éloignement et de rapatriement basée sur des normes communes, mais aussi que l'éloignement soit effectuée dans le cadre du respect des droits fondamentaux des intéressés[1436]. Ainsi, l'approche répressive nationale du séjour irrégulier a été partiellement encadrée par des normes européennes. Cet encadrement s'explique par l'attachement de l'Union à la protection de certaines valeurs[1437]. Comme l'écrit Marie Joelle Rodor-Fichot « si le droit [de l'Union européenne] s'intéresse au séjour des migrants irréguliers sur le territoire des États membres […], c'est le plus souvent de façon indirecte soit comme un élément de la lutte contre l'entrée [et le séjour] des clandestins dans l'Union européenne, soit pour tenir compte des droits fondamentaux des personnes en situation irrégulière auxquels les politiques répressives en matière d'immigration peuvent porter atteinte[1438] ».

L'étude du statut juridique des étrangers en situation irrégulière dans l'Union nécessite donc d'articuler deux objectifs opposés : la lutte contre l'entrée et le séjour irrégulier[1439] et la protection des droits fondamentaux des intéressés.

En effet, si dès la signature du traité de Maastricht les questions relatives à la lutte contre l'immigration irrégulière et le séjour irrégulier ont été qualifiée de « question d'intérêt commun[1440] », dans le cadre de la coopération inter-gouvernementale, l'éloignement des étrangers a longtemps été régi par des législations nationales. En outre, malgré la communautarisation des questions migratoires par le traité d'Amsterdam, les États membres

[1435]JULIEN-LAFERRIERE François, JOUANT Nathalie, L'éloignement des ressortissants des pays tiers, in JULIEN-LAFERRIERE François, LABAYKE Henri, EDSTROM Orjan, La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq après le traité d'Amsterdam, Bruylant, 2005, P. 203-252

[1436] Considérant 2 de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil 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.

[1437] Article 2 TUE « l'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que le respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ».

[1438] REDOR-FICHOT Marie-joelle , *Rapport introductif* , in Stéphane Leclerc (dir), Europe (s), droit (s), et migrant irrégulier, Bruxelles, Bruylant, 2012, p.63.

[1439] DUEZ Dénis, L'Union européenne et l'immigration clandestine : de la sécurité intérieure à la construction de la communauté politique, édition des Universités de Bruxelles.

[1440] Article K 1, point 3 du traité de Maastricht.

sont restés longtemps les maitres du jeu de la détermination du statut juridique des étrangers en situation irrégulière. De la même manière, si aux termes de l'article 63, paragraphe 3, b TCE, « le Conseil est habilité à prendre des mesures communautaires relatives à la politique d'immigration, notamment en matière d'immigration clandestine, de séjour irrégulier, y compris le rapatriement de ressortissants de pays tiers[1441] », à l'analyse, les mesures adoptées sur le fondement de cette disposition étaient plus coopératives qu'harmonisatrices. Ainsi, l'intervention de l'Union en la matière « [paraissait] avoir pour principale justification l'efficacité du droit communautaire opposée à la paralysie qu' [engendrait] la juxtaposition de systèmes juridiques nationaux et à l'insuffisance dont a fait preuve la coopération intergouvernementale[1442] ».

Il résulte de l'analyse du droit positif européen que la volonté étatique de réprimer le séjour irrégulier des ressortissants des pays tiers dans leur territoire a longtemps empêché l'adoption de normes véritablement communes malgré la compétence normative que dispose l'Union en la matière[1443]. Il convient toutefois de noter que la recherche de l'efficacité et l'attachement de l'Union au respect des droits fondamentaux ont finalement eu pour résultat l'adoption de normes communes relatives au retour des ressortissants des pays tiers en séjour irrégulier dans les États membres[1444]. Outre les questions relatives au retour des ressortissants des pays tiers en séjour irrégulier dans les États membres, la politique européenne de lutte contre l'immigration irrégulière se traduit également par l'élimination des facteurs considérés comme attractifs[1445], c'est-à-dire, la possibilité de trouver de l'emploi et l'accès aux droits sociaux. Ainsi, la politique européenne de lutte contre l'immigration clandestine et le séjour irrégulier est principalement orientée vers la répression, encadrée par une conception minimaliste des droits fondamentaux[1446] (Chapitre I).

[1441] Article 63, paragraphe 3, b, TCE.
[1442] Ibid.
[1443] En application de l'article 63, paragraphe 3, b du TCE, l'Union dispose d'une compétence normative en matière de lutte contre l'immigration clandestine et le séjour irrégulier.
[1444] Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil 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.
[1445] Considérant 2, de la directive 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil, « l'un des facteurs d'attraction essentiels de l'immigration illégale dans l'Union est la possibilité de trouver du travail dans l'Union sans détenir le statut juridique requis. L'action visant à lutter contre l'immigration illégale et le séjour irrégulier devrait donc prévoir des mesures à l'encontre de ce facteur d'attraction ».
[1446] CARLIER Jean-Yves, La directive retour et le respect des droits fondamentaux, in l'Europe des libertés, Vol. Mai 2008, n°26, p 13-21 http:/hdl.handle.net/2078.1/110619 ; HUMBERT Sylvain, « directive retour : quel bilan de cinq années intenses en contentieux ? », RFDA, 2016, p.1235.

Compte tenu de cette conception minimaliste des droits fondamentaux, le recours à d'autres sources de droit, telles que la Conv EDH[1447] semble nécessaire pour une protection plus approfondie des intéressés. Ainsi, l'action répressive des États membres, partiellement encadrée par des dispositions communes de l'Union[1448], se trouve également encadrée par les droits fondamentaux issus de la Conv EDH[1449] (chapitre II).

[1447] KTISTAKIS Yannis, La protection des migrants au titre de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte sociale européenne, Édition du Conseil de l'Europe, février 2014, p. 83.
[1448] Sur l'encadrement de l'action répressive des États membres par la Cour de justice de l'Union, voir Roberto ANGRISANI Antonio, L'action de la Cour de justice de l'Union européenne pour la protection des droits fondamentaux face à la répression des migrations irrégulières, thèse de droit de l'Université de Bordeaux et de l'Université Laval, soutenue le 18 décembre 2020.
[1449] LARRALDE Jean-Manuel, Les garanties au retour de la Convention européenne des droits de l'homme, in LECLERC Stéphane, (dir), Europe (s), Droit (s) et migrant irrégulier, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 178-196.

Chapitre I.

LA REPRESSION NATIONALE DU SEJOUR IRREGULIER, PARTIELLEMENT ENCADREE PAR DES NORMES COMMUNES DE L'UNION

On entend par irrégulier, les ressortissants des pays tiers présents dans les États membres de l'Union qui ne remplissent pas ou ne remplissent plus les formalités imposées aux étrangers par les différentes législations nationales relatives à la police des étrangers. Le concept recouvre non seulement les étrangers ordinaires, mais aussi les demandeurs d'une protection internationale.

Leur éloignement du territoire relevait du pouvoir souverain des États[1450]. Traditionnellement, les Conventions internationales reconnaissent aux États le pouvoir d'éloigner les étrangers de leurs territoires. Dans le cadre de l'Union, ce pouvoir souverain des États a progressivement fait l'objet d'un encadrement, passant de la coopération à l'harmonisation partielle.

La lutte contre le séjour irrégulier se traduit, au-delà de l'aspect opérationnel du contrôle des frontières extérieures, par une dimension de « répression légale[1451] ». Ces mesures répressives visent deux catégories de personnes : les irréguliers eux-mêmes et les personnes qui favorisent ou facilitent leur séjour dans l'Union. Les sanctions visant les irréguliers se traduisent par le retour vers le pays d'origine ou de transit et par la privation de certains droits sociaux économiques (section I). D'autres sanctions s'adressent à ceux qui favorisent l'entrée et le séjour irréguliers (section II).

Section I. Les sanctions visant les irréguliers : l'éloignement et la privation de certains droits sociaux économiques

« L'Union se définit au miroir des autres, et plus particulièrement de ceux qui se trouvent en situation irrégulière. Elle pérennise les représentations anciennes sur les frontières, en désignant celui qui les franchit de façon illégale comme l'ennemi contre lequel il convient de lutter[1452] ».

Toutefois, elle ne s'est que progressivement saisie de la question du statut juridique des ressortissants des pays tiers en situation irrégulière dans ses États membres[1453]. Parallèlement

[1450] JULIEN-LAFERRIERE François, JOUANT Nathalie, L'éloignement des ressortissants des pays tiers, in LAFERRIERE-JULIEN François, LABAYLE Henri, EDSTROM Orjan (dir) La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam, Op cit., p.203.
[1451] Marie Gauthier, « étrangers », répertoire de droit européen, [en ligne], janvier 2013.
[1452] GKEGKA Maria, L'identité de l'Union européenne à l'aune du droit de l'immigration et de l'asile. Analyse institutionnelle, Revue de l'Union européenne, 2014, P. 335, [en ligne].
[1453] GASCHIGNARD David, L'Europe et ses étrangers, justice et cassation [en ligne], 2009, p.46.

aux contrôles des frontières extérieures, destinés à éviter que des ressortissants des pays tiers ne pénètrent illégalement sur le territoire des États membres, elle a progressivement jugé nécessaire de développer, en complément des actions étatiques, une politique de « répression du séjour irrégulier ». La répression du séjour irrégulier dans les États membres de l'Union se traduit par deux types de mesures : le retour dans le pays d'origine ou de transit (paragraphe I) et la privation de certains droits sociaux économiques (paragraphe II).

§ I. La politique de retour : une compétence nationale partiellement harmonisée

Les questions relatives au retour des étrangers en séjour irrégulier ont pendant longtemps été l'affaire de l'État sur le territoire duquel se trouve l'étranger concerné[1454]. En effet, du point de vue du droit international public, l'accès et le séjour sur le territoire d'un État relèvent du pouvoir souverain que celui-ci exerce sur son territoire[1455]. Comme l'affirme Marie-Sophie Vachet « le droit qui réglemente, qui autorise et qui catégorise le droit des étrangers trouve son fondement juridique essentiel au sein de la notion de souveraineté de l'État et en constitue un parfait exemple de mise en œuvre concrète et juridique[1456] ». Toutefois dans le cadre de l'Union, la suppression des frontières intérieures et la recherche de l'efficacité ont justifié l'adoption de normes communes en matière de retour des irréguliers.

L'intervention de l'Union a été rendue juridiquement possible par la reconnaissance progressive d'une compétence en sa faveur. Ces questions ont été d'abord envisagées dans le cadre des accords de Schengen[1457] avant de faire leur apparition en droit originaire dans le TUE[1458]. A l'époque, la compétence de l'Union était strictement limitée à la coordination des actions étatiques. Si la marge de manœuvre de l'Union s'est considérablement accrue avec le traité d'Amsterdam, les mesures adoptées sur le fondement de l'article 63, paragraphe 3 TCE, n'avaient pas abouti, avant l'adoption de la directive retour, à l'adoption de règles véritablement harmonisées[1459]. Ainsi, malgré la communautarisation des questions relatives au retour des étrangers en situation irrégulière dans les États membres de l'Union, les normes communes

[1454] DUEZ Denis, L'Union européenne et l'immigration clandestine : de la sécurité intérieure à la construction de la Communauté politique, précité.
[1455] VACHET Marie Sophie, Le droit des étrangers en France : particularité et finalité d'un droit en constante évolution, dans l'homme et la société 2018/I n°206, https://www.cairn.info/revue-I-homme-et-la-société-2018-1-page-265.htm
[1456] Ibid.
[1457] Article 23 de la Convention d'application des accords de Schengen.
[1458] Titre VI TUE, article K 1, paragraphe 1, c.
[1459] JULIEN-LAFERRIERE François et Natalie Jouant, L'éloignement des ressortissants des pays tiers, op cit p. 210

adoptées, avant l'adoption de la directive retour, se contentaient de coordonner les actions étatiques. Comme affirmaient François Julien-Laferrière et Nathalie Jouant, « le bilan de l'action communautaire en matière de retour permet de constater que l'acquis communautaire se limite, actuellement, effectivement [à une compétence d'appui, c'est-à-dire le soutien financier, la coopération administrative, à l'exclusion de compétence normative], alors que le traité offre plus de potentialité en termes d'intégration européenne [1460]». Ainsi, la seule limite posée à la souveraineté des États de réprimer le séjour irrégulier était celle du droit international[1461] (A).

Il est possible d'affirmer qu'en matière de retour des étrangers en situation irrégulière, la directive 2008/115 est la première illustration de mise œuvre de la compétence normative de l'Union[1462]. Toutefois, l'effet harmonisateur de cette directive a été considérablement entaché par la marge de manœuvre reconnue aux États. Il n'en demeure pas moins que la directive retour a pu influencer positivement et négativement les pratiques nationales en matière de retour, notamment en consacrant certaines garanties en faveur des irréguliers (B).

A. L'intervention de l'Union initialement limitée à l'appui des actions étatiques

Selon un principe bien connu du droit international, les conditions d'admission et de séjour des étrangers relèvent du pouvoir souverain des États. Ainsi, conformément à ce principe, « l'État peut, en son droit souverain, exclure qui bon lui semble du droit d'entrer et de séjourner sur son territoire en se dotant des règles relatives à l'entrée et au séjour des étrangers. [Il] peut ensuite destiner ces exclusions à la catégorie des étrangers en situation irrégulière à laquelle il appliquera un régime sanctionnateur qu'il n'aura pas besoin de justifier autrement qu'en convoquant le fait qu'ils ont violé les règles relatives à l'entrée et au séjour sur son territoire[1463] ». Ainsi, le pouvoir d'éloignement du territoire apparait comme « le pendant naturel de celui qui appartient à tout État de déterminer qui est admis à entrer et à séjourner sur

[1460] Ibid.
[1461] CARLIER Jean-Yves, La directive retour et le respect des droits fondamentaux, in Europe des libertés, vol. mai 2008, n° 26, p.13-21 htt://hdl.handle.net/2078.1/110619
[1462] Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil 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.
[1463] AUBIN Laurence, La lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne, quelle légalité pour quels effets ?, in AUBIN Laurence (dir), La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2012, p 1.

son territoire et à quelles conditions[1464] ». Dès lors que les conditions d'admission et de séjour ne sont pas ou plus réunies, l'étranger peut faire l'objet de mesures d'éloignement, et ce, conformément à la législation nationale de l'État concerné[1465]. L'Union européenne, dans un premier temps, s'est contentée de coordonner les politiques nationales d'éloignement des étrangers en situation irrégulière dans ses États membres, sans pourtant offrir de véritables garanties juridiques aux intéressés.

L'action coordonnatrice et non harmonisatrice de l'Union s'expliquait par la relative efficacité des politiques nationales[1466]. Ainsi, face à la volonté répressive des États et en l'absence d'harmonisation européenne en la matière, les étrangers visés par une mesure d'éloignement ne trouvaient de protection que sur le fondement du droit international[1467]. Dans ce sens, l'intervention de l'Union en matière de retour des étrangers en situation irrégulière trouve sa justification dans la recherche de l'efficacité[1468]. Les premières mesures adoptées dans ce domaine tendaient à apporter un soutien aux politiques nationales d'éloignement. Comme écrit Muriel Le Barbier-Le Brie, « les mesures adoptées dans cette optique n'affectent que très faiblement les politiques nationales et conservent aux États membres la liberté de déterminer les modalités de leurs politiques de retour respectives. Les modes d'interventions s'apparentent au demeurant à ceux habituellement propres aux compétences d'appui c'est-à-dire le soutien financier, la coopération administrative, ainsi que les États membres eux-mêmes en ont exprimé la préférence au Conseil européen de Thessalonique en juin 2003, en insistant sur le fait que la mise en œuvre d'une politique commune en matière de retour des personnes en séjour irrégulier relevait de la responsabilité des États, mais qu'un gain d'efficacité pourrait résulter d'un renforcement de la coopération, y compris dans sa composante financière[1469] ».

Si les premiers jalons de la politique de retour de l'Union ont été posés en dehors du cadre communautaire à travers la coopération entre les États membres, la communautarisation de cette politique n'a pas fondamentalement modifié[1470] la logique coopérative. En effet, la

[1464] JULIEN-LAFERRIERE François et JOUANT Natalie L'éloignement des ressortissants des pays tiers, in JULIEN-LAFERRIERE François, LABAYLE Henry, EDSTROM Orjan (dir), La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 204.
[1465] Ibid.
[1466]GAUTHIER Marie, Étrangers, répertoire de droit européen, [en ligne], janvier 2013.
[1467] FERRANDIERE Decemcierre, La responsabilité internationale des États à raison des dommages subis par des étrangers, Paris, Rousseau, 1925, p.12.
[1468] JULIEN-LAFERRIERE François et JOUANT Nathalie, L'éloignement des ressortissants des pays tiers, in op cit, p. 206.
[1469] LE BARBIER-LE-BRIS Muriel, La politique de retour de l'Union européenne, in Stéphane Leclerc, (dir), Europe (s), Droit (s), et migrant irrégulier, Bruxelles, Bruylant, 2012, p.130-131.
[1470] Avant la directive retour.

coopération dans la lutte contre le séjour irrégulier a débuté avec la signature de la Convention d'application des accords de Schengen. L'article 23 de cette Convention prévoit que l'étranger qui ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions de séjour applicables sur le territoire des États parties doit quitter sans délai ce territoire[1471]. Ainsi, conformément à cette disposition, le départ volontaire apparait comme le préalable à tout recours au départ forcé. Le recours au départ forcé n'intervient que s'il peut être estimé que le départ volontaire n'aura pas lieu, ou si le départ immédiat s'impose pour des considérations relevant de la sécurité ou de l'ordre public[1472]. Alors que la Convention d'application des accords de Schengen fait obligation aux États parties d'éloigner les étrangers en séjour irrégulier, la définition des procédures d'éloignement et les conditions dans lesquelles un séjour peut être qualifié d'irrégulier relèvent de la législation nationale de chaque État membre[1473]. La Convention crée ainsi une obligation de résultat à la charge des États mais ne dit rien quant aux moyens à mettre en œuvre pour atteindre cet objectif. L'obligation faite aux États d'éloigner les irréguliers apparait comme la contrepartie de la suppression des contrôles aux frontières intérieures. La contrepartie de l'absence de contrôles aux frontières intérieures a été l'engagement pris par les États de prendre des mesures efficaces pour refuser l'accès aux étrangers qui ne remplissent pas les conditions requises et d'éloigner ceux qui ne remplissent plus les conditions de séjour[1474]. Ainsi, la souveraineté de l'État restait intacte, en application de son droit souverain, il pouvait décider qui est autorisé à résider sur son territoire et à quelles conditions. Dans ce sens, on peut considérer qu'on n'assistait pas à une harmonisation des droits nationaux de l'éloignement des étrangers en situation irrégulière.

L'adoption du traité de Maastricht a été suivie, dans le cadre d'une coopération intergouvernementale, de l'adoption de diverses recommandations dont l'objet était l'établissement de pratiques communes en matière d'éloignement des étrangers en situation irrégulière[1475]. Ces recommandations avaient pour but d'assurer « la rapidité, l'efficacité et économie » dans l'éloignement des étrangers en situation irrégulière[1476]. Comme affirmait

[1471] Article 23 de la Convention d'application des accords de Schengen.
[1472] Article 23, paragraphe 3 de la Convention d'application des accords de Schengen.
[1473] DUEZ Denis, L'Union européenne et l'immigration clandestine. De la sécurité intérieure à la construction de la Communauté politique », Bruxelles, édition de l'Université de Bruxelles.
[1474] GASCHIGNARD David, L'Europe et ses étrangers, justice et cassation 2009, p.46.
[1475] Recommandation du 30 novembre 1992, relative aux pratiques des États membres en matière d'éloignement ; recommandation du 30 novembre 1992 concernant le transit aux fins d'éloignement et recommandation du 22 décembre 1995 relative à la concertation et à la coopération dans l'exécution des mesures d'éloignement.
[1476] Considérant 4 de la recommandation du 30 novembre 1992 relative aux pratiques des États en matière d'éloignement.

l'article K 1 point 3 du traité de Maastricht, ces questions relevaient de « l'intérêt commun » des États membres.

Avec le traité d'Amsterdam, si les matières relatives à l'asile et à l'immigration sont passées du troisième pilier au premier pilier, avec l'intégration de l'acquis de Schengen, on n'a pas assisté à un renouvellement conceptuel quant aux mesures de lutte contre le séjour irrégulier. L'intervention de l'Union était toujours limitée à coordonner les mesures nationales d'éloignement. Dans son programme d'action en matière de retour, le Conseil précisait que « l'action de la Communauté consiste à apporter une valeur ajoutée aux mesures prises par chaque État membre aussi bien pour ce qui est de faciliter le retour que pour ce qui concerne le nombre de personnes rapatriées[1477] ». Ainsi, le Conseil se conforme à la volonté des États de limiter l'intervention de l'Union à compléter l'action des États membres[1478]. Dans ce contexte, certains auteurs se demandaient si, en la matière, la compétence de l'Union n'avait pas vocation à s'exercer que via les modes d'intervention propres aux compétences d'appui à l'exclusion de toute compétence normative. Les États membres semblaient adhérer à cette conception en considérant que la mise en œuvre d'une politique commune en matière de retour des personnes en situation irrégulière relève de leur responsabilité. Toutefois, pour en améliorer l'efficacité, ils souhaitaient un renforcement de la coopération existante[1479].

Face à la réticence des États à reconnaitre en faveur de l'Union une compétence normative, la question de l'articulation entre les articles 63, paragraphe 3, b, du traité CE tel qu'issu du traité d'Amsterdam et 23 de la CAAS s'est posée. En effet, alors que l'article 63, paragraphe 3, b, reconnait une compétence normative en faveur de l'Union en matière de retour des étrangers en séjour irrégulier, l'article 23 de la CAAS crée simplement dans le chef des États membres une obligation d'éloigner les irréguliers, en laissant chaque État membre libre de définir les conditions dans lesquelles un séjour peut être qualifié d'irrégulier ainsi que les procédures d'éloignement. Comme l'affirment François Julien-Laferrière et Nathalie Jouant, « l'acquis de Schengen crée clairement dans le chef de chacun des États membres de l'UE/Schengen une obligation d'éloigner les irréguliers. Il s'agit d'une obligation de résultat à l'égard de laquelle chacun reste libre de définir les conditions dans lesquelles un séjour peut être qualifié d'irrégulier ainsi que les procédures d'éloignement[1480] ». Il résulte de l'articulation entre ces

[1477] Programme d'action en matière de retour, point 15.
[1478] JULIEN-LAFERRIER François et JOUANT Nathalie, L'éloignement des ressortissants des pays tiers, op cit P. 206.
[1479] Conclusion du sommet de Thessalonique des 19 et 20 juin 2003, point 17.
[1480] JULIEN-LAFERRIER François et JOUANT Nathalie, L'éloignement des ressortissants des pays tiers, op cit P. 206.

deux normes que si le traité d'Amsterdam reconnait une compétence normative en faveur de l'Union en matière d'éloignement des irréguliers, l'acquis de Schengen se contente d'inviter les États membres à éloigner ceux qui ne remplissent pas ou ne remplissent plus les conditions de séjour.

Les directives européennes adoptées sur le fondement de l'article 63, paragraphe 3, CE semblaient aller dans le sens de la coordination des politiques nationales d'éloignement. La première directive en la matière, adoptée à l'initiative de la France, est celle du 28 mai 2001[1481], relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants des pays tiers. L'analyse des dispositions de celle-ci nous permet d'affirmer qu'elle se contentait de coordonner les décisions prises au niveau national, en faisant obligation aux autres États membres de donner effet aux décisions d'éloignement prises par un autre État membre[1482]. Dans ce sens, on peut affirmer que la directive 2001/40 avait pour objectif d'éviter que l'étranger ayant fait l'objet d'une mesure d'éloignement prise par un État membre ne puisse s'y soustraire en quittant l'État membre auteur de la mesure pour trouver refuge dans un autre État membre.

Cependant, toute décision d'éloignement ne pouvait faire l'objet d'une reconnaissance mutuelle, les décisions concernées étant expressément visées par l'article 3. Mais il ne s'agit pas d'une énumération exhaustive, cette liste ayant pour seul objet de définir le champ d'application de la directive. Autrement dit, rien dans la directive n'empêche un État membre d'éloigner un ressortissant de pays tiers pour un motif non déterminé par la directive ; mais dans ce cas, la décision ne pourra pas faire l'objet d'une reconnaissance par les autres États membres. Muriel Le Barbier-Le Bris considère ainsi que « l'apport de cette directive parait modeste, puisqu'il n'est nullement question d'établir un mécanisme de reconnaissance mutuelle obligatoire. Le recours à une directive peut dès lors sembler superfétatoire : elle ne permet en effet rien qui n'ait déjà été possible antérieurement à son adoption, dans la mesure où rien n'interdit aux États membres de pratiquer entre eux ce genre de coopération[1483] ». Partant du

[1481] Directive 2001/40/ CE du Conseil du 28 mai 2001, relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants des pays tiers.
[1482] Article 1 de la directive 2001/40, « sans préjudice, d'une part, des obligations découlant de l'article 23 et, d'autre part, de l'application de l'article 96 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985, signée à Schengen le 19 mai 1990, […], l'objet de la présente directive est de permettre la reconnaissance d'une décision d'éloignement prise par une autorité compétente d'un État membre, ci-après dénommé État membre auteur, à l'encontre d'un ressortissant d'un pays tiers qui se trouve sur le territoire d'un autre État membre, ci-après dénommé État membre d'exécution ».
[1483] LE-BARBIER-LE BRIS Muriel, La politique de retour de l'Union européenne, in Stéphane Leclerc, (dir), Europe (s), Droit (s), et migrant irrégulier, Bruxelles, Bruylant, 2012, p.130-131.

constat de l'apport modeste de la directive 2001/40, la Commission a, dès 2002, appelé à l'adoption des normes minimales relatives à l'éloignement des irréguliers[1484].

Il convient, cependant, de noter que la directive 2001/40 n'était pas dépourvue de tout intérêt pour les irréguliers. En effet, elle prévoyait que les décisions d'éloignement devaient être adoptées en conformité avec les droits fondamentaux tels que garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment ses articles 3 et 8, la Convention de Genève relative au statut des réfugiés, et les principes constitutionnels communs aux États membres[1485]. Cela signifie que les décisions d'éloignement non conformes à ces principes ne pouvaient faire l'objet de reconnaissance mutuelle par les autres États membres. Enfin, l'article 6, alinéa 3 de la directive 2001/40 limite considérablement la liberté d'action des États membres en prévoyant que « l'État membre d'exécution procède à un examen préalable de la situation de la personne concernée pour s'assurer que ni les actes internationaux pertinents, ni la réglementation nationale applicable ne s'opposent à la mise en exécution de la décision d'éloignement[1486] ». Ainsi, l'État exécutant doit s'assurer que la décision d'éloignement est non seulement conforme aux instruments internationaux pertinents mais aussi à sa propre législation nationale. Muriel Le Barbier-Le Bris considère qu'un « tel examen préalable de congruence des deux réglementations nationales considérées est là encore concrètement de nature à hypothéquer sérieusement l'effectivité de cet instrument [cette directive], du moins en l'absence d'harmonisation desdites législations [1487]». Or, pour la Commission, la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants des pays tiers devait permettre l'exécution dans un État membre d'une décision d'expulsion rendue par un autre État membre, sans avoir à rendre une nouvelle décision d'éloignement[1488].

Outre la directive 2001/40, les institutions européennes ont adopté d'autres instruments visant à faciliter les opérations de retour des irréguliers. A l'initiative allemande, a été adoptée le 25 novembre 2003, une directive concernant l'assistance au transit dans le cadre des mesures d'éloignement par voie aérienne[1489]. Cette directive avait pour objectif « de définir les modalités

[1484] COM, 2002) 564 final du 14 octobre 2002, point 18 et 19.
[1485] Préambule 4 de la directive 2001/40.
[1486] Article -, paragraphe 3 de la directive 2001/40.
[1487] LE-BARBIE-LE-BRIS Muriel, La politique de retour de l'Union européenne, op cit.
[1488] Livre vert relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, COM (2002) 175 final, du 10 avril 2002.
[1489] Directive 2003/110/CE du Conseil du 25 novembre 2003 concernant l'assistance au transit dans le cadre de mesures d'éloignement par voie aérienne.

de l'assistance prodiguées par l'État membre de transit, ou État membre requis, à l'occasion du passage dans l'un de ses aéroports de migrants refoulés par un autre État membre, dit État membre requérant, ainsi que ses éventuelles escortes[1490] ». L'application de cette directive était soumise à une double condition : il fallait, d'une part, que l'État membre requérant ne soit pas en mesure d'exécuter une décision d'éloignement par un vol direct depuis son propre territoire[1491] et, d'autre part, que l'opération de transit ne nécessite pas un changement d'aéroport sur le territoire de l'État requis[1492]. Si l'article 8 de la directive précise qu'elle ne porte pas « préjudice aux engagements qui découlent de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, des Conventions internationales relatives aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales et des Conventions internationales relatives à l'extradition de personnes[1493] », rien dans la directive ne précise que l'État requis puisse refuser son assistance lorsqu'une décision d'éloignement parait manifestement contraire à ces dispositions internationales. Ainsi, les réglementations nationales de retour n'étant pas harmonisées dans les États membres de l'Union, l'État membre requis pouvait se trouver contraint d'apporter son assistance à l'exécution d'une décision d'éloignement pourtant contraire soit à sa réglementation nationale soit à une disposition internationale pertinente.

Dans la même logique de facilitation de l'exécution des décisions nationales d'éloignement, le Conseil a adopté le 29 avril 2004, à l'initiative de l'Italie et en se passant de l'avis du Parlement européen, une décision relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement à partir du territoire de deux États membres ou plus, de ressortissants de pays tiers [1494]faisant l'objet de mesures d'éloignement. Cette décision avait pour objet de coordonner les opérations communes d'éloignement par voies aérienne[1495]. Elle précise les responsabilités de chaque État participant[1496], encourage les États à recourir à cette pratique et « entend éviter l'inaction de l'Union dans le cadre de l'organisation des vols commun[1497] ». L'organisation de vols communs vise essentiellement à rationaliser les opérations de rapatriement des étrangers en séjour irrégulier dans les États membres. Conformément à la décision du 29 avril 2004, « lorsqu'un État membre décide d'organiser, aux fins de l'éloignement de ressortissants de pays tiers, un

[1490] LE BARBIER-LE-BRIS Muriel, La politique de retour de l'Union européenne, op cit.
[1491] Article 3, paragraphe 1, de la directive 2003/110.
[1492] Article 3, paragraphe 2, de la directive 2003/110.
[1493] Article 8 de la directive 2003/110.
[1494] Décision 2004/573 du Conseil du 29 avril 2004, relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement, à partir du territoire de deux États membres ou plus, de ressortissants de pays tiers faisant l'objet de mesures d'éloignement sur le territoire de deux États membres ou plus.
[1495] Article 1 de la décision 2004/573.
[1496] Article 4 et 5 de la décision précitée.
[1497] Considérant 4 de la décision précitée.

vol commun ouvert à la participation des autres États membres, il en informe l'autorité nationale de ces États membres[1498] ». La préparation du vol incombe à l'État organisateur[1499], il choisit le transporteur aérien et détermine avec ce dernier tous les coûts afférents au vol commun. S'agissant des États membres participants, ils informent l'État membre organisateur de leur volonté de participer à l'opération et précise le nombre de ressortissants de pays tiers à éloigner[1500].

Le parlement européen a formulé des critiques à l'encontre de l'organisation de tels « vols communs[1501] ». Il les qualifiait de « pratique regrettable [1502]». L'essentiel des critiques formulées par le Parlement était relatif aux précautions devant présider l'organisation des vols communs. En effet, le Parlement évoquait notamment l'absence de prise en compte de l'état de santé des migrants, la sécurité à bord des avions, la marge de manœuvre reconnue aux autorités nationales pour recourir à la coercition face au refus d'obtempérer. « Considérée à juste titre comme déterminante, la question se trouve pourtant reléguée dans une annexe contenant des orientations communes d'éloignement par voie aérienne ». Or, cette annexe, conformément au considérant 10 de la décision n'a pas de force obligatoire[1503]. En outre, le Parlement considérait que l'organisation de vols communs porterait potentiellement atteinte à l'interdiction des expulsions collectives, interdiction posée à l'article 4 du protocole n° 4 de la CEDH et à l'article 19 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[1504]. Toutefois, en se référant à la notion d'expulsion collective, telle qu'expliquée par Philipe De Bruycker, l'organisation de vols communs n'est pas susceptible de porter atteinte à cette interdiction dès lors que chaque décision d'éloignement aura fait l'objet d'une décision individuelle. En effet, selon Philippe De Bruycker, « si l'État a procédé à une analyse sérieuse et objective de chacun des dossiers, fussent-ils nombreux, la seule mise en œuvre collective des décisions individuelles n'est pas condamnée[1505] ».

[1498] Article 4, paragraphe 1 de la décision 2004/573/CE.
[1499] Article 4, paragraphe 2 de la décision 2004/573.
[1500] Article 5, de la décision 2004/573.
[1501] Rapport du 23 février 2004 sur l'initiative de la République italienne en vue de l'adoption d'une décision du Conseil relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement, à partir du territoire de deux États membres ou plus, de ressortissants de pays tiers faisant l'objet de mesures d'éloignement.
[1502] Ibid.
[1503] Considérant 10 de la décision 2004/573.
[1504] Article 19 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne « les expulsions collectives sont interdites ».
[1505] DE BRUYCKER Philippe, Cour EDH, Andric contre Suède 1999, « il faut entendre par expulsion collective toute mesure contraignant des étrangers, en tant que groupe, à quitter un pays, sauf dans le cas où une telle mesure est prise sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe » ; Cour EDH, Sultan contre France 2007.

En dépit des critiques formulées à l'endroit des opérations conjointes de retour, depuis sa création en 2004, l'agence européenne pour la gestion et la coopération aux frontières extérieures des États membres de l'Union (FRONTEX) a été chargée de fournir aux États membres l'appui nécessaire pour organiser des opérations de retour conjointes[1506]. L'organisation de ces opérations de retour conjointes était parfaitement assumée et avait pour objet d'envoyer un « signal fort » non seulement à l'endroit des candidats potentiels à la clandestinité mais aussi à l'endroit des opinions publiques européennes à l'égard desquelles l'Union voulait prouver qu'elle avait la maîtrise de son territoire. Les États membres bénéficient également d'un soutien de l'Union dans le cadre de l'organisation des opérations de retour conjointes.

Ainsi, il convient de noter que malgré la communautarisation de la politique européenne d'asile et d'immigration par le traité d'Amsterdam, les États membres sont restés longtemps les maitres du jeu des procédures et des conditions de retour des étrangers irrégulièrement établis dans l'Union, ils n'avaient pas jugé nécessaire de dépasser le stade de la coordination de leurs actions respectives, alors que le traité d'Amsterdam semblait permettre l'adoption de normes communes contraignantes.

Si la directive retour a finalement arrêté « un ensemble horizontal de règles applicables à tous les ressortissants de pays tiers qui ne remplissent pas ou ne remplissent plus les conditions d'entrée, de séjour ou de résidence dans un État membre[1507] », la question de sa portée se pose.

B. La directive retour : une harmonisation partielle consacrant des progrès et des régressions

Comme précédemment expliqué, la dimension opérationnelle des opérations de retour contribue à l'hétérogénéité des conditions et des procédures d'éloignement des irréguliers présents dans les États membres de l'Union, les conditions et les procédures d'éloignement étant définies par les législations nationales. « En vue de donner une dimension européenne à la politique de retour, dépassant le stade de la coordination des législations nationales », a été adoptée le 16 décembre 2008[1508] une directive relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants des pays tiers en séjour irrégulier. Il s'agissait là de la définition des normes communes applicables dans tous les États

[1506] Article 2 du règlement 2007/2004.
[1507] Considérant 5 de la directive 2008/115.
[1508] Directive 2008/115, précitée.

membres de l'Union. Si la directive avait pour objectif d'harmoniser les procédures de retour, il résulte d'une analyse sérieuse de ses dispositions que celles-ci n'ont été que partiellement harmonisées. Comme l'affirme Francesco Martucci, « si elle [la directive retour] communautarise l'éloignement des étrangers, question au cœur de la souveraineté nationale, c'est au prix d'une règle de droit communautaire éliminée par la négociation politique. A force d'exception, de dérogations et de renvois au droit national, la directive retour ne modifie l'état du droit qu'à la marge et les normes et procédures qu'elle fixe ne sont communes qu'en apparence[1509] ».

En effet, le caractère partiel de l'harmonisation de la procédure de retour résulte des exceptions, des dérogations et des renvois au droit national (1).

Toutefois, certaines dispositions de la directive retour influent sur les pratiques nationales, en consacrant des progrès et des régressions des droits des étrangers concernés. C'est la question de l'apport de la directive retour (2).

1) Le caractère partiel de l'harmonisation de la procédure de retour par la directive 2008/115

Comme précédemment étudié, avant l'adoption de la directive retour, les conditions et les procédures de retour des irréguliers étaient déterminées par la législation nationale de chaque État membre. Depuis l'adoption de cette directive, on parle d'une communautarisation de la politique européenne de retour. Toutefois, cette directive ne prévoit qu'une « harmonisation résiduelle[1510] ». Dès lors, il convient d'étudier les éléments de la procédure de retour qui ont échappé à l'harmonisation (a) avant de se pencher sur les éléments de la procédure d'éloignement qui ont été harmonisés par la directive (b).

a. Les éléments non harmonisés de la procédure de retour des irréguliers

« La délimitation commune des notions pertinentes et du champ d'application constitue presque systématiquement un préalable nécessaire à l'harmonisation, qui suppose par définition de s'entendre à titre préalable sur les réalités couvertes par des règles définies en commun […] [or], les contours du champ d'application personnel de la directive 2008/115/CE se troublent

[1509] MARTUCCI Francesco, La directive retour : la politique européenne d'immigration face à ses paradoxes, RTD, 2009, p.47.
[1510] Ibid.

pourtant par l'effet combiné des dérogations offertes aux États membres et de l'imprécision qui caractérise la définition de certains termes[1511] ». Il résulte de l'analyse des dispositions de la directive retour que son champ d'application peut varier d'un État membre à un autre. En effet, aux termes de l'article 2, paragraphe 2, la directive « s'applique aux ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre[1512] ». Sous réserve des étrangers dont les conditions d'entrée et de séjour sont régies par des règles communes, les conditions de régularité de séjour relèvent de la compétence des États membres. Ainsi, la condition d'irrégularité de séjour varie d'un État membre à l'autre, puisque la police des étrangers varie d'un État membre à l'autre.

En outre, la dérogation prévue à l'article 2, paragraphe 2, a, contribue à la variabilité du champ d'application personnel de la directive. Aux termes de cet article, les États membres peuvent décider de ne pas appliquer la directive aux ressortissants des pays tiers qui ont fait l'objet d'une décision de refus d'entrée ou, qui ont été arrêtés lors du franchissement des frontières extérieures sans autorisation ou de droit de séjourner dans l'État membre concerné[1513]. Il convient de noter que les États membres ont majoritairement fait usage de la possibilité offerte par l'article 2, paragraphe 2, a, de la directive[1514]. Le recours massif à cette dérogation s'explique par la volonté des États membres de ne pas appliquer les garanties offertes par la directive, telles que le délai de départ volontaire prévu à l'article 7, l'effet suspensif du recours prévu à l'article 13, et la limitation de la durée de rétention prévue à l'article 15. Selon la Commission, le recours à cette dérogation « constitue un niveau de protection plus faible, très préoccupant, car le fait que les situations à la frontière puissent rester en dehors du champ d'application de la directive augmente […] les risques de renvois et de refoulement[1515] ». De la même manière, l'État peut décider ne pas appliquer la directive aux ressortissant de pays tiers faisant l'objet d'une sanction pénale ayant pour conséquence leur retour, ou faisant l'objet d'une procédure d'extradition, et ce, conformément au droit national[1516]. Francesco Martucci affirme que « cette réserve est inhérente à la singularité des considérations liées à l'ordre public et la sécurité nationale ». Selon l'auteur, lorsqu'un séjour légal se termine pour des considérations d'ordre public, les droits nationaux prévoient que l'étranger concerné est susceptible de faire

[1511] LE BARBIER-LE-BRIS Muriel, La politique de retour de l'Union européenne, in Europe, (s), Droit (s) et migrant irrégulier, Bruxelles, Bruylant, 2012, p.151.
[1512] Article 2, paragraphe 1, de la directive 2008/115/CE.
[1513] Article 2, paragraphe 2, a de la directive 2008/115/CE.
[1514] Rapport A9-0238/2020 sur la mise en œuvre de la directive retour du 2 décembre 2020.
[1515] Ibid.
[1516] Article 2, paragraphe 2, b, de la directive 2008/115/CE.

l'objet d'une mesure d'éloignement. Dans ce sens, dès 2005, bien avant l'adoption de la directive, la Commission considérait que l'harmonisation de la procédure de retour « *ne [pouvait concerner] les motifs justifiant la cessation d'un séjour régulier*[1517] ». De son coté, dans un avis du 10 octobre 2010, le Conseil d'état français a jugé que la directive retour « n'est applicable qu'aux décisions de retour qui sont prises par les États membres au motif que les étrangers sont en situation de séjour irrégulier. En revanche, la directive n'a pas vocation à régir les procédures d'éloignement qui reposent sur des motifs distincts, notamment la menace à l'ordre public ou la méconnaissance d'autres normes de portée générale telles que l'obligation de détenir une autorisation de travail pour exercer une activité professionnelle[1518].

Ainsi, le champ d'application de la directive dépend considérablement des définitions nationales plurielles de l'étranger en situation irrégulière.

Concernant les mesures accessoires telles que l'interdiction d'entrée à la suite d'une décision d'éloignement, la directive reconnait une certaine marge de manœuvre aux États membres qui contribue à l'hétérogénéité des sanctions liées au séjour irrégulier dans l'Union. En effet, l'article 11 de la directive prévoit que les décisions de retour sont assorties d'une interdiction d'entrée sur le territoire de l'ensemble des États membres. Toutefois, l'obligation d'assortir les décisions de retour d'une interdiction d'entrée ne concerne que les hypothèses ou aucun délai n'a été accordé pour le départ volontaire[1519] et celle ou l'obligation de retour n'a pas été respectée[1520]. Dans les autres cas, l'interdiction d'entrée relève de la décision souveraine de l'État membre, auteur de la décision de retour[1521]. Ainsi, en dehors des hypothèses précitées, les États membres peuvent ou non assortir les décisions de retour d'une interdiction d'entrée. Or, l'instauration de l'interdiction d'entrée à la suite d'une décision de retour avait pour vocation « de conférer une dimension européenne aux effets des mesures nationales de retour ». Ainsi, la volonté de donner une dimension européenne aux mesures nationales de retour se trouve remise en cause par la possibilité reconnue aux États membres d'assortir ou non certaines décisions de l'interdiction d'entrée. De la même manière, Il est reconnu aux États membres la possibilité de lever ou de suspendre l'interdiction d'entrée lorsque l'irrégulier ayant fait l'objet de telle interdiction peut démontrer qu'il a respecté la décision de retour en quittant le territoire

[1517] Proposition de directive du Parlement et du Conseil du Premier janvier 2005.
[1518] Avis rendu par le CE le 10 octobre 2012, n°360317 ; DE MONTECLER Marie-Christine, le champ d'application de la directive retour précisé, AJDA, 2012, p.1926.
[1519] Article 11, paragraphe 1, a de la directive 2008/115.
[1520] Article 11, paragraphe 1, b, de la directive 2008/115.
[1521] Article 11, paragraphe 1, b, alinéa 2, de la directive 2008/115.

de l'État membre concerné[1522]. On voit là encore qu'il ne s'agit que d'une « apparente harmonisation[1523] ». « De telles dispositions sont essentiellement de nature à préserver la liberté des politiques nationales en la matière[1524] ».

Les finalités de l'interdiction d'entrée varient selon les hypothèses. Comme écrit Serge Slama, la finalité de l'interdiction d'entrée prise en l'absence de délai de départ volontaire « est préventive puisqu'il s'agit d'empêcher pendant une certaine durée le retour en Europe d'un étranger auquel l'État n'a pas accordé de DDV car il existait un risque de fuite, soit sa demande de séjour a été rejetée comme étant manifestement non fondée ou frauduleuse soit il constituait un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale. Dans ce cas, la finalité est essentiellement une mesure de police administrative qui doit être nécessaire et proportionnée à la situation[1525] », telle que prévue à l'article 11 de la directive. En revanche, l'interdiction d'entrée à la suite de non-exécution d'une mesure d'éloignement est répressive. Il s'agit en effet de prendre une nouvelle décision de retour assortie d'une interdiction d'entrée pour sanctionner le non-respect de l'obligation de retour.

Si les éléments étudiés ci-dessus n'ont pas fait l'objet d'une véritable harmonisation en matière de retour, la directive ne procède pas moins à une harmonisation des législations nationales du point de vue « du schéma type » d'organisation des opérations de retour.

b. Les éléments harmonisés de la procédure de retour

L'objectif de la directive retour est de fixer un ensemble horizontal de règles applicables aux ressortissants des pays tiers à l'Union européenne qui ne remplissent pas ou ne remplissent plus les conditions d'entrée, de séjour ou de résidence dans un État membre. Si la directive ne détermine pas avec précisions les irréguliers relevant de son champ d'application personnel, elle précise toutefois les personnes ne relevant pas de son champ d'application. Comme le précisent Karine Parrot et Carlo Santulli, c'est, « par exclusion que le texte caractérise les ressortissants des pays tiers en séjour irréguliers auxquels il a vocation à s'appliquer ». En effet, sont exclus du champ d'application de la directive « les personnes jouissant du droit

[1522] Article 11, paragraphe 3, de la directive 2008/115.
[1523] LE BARBIER-LE-BRIS Muriel, La politique de retour de l'Union européenne, in Stéphane Leclerc, (dir), Europe (s), Droit (s), et migrant irrégulier, Bruxelles, Bruylant, 2012, p.130-131.

[1524] Ibid.
[1525] SLAMA Serge, La transposition de la directive retour : vecteur de renforcement ou de régression des droits des irréguliers ? in AUBIN Laurence, (dir), la légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2012, p.289 et suivants.

communautaire à la libre circulation[1526]. Cette exclusion vise, d'une part, les ressortissants de pays tiers membres de la famille du citoyen européen ayant fait usage de son droit de circuler et de séjourner librement dans un autre État membre et, d'autre part, les ressortissants des pays tiers et les membres de leur famille qui, en vertu d'accords conclus entre leur pays d'origine et l'Union et ses États membres, jouissent des droits en matière de libre circulation équivalents à ceux des citoyens de l'Union.

L'effet harmonisateur de la directive se déduit également de la description d'un « schéma type » de retour, allant de l'adoption d'une décision de retour à son exécution. La décision de retour est définie comme « une décision ou un acte de nature administrative ou judiciaire déclarant illégal le séjour d'un ressortissant d'un pays tiers et imposant ou énonçant une obligation de retour[1527] ». Or, la décision d'éloignement ordonne l'éloignement. Sauf exception, l'article 6 de la directive fait obligation aux États membres de prendre une décision de retour à l'encontre du ressortissant de pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire[1528]. Lorsque l'État membre concerné adopte une telle décision à l'encontre d'un irrégulier, il doit obligatoirement l'assortir d'un délai de départ volontaire sauf « s'il existe un risque de fuite, ou si une demande de séjour régulier a été rejetée comme manifestement infondée ou frauduleuse, ou sil la personne constitue un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale ». En dehors des exceptions ainsi prévues, les irréguliers faisant l'objet d'une décision de retour bénéficient d'un délai de départ volontaire quel que soit l'État membre dans lequel ils se trouvent.

Si la directive n'a procédé qu'à une harmonisation résiduelle de la procédure de retour, on peut apercevoir, à travers certaines de ses dispositions, une harmonisation plus complète des droits et des garanties qu'elle consacre.

2) Une harmonisation plus complète des droits et des garanties consacrés

Dès 2004, évoquant la nécessité d'une harmonisation des règles nationales en matière de retour, le programme de la Haye affirmait que « le respect des droits et la dignité des ressortissants des pays tiers, y compris ceux en situation irrégulière dans l'Union, [devait] demeurer un principe

[1526] Article 2, paragraphe 3, de la directive 2008/115/CE.
[1527] Article 3, paragraphe 4, de la directive 2008/115/CE.
[1528] Article 6, paragraphe 1, de la directive 2008/115/CE.

directeur de la politique de l'Union européenne[1529] ». Il s'agit là de la définition de normes communes applicables dans tous les États membres. Conformément à cet objectif, la directive retour produit un effet de convergence des dispositions nationales en matière de retour, qui, auparavant était disparates. L'harmonisation se déduit de la « garantie d'un socle minimal de droits[1530] » quel que soit le pays de résidence de l'irrégulier concerné. Autrement dit, les garanties minimales consacrées par la directive s'appliquent dans l'ensemble des États membres de l'Union, l'uniformité de l'application de ces garanties étant assurée par le contrôle de la Cour de justice[1531]. Les garanties homogènes consacrées par la directive retour peuvent être classées en trois groupes, à savoir, le caractère subsidiaire du placement en rétention administrative, l'aménagement des conditions de rétention, notamment pour les personnes vulnérables, et le renforcement des garanties procédurales visant à contester des décisions de retour.

Concernant le caractère subsidiaire du placement en rétention administrative, conformément à l'article 15 de la directive, les États membres ne peuvent recourir au placement en rétention administrative que si d'autres mesures moins coercitives ne permettent pas de préparer le retour ou de procéder à l'éloignement de l'irrégulier faisant l'objet d'une mesure de retour[1532]. Ainsi, par exemple, les États membres ne peuvent recourir à la rétention que si l'assignation à domicile n'est pas suffisante pour préparer le retour. Confirmant le caractère subsidiaire du placement en rétention administrative, dans un arrêt El Dridi du 28 avril 2011, la Cour de justice a considéré que « l'ordre de déroulement des étapes de la procédure de retour établie par la directive 2008/115 correspond à une gradation des mesures à prendre en vue de l'exécution de la décision de retour, gradation allant de la mesure qui laisse le plus de liberté à l'intéressé, à savoir l'octroi d'un délai de départ volontaire, à des mesures qui restreignent le plus celle-ci, à savoir la rétention dans un centre spécialisé, le respect du principe de proportionnalité devant

[1529] Conclusion de la présidence du Conseil européen de Bruxelles des 4 et 5 novembre 2004, point 1.6.4 « les migrants qui n'ont pas ou plus le droit de séjourner légalement dans l'UE doivent retourner dans leur pays d'origine volontairement ou, si nécessaire, y être contraint. Le Conseil européen recommande la mise en place d'une politique efficace d'éloignement et de rapatriement basée sur des normes communes, afin que les personnes concernées soient rapatriées d'une façon humaine et dans le respect intégral de leurs droits fondamentaux et de leur dignité ».

[1530] « Sur ce point la directive 2008/115 prévoit que les mesures coercitives destinées à assurer le retour d'un ressortissant de pays tiers en séjour irrégulier doivent etre mises en œuvre conformément aux droits fondamentaux et dans le respect de la dignité et de l'intégrité physique du ressortissant concerné d'un pays tiers ».

[1531] ANGRISANI Roberto Antonio, L'action de la Cour de justice de l'Union européenne pour la protection des droits fondamentaux face à la répression des migrations irrégulières, thèse de l'Université de Bordeaux et de l'Université Laval, soutenue le 18 décembre 2020.

[1532] Article 15, paragraphe 1, de la directive 2008/115/CE.

être assuré au cours de toutes ces étapes[1533] ». Malgré l'exigence posée par l'article 15, paragraphe 1, de la directive et la jurisprudence de la Cour de justice, le législateur français n'a pas, à l'occasion de la loi du 16 juin 2011[1534], eu l'intention d'affirmer le caractère subsidiaire du placement en rétention administrative[1535]. En considérant que les dispositions de la loi du 16 juin 2011, relative à la rétention administrative, étaient contraires aux objectifs de la directive « retour », certains parlementaires ont saisi le Conseil constitutionnel qui a repris la solution de l'arrêt El Dridi en affirmant que « le placement en rétention n'est possible que si l'assignation à résidence n'est pas suffisante pour éviter le risque que l'intéressé ne se soustraie à l'obligation de quitter le territoire dont il fait l'objet[1536] ». En dépit de cette affirmation, le Conseil Constitutionnel a estimé que les articles 44 et 47 de la loi du 16 juin 2011 n'étaient pas manifestement incompatibles avec les objectifs de la directive « retour[1537] ».

En raison de son caractère subsidiaire, Serge Salma constate une baisse régulière du nombre de placement en rétention [1538]en France. Le régime de rétention des « dublinés » a également connu, sous l'influence du droit de l'Union, une évolution importante en droit français. En effet, si l'article 28, paragraphe 2, du règlement 604/2013, lu en combinaison avec l'article 2 du même règlement ne s'oppose pas au placement en rétention aux fins de transfert[1539], il le subordonne à deux conditions cumulatives à savoir l'existence d'un risque de fuite et la fixation par une loi nationale des critères objectifs sur lesquels sont fondés les raison de craindre la fuite de l'intéressé. Dans un arrêt du 15 mars 2017[1540], la Cour de justice a considéré que ces dispositions doivent être interprétées en ce sens qu'elles imposent aux États membres de fixer, dans une disposition contraignante de portée générale, les critères objectifs sur lesquels sont

[1533] CJUE, 28 avril 2011, aff El Dridi, C-61/11, point 41.
[1534] La loi n°2011-672 du 16 juin 2011, relative à l'immigration, à l'intégration et la nationalité.
[1535] L'article 44 de la loi du 16 juin 2011, précitée (article L 552-1 du CESEDA) dispose qu' « à moins qu'il ne soit assigné à résidence en application de l'article L 561-2, l'étranger qui ne peut quitter immédiatement le territoire français peut être placé en rétention administrative par l'autorité administrative dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire, pour une durée de cinq jours » et l'article 47 de ladite loi (article (L 561-2) ajoute que « dans les cas prévus à l'article L 551-1, l'autorité administrative peut prendre une décision d'assignation à résidence à l'égard de l'étranger pour lequel l'exécution de l'obligation de quitter le territoire demeure une perspective raisonnable et qui présente des garanties de représentation effectives propres à prévenir le risque, mentionné au II de l'article L511-1, qu'il se soustraie à cette obligation… ».
[1536] Conseil Constitutionnel, décision n°2011-631 DC du 9 juin 2011, point 61.
[1537] Ibid. point 62.
[1538] SLAMA Serge, La transposition de la directive retour : vecteur de renforcement ou de régression des droits des irréguliers, in la légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne, dir, Laurence DUbin, Bruylant, Bruxelles 2012, p.330.
[1539] Article 28, paragraphe 2, du règlement n°604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013, « les États membres peuvent placer les personnes concernées en rétention en vue de garantir les procédures de transfert conformément au présent règlement lorsqu'il existe un risque non négligeable de fuite de ces personnes, sur la base d'une évaluation individuelle et uniquement dans la mesure ou le placement en rétention est proportionnel, et si d'autres mesures moins coercitives ne peuvent pas être effectivement appliquées ».
[1540] CJUE, 15 mars 2017, Al Chodor, C-528/15.

fondées les raisons de craindre la fuite du demandeur d'asile qui fait l'objet d'une procédure de transfert. Ainsi, le placement en rétention des demandeurs d'une protection internationale faisant l'objet d'un transfert, est conditionné à l'adoption d'une disposition nationale fixant les critères sur lesquels peuvent être fondés la crainte de fuite. Or, aucune disposition de la loi du 29 juillet 2015 relative à la réforme du droit d'asile, qui avait pourtant pour objet de traduire les dispositions européennes en droit national, n'a déterminé les critères objectifs sur lesquels peuvent être fondés un risque de fuite non négligeable dans le cadre d'une procédure de transfert. On en déduit une inconformité flagrante du droit français au droit de l'Union. Il convient toutefois de noter que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne a été réceptionnée en droit français à travers un arrêt de la Cour de cassation en date du 17 septembre 2017[1541]. A l'occasion de cet arrêt, la Cour de Cassation a tiré les conséquences de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union en considérant qu'en l'absence d'une définition légale de la notion de fuite propre à la procédure « Dublin », les demandeurs d'une protection internationale en attente de transfert ne peuvent pas être placés en rétention administrative[1542]. Il a fallu attendre 2018 pour que la notion de « risque non négligeable de fuite » soit définie en droit français[1543]. Le renvoi à la législation nationale pour définir la notion de « risque non négligeable de fuite » peut contribuer à la variabilité des conditions de rétention des intéressés dans les différents États membres de l'Union. On remarque également que cette notion de risque non négligeable de fuite est définie de manière trop extensive en droit français. Il convient également de souligner que si la loi du 20 mars 2018 tendait à conformer le droit français à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union, en définissant la notion de risque non négligeable de fuite, elle a également contribué à un abaissement des garanties traditionnellement reconnues[1544] aux intéressés en France. En effet, avant la loi du 20 mars

[1541] Cour de Cassation, 27 septembre 2017, pourvoi n°17-15.160.
[1542] Ibid. Cour de Cassation.
[1543] La loi n°2018-187 a inscrit un nouvel article L 551-1 dans le CESEDA aux termes duquel le risque non négligeable de fuite peut être établi dans 12 hypothèses : si l'intéressé s'est précédemment soustrait, dans un autre État à la détermination de l'État responsable de l'examen de sa demande d'asile ou à l'exécution d'une décision de transfert ; si l'étranger a été débouté de sa demande d'asile dans l'État membre responsable ; si l'étranger est de nouveau présent sur le territoire français après l'exécution effective d'une mesure de transfert ; si l'étranger s'est soustrait à l'exécution d'une précédente mesure d'éloignement ; si l'étranger refuse de se soumettre au relevé de ses empreintes digitales ou s'il altère volontairement ces dernières pour empêcher leur enregistrement ; si l'étranger, aux fins de se maintenir sur le territoire français, a contrefait, falsifié ou établi sous un autre nom que le sien un titre de séjour ou un document d'identité ou de voyage ; si l'étranger a dissimulé des éléments de son identité, de son parcours migratoire, de sa situation familiale ou de ses demandes antérieures d'asile, la circonstance tirée de ce qu'il ne peut justifier de la possession de documents d'identité ou de voyage en cours de validité ne pouvant toutefois suffire, à elle seule, à établir une telle dissimulation ; …
[1544] Avis du défenseur des Droits n°18-02, du 10 janvier 2018 ; Serge Salma, [Jurisprudence] Rétention des «Dublinables» : le Conseil constitutionnel admet une rétention préventive sans perspective immédiate d'éloignement, La lettre juridique, avril 2018

2018, le conseil d'État considérait que le droit français s'opposait au placement en rétention des demandeurs d'asile placés en procédure Dublin avant la notification d'une décision de transfert[1545]. Depuis cette loi, en France, il est possible de déplacer les « Dublinés » en rétention administrative dès le stade de détermination de l'État membre responsable du traitement de la demande d'asile. Il s'agit là d'un changement de philosophie dans la mesure où le placement en rétention administrative avait pour l'unique but de préparer l'exécution d'une mesure d'éloignement[1546].

Le droit de l'Union aménage également des conditions particulières de rétention[1547]. En principe, la rétention en vue de l'éloignement s'effectue dans un centre spécialisé[1548]. Deux exceptions sont prévues à ce principe, d'une part, lorsque l'État membre concerné ne peut pas placer les intéressés dans un centre spécialisé et, dans ce cas, ils doivent être séparés des prisonniers de droit commun. D'autre part, lorsqu'un nombre exceptionnellement élevé de ressortissants de pays tiers soumis à une obligation de retour fait peser une charge lourde et imprévue sur la capacité des centres de rétention ou sur son personnel administratif et judiciaire, dans ce cas, l'État membre en question peut, aussi longtemps que cette situation exceptionnelle persiste, prendre des mesures d'urgence concernant les conditions de rétention dérogeant à celles énoncées à l'article 16, paragraphe 1, et à l'article 17, paragraphe 2, de la directive 2008/115/CE. Les conditions pour déroger au principe de rétention dans un centre spécialisé ont été progressivement précisées par la Cour de justice. Une première précision est issue d'un arrêt du 17 juillet 2014[1549]. En l'espèce, Mme Bero, une ressortissante syrienne, avait formé une demande d'asile en Allemagne. Sa demande ayant été refusée, les autorités compétentes ont demandé son éloignement. En vue de préparer son éloignement, elle avait été placée en rétention dans un centre pénitentiaire ordinaire au motif qu'il n'y avait pas de centre de rétention spécialisé dans l'État fédéré qui avait pris la décision de retour à son encontre. C'est dans ce contexte que la question a été posée à la Cour de savoir si le fait qu'un État fédéré ne dispose pas de centre de rétention spécialisé permet de déroger au principe posé à l'article 16, paragraphe I de la directive 2008/115. A cet égard, la Cour a considéré que « l'obligation prévue à la première phrase de l'article 16, paragraphe 1 de la directive 2008/115, d'effectuer la rétention dans des centres de rétentions spécialisés s'impose aux États membres en tant que tels, et non pas aux États membres en fonction de leur structure administrative ou constitutionnelle

[1545] Avis CE, 19 juillet 2017, n°408919.
[1546] Ibid.

[1548] Article 16 de la directive 2008/115/CE.
[1549] CJUE, 17 juillet 2015, aff Adala Bero, C-473/13 et C-514/13.

respective[1550] ». Ainsi, l'inexistence de centre de rétention spécialisé dans un État fédéré ne permet pas de déroger à l'article 16, paragraphe 1, de la directive 2008/115. Il s'agit là d'une interprétation stricte de la possibilité de dérogation. Dans d'autres arrêts, la Cour a procédé à une interprétation extensive de la possibilité de dérogation. En effet, dans un arrêt du 2 juillet 2020[1551], alors que l'article 18 de la directive 2008/115 fournit une liste de situations d'urgence dans lesquelles il est possible de déroger à l'article 16, paragraphe 1, la Cour a considéré qu'il ne résulte ni des termes de la directive ni de son économie générale que les situations prévues à l'article 18 constitueraient les seuls motifs susceptibles d'être invoqués par les États membres pour déroger au principe de placement des ressortissants des pays tiers en rétention à des fins d'éloignement dans des centres spécialisés[1552]. Cette dérogation s'explique par des considérations liées à la préservation de l'intégrité corporelle et la vie de tiers et de la sécurité nationale. Enfin, la Cour a précisé qu'une section spécifique d'un établissement pénitentiaire dirigé par un directeur autre que celui de l'établissement pénitentiaire, disposant d'un bâtiment spécifique avec des installations propres et isolées des bâtiments dans lesquels sont incarcérés les prisonniers de droit commun, pouvait être considérée comme « un centre de rétention spécialisé », à condition, d'une part, que la rétention ne s'apparente pas à un enfermement et, d'autre part, que les droits fondamentaux des intéressés soient respectés.[1553]

L'essentiel de l'aménagement des conditions de rétention résulte du contrôle juridictionnel de la mesure de rétention. Aux termes de l'article 15, paragraphe 2, de la directive « retour », le contrôle juridictionnel de la mesure de rétention est obligatoire si la décision a été prise par une autorité administrative[1554]. La directive autorise les États membres à mettre en place un contrôle soit automatique, soit sur requête. Il doit intervenir « le plus rapidement possible ». Contrairement au contrôle des décisions de retour et d'éloignement qui sont des contrôles de pleine juridiction, le contrôle des mesures de rétention est un contrôle « de la légalité de rétention ». « Il appartient, en effet, au juge de se prononcer d'une part sur l'absence d'autres mesures possibles, selon le principe de proportionnalité, d'autre part sur la perspective raisonnable d'éloignement[1555] ». Jean Yves Carlier constate un apport important de la directive sur cette question en considérant que « dans la mesure ou les conditions de proportionnalité de

[1550] CJUE, 17 juillet 2015, aff Adala Bero, C-473/13 et C-514/13, point 28.
[1551] CJUE, 2 juillet 2020, aff. WM, C-18/19.
[1552] CJUE, 2 juillet 2020, aff. WM, C-18/19, point 36.
[1553] CJUE, 10 mars 2022, aff. K, C-519/20.
[1554] Article 15, paragraphe 2, de la directive 2008/115/CE.
[1555] CARLIER Jean Yves, La directive retour et le respect des droits fondamentaux, in Europe des libertés, vol, mai 2008, n°26, p 13-21 http://.hande.net/2078.1/110619

[la] la rétention doivent être expressément soumises à un contrôle juridictionnel régulier, il y a ici, du point de vue des droits fondamentaux, une innovation importante par rapport à la législation de plusieurs États membres qui ne permettaient qu'un contrôle de stricte légalité de la privation de liberté au regard de la mesure d'éloignement, sans contrôle possible de son opportunité[1556] ». Outre le placement en rétention, sa prolongation est également soumise à un contrôle juridictionnel[1557]. En effet, conformément au paragraphe 6 de l'article 15, la durée de rétention de 6 mois peut être prolongée de 12 mois supplémentaire *« lorsque malgré tous les efforts raisonnables, il est probable que l'opération d'éloignement dure plus longtemps en raison* » soit du manque de coopération du ressortissant d'État tiers concerné soit des retards subis pour obtenir de pays tiers les documents nécessaires[1558]. Dans un arrêt du 7 juillet 2014[1559], ces conditions de prolongation ont été précisées par la Cour de justice. En l'espèce, M. Mahdi, un ressortissant soudanais en séjour irrégulier en Bulgarie, avait été placé en rétention administrative. A l'issue du délai initial de 6 mois, les autorités bulgares ont souhaité la prolongation de son placement en rétention en raison du refus de l'Ambassade soudanaise de délivrer un document d'identité permettant à l'intéressé de voyager hors de Bulgarie. C'est dans ce cadre que la Cour de justice a été saisie par les juridictions bulgares en interprétation de l'article 15 de la directive retour. La cour a apporté plusieurs précisions relatives aux conditions de prolongation du placement en rétention administrative. En premier lieu, elle a considéré que la décision prolongeant la rétention à la fin de la période maximale de rétention initiale doit revêtir la forme d'un acte écrit comportant les motifs de fait et de droit justifiant cette décision[1560]. Autrement dit, la prolongation au-delà de la période maximale initiale est soumise aux mêmes conditions que le placement initial en rétention. En deuxième lieu, elle a considéré que le contrôle doit permettre à l'autorité judiciaire saisie de la demande de prolongation de statuer sur le fond, au cas par cas, de pouvoir substituer à la rétention une mesure moins coercitive, ou de décider la remise en liberté de l'intéressé[1561]. En troisième lieu, elle a précisé que le fait que l'irrégulier n'est pas muni d'un document d'identité ne peut, à lui seul, justifier une prolongation de la rétention[1562]. Toutefois, en l'absence de document d'identité, le risque de fuite de l'intéressé peut justifier la prolongation de sa rétention. En outre, la Cour a précisé

[1556] Ibid.
[1557] DVOUEZ Nelly, Interprétation par la Cour de justice de l'Union européenne des conditions de prolongation des mesures de rétention, Dalloz actualité 7 juillet 2014.
[1558] Article 15, paragraphe 6, a et b.
[1559] CJUE, 5 juillet 2014, aff. Bashir Mohamed Ali Mahdi, C-146/14.
[1560] CJUE, 5 juillet 2014, aff. Bashir Mohamed Ali Mahdi, C-146/14, point 52.
[1561] CJUE, 5 juillet 2014, aff. Bashir Mohamed Ali Mahdi, C-146/14, point 64.
[1562] CJUE, 5 juillet 2014, aff. Bashir Mohamed Ali Mahdi, C-146/14, point 73.

la notion de « manque de coopération » en considérant que le comportement d'un irrégulier qui n'a pas obtenu de document d'identité ne peut être qualifié de « manque de coopération » que s'il résulte de l'examen de ce comportement au cours de la période de la rétention que l'intéressé n'a pas coopéré à la mise en œuvre de l'opération d'éloignement et qu'il est probable que l'opération dure plus longtemps que prévu à cause de ce comportement[1563].

Enfin, la directive retour consacre des garanties procédurales[1564]. L'article 12 impose que soient rendues par écrit « les décisions de retour, les décisions d'interdictions d'entrée ainsi que les décisions d'éloignement », qu'elles « indiquent leurs motifs de fait et de droit » et qu'elles comportent les informations relatives aux voies de recours disponibles ». « Sur demande, les États membres fournissent une traduction écrite ou orale des principaux éléments des décisions liées au retour, y compris des informations concernant les voies de recours disponibles, dans une langue que le ressortissant d'un pays tiers comprend ou dont il est raisonnable de supposer qu'il la comprend [1565]». Ces exigences de la directive ont été littéralement reprises à l'article 48 de la loi française du 16 juin 2011, transposant ladite directive[1566]. Si la directive autorise les États membres de ne pas appliquer l'exigence d'information aux ressortissants de pays tiers qui ont pénétré illégalement sur le territoire d'un État membre et qui n'ont pas obtenu par la suite l'autorisation ou le droit d'y séjourner[1567], il convient de noter que le législateur français n'a pas fait usage de cette possibilité.

A la vue de ces éléments, si on peut affirmer que la directive a procédé à une harmonisation des droits et des garanties consacrés en faveur des irréguliers, il convient aussi de noter qu'elle a harmonisé des « régressions[1568] ». Le caractère régressif des droits se déduit de la comparaison entre les droits nationaux antérieurs et ceux postérieurs à l'adoption de la directive retour. Autrement dit, la directive autorise des pratiques répressives qui n'étaient pas autorisées dans les législations nationales avant son adoption. A titre d'exemple, on peut citer l'enfermement des enfants et la possibilité d'allongement de la durée de rétention jusqu'à 18 mois. Ainsi, alors que le droit français n'autorisait ni l'éloignement ni l'enfermement des enfants[1569], la directive

[1563] CJUE, 5 juillet 2014, aff. Bashir Mohamed Ali Mahdi, C-146/14, point 85.
[1564] Chapitre III de la directive 2008/115/CE.
[1565] Article 12, paragraphe 2, de la directive 2008/115/CE.
[1566] La loi n°2011-672 du 16 juin 2011, relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.
[1567] Article 12, paragraphe 3, de la directive 2008/155/CE.
[1568] SLAMA Serge, La transposition de la directive retour : vecteur de renforcement ou de régression des droits des irréguliers, in Laurence Dubin, la légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2012, p.289.
[1569] Article L 511-4 du CESEDA « ne peuvent faire l'objet d'une obligation de quitter le territoire français : l'étranger mineur de dix-huit ans ; l'étranger qui justifie par tous moyens résider habituellement en France depuis a atteint au plus l'âge de treize ans… ».

admet la possibilité pour les États membres de prendre des décisions de retour contre les mineurs[1570], accompagnés ou non, et par suite, l'enferment des mineurs et plus largement des familles[1571]. Comme affirme Serge Slama, « avec l'enfermement des enfants, les articles 15-5 et 15-6 de la directive sont assurément les dispositions les plus contestées et contestables de la directive ». L'auteur ajoute que « si ces normes et procédures communes contiennent un certain nombre de garanties, elles permettent aussi des régressions des droits nationaux les plus protecteurs dès lors que la directive ne comporte pas de clause de standstill obligeant les États dotés d'une législation plus favorable à la maintenir ou à apporter des garanties équivalentes[1572] ».

Lorsque les étrangers parviennent à se maintenir dans les États membres de l'Union en dépit de l'irrégularité de leur séjour, leur statut socio-économique se caractérise par une indifférence quasi-totale du droit de l'Union, laissant ainsi les intéressés à la discrétion des droits nationaux des États membres. Or, les États membres de l'Union ont tendance à subordonner le bénéfice des droits sociaux économiques des étrangers à la régularité de leur séjour.

§ II. Les droits sociaux économiques des irréguliers

Les irréguliers dans les États membres de l'Union européenne peuvent être classés en deux groupes principaux : les étrangers « tolérés » c'est-à-dire ceux dont l'éloignement a été suspendu en raison d'obstacles juridiques, technique ou politique[1573] et les étrangers qui n'ont jamais eu affaire avec l'administration de l'État membre d'accueil. Le droit de l'Union européenne n'ayant prévu un « traitement équitable[1574] » qu'en faveur des étrangers en situation régulière, le statut juridique des irréguliers est principalement régi par le droit national et subsidiairement par le droit de l'Union européenne[1575]. Quelle que soit la catégorie à laquelle appartient l'étranger concerné, toléré ou n'ayant pas fait l'objet d'une mesure d'éloignement, l'intéressé se trouve dans un état de quasi abandon dans la mesure où il ne bénéficie que de très

[1570] Article 10 de la directive 2008/115/CE.
[1571] Article 17 de la directive 2008/115/CE.
[1572]SLAMA Serge, La transposition de la directive retour : vecteur de renforcement ou de régression des droits des irréguliers, in Laurence Dubin, la légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2012.
[1573] GOSME Charles, Les limbes de l'inéloignabilité : la nouvelle condition juridique de l'étranger, revue critique de droit international privé, 2015 p.43.
[1574] Conclusion du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 ; article 79 TFUE.
[1575] Sur la répartition des compétences entre l'Union européenne et ses États membres en matière d'immigration irrégulière, NEFRAMI Eleftheria, La répartition des compétences entre l'Union européenne et ses États membres en matière d'immigration irrégulière, in Laurence Dubin, la légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne, Bruxelles, 2012, p. 35-63.

peu de droits sociaux économiques, variant d'un État membre à un autre. L'étude du statut économique du travailleur étranger en situation irrégulière illustre le silence du droit de l'Union, laissant ainsi l'intéressé à la discrétion des législations nationales (A). Cette analyse vaut également pour le statut social des travailleurs étrangers en situation irrégulière (B).

A. Le statut économique des travailleurs étrangers en séjour irrégulier : le silence du droit de l'Union face à une protection insuffisante des législations nationales

L'Union européenne ne s'intéresse au sort des travailleurs étrangers en séjour irrégulier qu'en vue de réprimer[1576]. A ce titre, la directive du 18 juin 2009 prévoit des sanctions à l'encontre des employeurs des étrangers en situation irrégulière[1577]. En effet, face à la vision exclusivement répressive de l'Union vis-à-vis des étrangers en situation irrégulière, leur statut économique reste régi par la législation nationale de l'État membre d'accueil. Or, les législations nationales des États membres ne semblent pas protéger suffisamment le travailleur étranger en séjour irrégulier. Le caractère insuffisant de la protection accordée par les législations nationales peut être illustré à travers l'exemple de la rupture du contrat de travail (1). Toutefois, il convient de noter qu'en dépit du caractère irrégulier de son séjour, le droit français, sous l'influence du droit de l'Union, assimile le travailleur étranger en séjour irrégulier à un salarié régulièrement engagé, au regard des obligations de l'employeur (2).

1) La rupture du contrat de travail du salarié étranger en séjour irrégulier : une rupture non soumise aux règles protectrices contre le licenciement en droit français

En France, l'article L 8251-1 du code du travail subordonne l'employabilité de l'étranger à la régularité de son séjour et à l'obtention d'un titre l'autorisant à travailler[1578]. La jurisprudence en a déduit que l'employeur doit vérifier, lorsqu'il embauche un étranger, que celui-ci dispose d'un titre de séjour l'autorisant à travailler. La loi du 24 juillet 2006[1579] a renforcé les obligations

[1576] Directive 2009/52 CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009, prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.
[1577] GAUGAREILH Isabelle, La pénalisation du travail irrégulier en droit européen, in Laurence Dubin, (dir), la légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2012, p.280.
[1578] Article L 8251-1 du code du travail « nul ne peut directement ou indirectement embaucher, conserver à son service ou employer pour quelque que durée que ce soit un étranger non muni d'un titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France… ».
[1579] La loi n°2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration.

de l'employeur. Il doit vérifier auprès de la Préfecture que l'étranger qu'il entend employer dispose d'un titre de séjour l'autorisant à travailler en France. La vérification est effectuée au moyen d'un courrier daté, signé et recommandé ou un courrier électronique au moins deux jours ouvrables avant l'embauche. La préfecture répond à la demande dans les deux jours ouvrables suivant la demande. A défaut de réponse dans ce délai, l'obligation de l'employeur est réputée effectuée. Ces obligations ont été présentées comme un instrument de lutte contre le travail des étrangers dépourvus d'autorisation[1580].

S'agissant de la rupture du contrat de travail de l'étranger en séjour irrégulier, deux situations doivent être distinguées : celle où l'irrégularité survient en cours d'exécution du contrat et celle où l'étranger concerné a été recruté alors qu'il ne remplissait pas les conditions exigées[1581]. Dans le premier cas, la rupture du contrat de travail est subordonnée aux respects des règles protectrices contre le licenciement[1582]. Cette solution a été confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du 14 novembre 1997[1583]. En l'espèce, un travailleur étranger avait été licencié par son employeur au motif que sa carte de séjour et de travail n'avait pas été renouvelée. L'étranger concerné a ainsi saisi la juridiction prud'homale d'une demande en paiement d'indemnités de rupture. C'est dans ce contexte que la Cour de cassation a considéré que « toute rupture d'un contrat de travail à durée indéterminée par l'employeur, hors la rupture en cours d'essai et les cas de force majeure et de mise à la retraite lorsque les conditions légales en sont remplies, constitue un licenciement[1584] ». Toutefois, l'intéressé ne peut prétendre au préavis lorsqu'il est dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations contractuelles. Lorsque le non renouvellement du titre de séjour est dû à une faute de l'employeur (le refus de donner les documents nécessaires), celui-ci doit, dans ce cas, payer une indemnité de préavis[1585].

Dans la deuxième hypothèse, c'est-à-dire celle ou l'étranger a été embauché alors qu'il était en séjour irrégulier, l'intéressé ne bénéfice pas des règles protectrices contre le licenciement. En effet, en 2008, la chambre sociale de la cour de Cassation a eu l'occasion de préciser les règles applicables à la rupture du contrat de travail d'un travailleur étranger en séjour irrégulier. En l'espèce, a été mis fin, à l'initiative de l'employeur, au contrat de travail d'un ressortissant macédonien au motif qu'il n'avait le droit d'exercer une activité salariée en France. Aucun

[1580] Cf, BAUDET-Caille Véronique, Les sans-papiers licenciés ont-ils des droits ? Plein droit n° 80, mars 2009, [en ligne] consulté le 3 janvier 2024.
[1581] Ibid.
[1582] Cour de cassation, soc, 14 novembre 1997, n°94-42.604.
[1583] Ibid.
[1584] Ibid.
[1585] Cour de cassation, soc, 20 juin 1995, n°92-40.807.

entretien préalable au licenciement n'avait été organisé par l'employeur. Devant la chambre sociale, le salarié a invoqué l'article 7 de la Convention 158 de l'OIT, selon lequel un travailleur ne peut être licencié pour des motifs liés à sa conduite ou à son travail avant qu'on ne lui ait offert la possibilité de se défendre contre les allégations formulées. Le salarié considérait qu'il n'avait pas pu s'exprimer sur les motifs de la rupture de son contrat de travail. La Cour de cassation a rejeté l'argument, considérant que l'article 7 précité ne vise que les licenciements pour des motifs liés à la conduite ou au travail du salarié et ne s'applique pas à la rupture du contrat de travail d'un étranger motivée par son emploi sans autorisation. « Elle conclut que l'application des dispositions relatives à l'entretien préalable au licenciement est exclue dans ce type de rupture[1586] ». Il en résulte que les règles protectrices contre le licenciement ne s'appliquent pas à la rupture du contrat de travail d'un étranger en séjour irrégulier. Ainsi, ce type de rupture n'est donc pas un licenciement comme un autre. En effet, dans le droit commun du licenciement, les juges considèrent que l'absence de convocation à un entretien préalable cause nécessairement un préjudice au salarié concerné[1587]. En juin 2008, la chambre sociale confirme sa jurisprudence concernant l'absence d'entretien préalable en cas de rupture du contrat de travail d'un salarié dépourvu de titre de séjour et d'autorisation de travail[1588]. L'emploi d'un étranger en séjour irrégulier au moment de l'embauche englobe deux situations qu'il convient de distinguer : celle ou le salarié s'est pourvu de faux documents, trompant ainsi son employeur, et celle ou le défaut de titre de séjour était connu de l'employeur au moment de l'embauche. Quelle que soit la situation, les règles régissant le licenciement ne s'appliquent pas à la rupture du contrat de travail d'un salarié étranger motivé par son emploi irrégulier. Cette rupture n'est donc pas soumise à la procédure de licenciement prévue par le code du travail et contrôlée par les juges, telle que la vérification du motif invoqué par l'employeur, l'exigence d'un entretien préalable, l'octroi de dommage et intérêts pour licenciement abusif.

La doctrine a formulé un certain nombre de critiques à l'endroit de cette solution. Comme l'écrit Véronique Baudet-Caille « la solution parait critiquable et choquante, encore plus dans une affaire [ou l'employeur savait que le salarié était en situation irrégulière au moment de l'embauche]. Est-ce à dire qu'un employeur peut embaucher un salarié [en séjour irrégulier] (quelle est alors la portée réelle de l'obligation de contrôle mise en place depuis le 1er juillet 2007 ?) l'employer pendant plusieurs mois voire plusieurs années puis rompre son contrat en n'ayant comme seule obligation que l'envoi d'une lettre de rupture non motivée et le versement

[1586] BAUDET-CAILLE Véronique, Les sans-papiers licenciés ont-ils des droits ?, Plein droit n°80, mars 2009.
[1587] Ibid.
[1588] Cour de cassation, soc, 26 juin 2008, n°07-40.434.

d'une indemnité forfaitaire ? Critiquable, la solution l'est également si l'on se réfère aux fondements mêmes du droit du licenciement. Depuis la loi du 13 juin 1973, le licenciement n'est licite que s'il est justifié par une cause réelle et sérieuse, que le motif invoqué soit économique ou personnel…. Que reste-t-il de la protection du salarié si le juge ne contrôle plus les motifs de la rupture, le respect de la procédure[1589] ».

Toutefois, au regard des obligations de l'employeur, la législation française assimile le travailleur irrégulier au travailleur régulièrement employé.

2) L'assimilation du travailleur irrégulier au travailleur régulier au regard des obligations de l'employeur : en droit français et en droit de l'Union

Aux termes de l'article L8252-1 du code français du travail, « le salarié étranger employé en méconnaissance des dispositions du premier alinéa de l'article L 8251-1 est assimilé, à compter de la date de son embauche, à un salarié régulièrement engagé au regard des obligations de l'employeur… ». Cela signifie, qu'en dépit de l'irrégularité de son séjour, les dispositions du code du travail lui sont applicables notamment celles relatives à la durée du travail, au repos, aux congés, à l'ancienneté. Il a droit, au titre de la période d'emploi illicite, au paiement de son salaire. Le droit de l'Union va également dans le sens de l'assimilation. En effet, l'article 6 de la directive « sanction » consacre, en faveur du travailleur irrégulier, le paiement des arriérés par l'employeur. Il prévoit le paiement des salaires au moins égal à ce qui est prévu par le droit en vigueur dans l'État membre d'accueil[1590], les impôts et cotisations sociales que l'employeur aurait dû payer en cas d'emploi légal[1591] ainsi que tous les frais résultant de l'envoi des rémunérations impayées dans le pays dans lequel le travailleur concerné a été renvoyé[1592]. Aux termes du paragraphe 2 de l'article 6, les États membres doivent assurer au migrant des mécanismes leur permettant de faire un recours ou de faire exécuter un jugement pour tout salaire impayé y compris en cas de retour volontaire ou forcé. Isabelle Daugareilh considère que « sans le dire, la directive donne un contenu réel au droit fondamental de la personne au respect de ses biens consacré par l'alinéa 1 du protocole 1 de la CEDH qui s'applique à toute personne quelle que soit sa situation administrative. Elle y associe un droit de recours en faveur du migrant quel que soit le caractère du retour, ce qui, ici encore, est conforme avec la nature

[1589] Véronique Baudet-Caille, les sans-papiers licenciés ont-ils des droits ?, Plein droit n°80, mars 2009.
[1590] Article 6, paragraphe 1, a de la directive 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009.
[1591] Article 6, paragraphe 2, b, de la directive précitée.
[1592] Article 6, paragraphe 1, b, de la directive précitée.

même du droit fondamental à un procès équitable[1593] ». Cependant, la question de l'effectivité de ces droits consacrés par la directive « sanction » se pose. Le salarié irrégulier bénéficie-t-il réellement d'un droit de recours effectif pour le paiement des salaires impayés s'il fait l'objet d'une décision d'éloignement ? « N'aurait-il pas été plus pertinent d'imposer, si retour il y a, forcé ou volontaire, de suspendre sa réalisation au paiement sous astreinte des salaires dus. Cette solution aurait supposé que l'État et donc l'Union européenne se situe dans une posture de protection de la victime qu'est le migrant en situation irrégulière et non dans celle d'une exclusion d'abord et avant tout[1594] ». Afin d'éviter que le salarié éloigné agisse contre l'État membre d'accueil pour que ce dernier verse les salaires impayés ou qu'il lui soit demandé d'agir par subrogation, le considérant 14 du préambule de la directive prévoit que les États membres n'ont pas à verser les salaires en lieu et place des employeurs[1595]. L'étranger concerné peut, si c'est prévu par le droit national, demander à l'autorité compétente d'engager une procédure de recouvrement des salaires impayés sans qu'il soit besoin d'introduire un recours[1596]. En comparant le texte européen à la législation française avant la loi de transposition de la directive, on s'aperçoit que le texte européen consacre de réelles avancées en faveur des travailleurs migrants irréguliers. En termes d'avancées issues du droit européen, on peut citer la présomption d'emploi d'au moins 3 mois pour ce qui est du paiement des salaires, sauf preuve contraire du salarié concerné ou de l'employeur. « Au titre des apports de la directive, il faut également souligner le principe d'une responsabilité solidaire de l'entrepreneur et de l'employeur sous-traitant direct qui se traduit concrètement par la possibilité pour le donneur d'ordre d'être redevable de toute sanction financière et de tout arriéré. Cette possibilité en cas de défaillance du sous-traitant devient une obligation si l'entrepreneur et tout sous-traitant intermédiaire connaissaient la situation. A l'inverse, l'entrepreneur qui s'est acquitté des obligations de diligence n'est pas redevable des salaires et des arriérés dus par le sous-traitant[1597] ». De plus, le travailleur irrégulier doit être informé de ces droits avant l'exécution de toute décision de retour[1598]. Compte tenu de ces éléments, il convient de noter que les dispositions de la directive du 18 juin 2009 sont plus favorables aux travailleurs étrangers en séjour irrégulier que la législation française préexistante.

[1593] DAUGAREILH Isabelle, La pénalisation du travail irrégulier en droit européen, op cit, p. 277.
[1594] Ibid.
[1595] Considérant 14 de la directive 2009/52/CE « Lorsque les arriérés de paiement ne sont pas versés par l'employeur, les États membres ne devraient pas être obligés de remplir cette obligation à la place de l'employeur ».
[1596] DAUGAREILH Isabelle, La pénalisation du travail irrégulier en droit européen, op cit, p. 278.
[1597] Ibid. ; Article 8 de la directive sanction.
[15981598] Article 6, paragraphe 2, b alinéa 2, de la directive sanction.

Le statut social du travailleur étranger en séjour irrégulier traduit également la reconnaissance de droits minorés.

B. Le statut social du travailleur étranger en séjour irrégulier : exemple du droit d'accès aux prestations de sécurité sociale

La condition de régularité de séjour a été progressivement introduite dans le droit français de la protection sociale. Dès 1967, un décret subordonne le bénéfice de l'assistance chômage à une condition de régularité de séjour[1599]. En 1975, une loi pose la même exigence pour le bénéfice des prestations familiales[1600]. En 1978, le critère est étendu à la branche maladie, d'assurance personnelle[1601]. En 1993, la loi Pasqua, relative à la maitrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, renforce le dispositif de lutte contre l'immigration clandestine en subordonnant le bénéfice des prestations sociales à une condition de régularité de séjour[1602]. Ainsi, la loi de 1993 pose le principe de l'exclusion du travailleur étranger en séjour irrégulier.

Le principe de l'exclusion vise en premier lieu, la sécurité sociale. En effet, l'article 36 de la loi du 24 aout 1993 subordonne à la régularité du séjour et de travail l'affiliation à un régime obligatoire de sécurité sociale[1603] et fait obligation aux organismes de sécurité sociale de s'assurer de cette régularité au moment de l'affiliation et périodiquement, en recourant, si nécessaire, aux fichiers des services de l'État[1604]. Outre la subordination de l'affiliation à une condition de régularité de séjour, l'article 36 subordonne également à la régularité du séjour l'attribution d'un avantage d'invalidité[1605] ou vieillesse[1606]. Il est précisé que les étrangers n'ont droit et n'ouvrent droit aux prestations des assurances maladie, maternité et décès que s'ils remplissent les conditions auxquelles est subordonnée l'affiliation.

[1599]Décret du 25 septembre 1967 fixant les conditions d'attribution des allocations d'aide publiques aux travailleurs privés d'emploi.
[1600] La loi du 4 juillet 1975 tendant à la généralisation de la sécurité sociale.
[1601] La loi du 2 janvier 1978 relative à la généralisation de la sécurité sociale.
[1602] La loi n°93-1027 du 24 aout 1993, relative à la maitrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers.
[1603] Article L 115-6 du code de la sécurité sociale, créé par la loi du n°93-1027 du 24 aout 1993, article 36, JORF du 29 aout 1993.
[1604] Article L 115-7 du code de la sécurité sociale, créé par la loi du n°93-1027 du 24 aout 1993, article 36, JORF du 29 aout 1993.
[1605] Article L161-16-1 du code de la sécurité sociale, créé par la loi du n°93-1027 du 24 aout 1993, article 36, JORF du 29 aout 1993.
[1606] Article L161-18-1 du code de la sécurité sociale, créé par la loi du n°93-1027 du 24 aout 1993, article 36, JORF du 29 aout 1993.

A la suite de l'adoption de la loi Pasqua de 1993, certains parlementaires avaient émis un doute sur sa constitutionnalité. En effet, les parlementaires, auteurs de la saisine, alléguaient à l'encontre des dispositions de l'article 36 de la loi précitée, relatives aux droits sociaux des étrangers, une méconnaissance du respect de la liberté individuelle, une rupture du principe d'égalité, une atteinte au droit de la vie privée et familiale et un enrichissement sans cause des caisses de sécurité sociale[1607]. La réponse du Conseil constitutionnel devait contribuer à préciser le « le statut constitutionnel des étrangers ». L'ensemble des questions relatives à la protection sociale des étrangers peut être résumé de la manière suivante : « le législateur peut-il, sans méconnaitre les principes et règles de valeur constitutionnelle, édicter en la matière des règles discriminatoires au détriment des étrangers en tant que tels ? [1608]»

Le Conseil constitutionnel a répondu successivement à ces différents griefs. Pour écarter le grief relatif à l'atteint à la liberté individuelle, il considère qu'« en prévoyant que les organismes chargés de la gestion d'un régime obligatoire de sécurité sociale pourront avoir accès aux fichiers de l'État pour vérifier que les assurés étrangers satisfont aux conditions de régularité de leur séjour en France, le législateur a explicitement entendu assurer l'application des dispositions protectrices de la liberté individuelle prévues par la législation relative à l'information, aux fichiers et aux libertés[1609] ».

Quant au grief relatif à l'enrichissement sans cause, il convient de distinguer deux hypothèses, celle ou l'étranger a été affilié alors qu'il ne remplissait pas les conditions d'affiliation et celle ou l'étranger concerné a été régulièrement affilié mais qu'il est dépourvu de titre de séjour au moment de la liquidation des droits. Concernant la première hypothèse, le Conseil constitutionnel s'est contenté d'affirmer que « les cotisations versées aux régimes obligatoires de sécurité sociale qui résultent de l'affiliation à ces régimes constituent des versement à caractère obligatoire de la part des employeurs comme des salariés ». Or, les travailleurs étrangers en situation irrégulière n'ont pas vocation à être affiliés aux régimes obligatoires de sécurité sociale. Dès lors, comment expliquer la retenue des cotisations versées alors que la condition d'affiliation n'était pas remplie au moment du versement de ces cotisations ? En effet, les autorités françaises ont longtemps considéré que les employeurs tiraient profit de l'emploi irrégulier. Dans ce sens, dès 1982, une circulaire soulignait que « de trop nombreux employeurs n'hésitaient pas à embaucher [des] travailleurs étrangers sans papier, du fait des multiples

[1607] Conseil constitutionnel, décision n°93-325 DC du 13 aout 1993, point 117.
[1608] DUPEYROUX Jean-Jacques, Le droit de l'étranger à la protection sociale, droit social 1994, p. 69.
[1609] Conseil constitutionnel, décision n°93-325 DC du 13 aout 1993, point 121.

avantages qu'ils en tiraient : bas salaires, pas de charges sociales[1610] ». Ainsi, la retenue des cotisations sociales, alors que le salarié ne remplissait pas les conditions d'affiliation, semble avoir pour objectif de priver les employeurs des travailleurs irréguliers des avantages pécuniaires qu'ils entendent tirer de l'emploi irrégulier[1611]. Cette situation a été dénoncée par la Commission consultative des droits de l'homme, institution chargée d'assurer auprès du gouvernement français un rôle de conseil et de proposition. Elle considérait que la « cotisation dont ils [les travailleurs étranger en situation irrégulière) ne peuvent obtenir la contrepartie, s'apparente à une retenue sur le fruit de leur travail contraire au principe d'égalité[1612] ».

En dépit de nombreuses critiques doctrinales adressées à cette solution française, elle a été reprise dans la réglementation européenne en 2009. En effet, il est prévue à l'article 6, paragraphe 1, b, de la directive « sanction » que l'employeur qui emploi un étranger en séjour irrégulier devra s'acquitter de toutes les cotisations sociales comme si l'étranger concerné avait été régulièrement employé[1613].

Concernant la deuxième hypothèse, c'est-à-dire celle ou l'étranger n'est plus titulaire d'un titre de séjour au moment de la liquidation de ses droits. La spécificité de la situation n'a pas échappé à la vigilance du Conseil Constitutionnel qui, pour écarter ce grief, a procédé à une réserve d'interprétation en considérant qu'« en posant une condition de régularité de séjour pour la demande de liquidation des avantages en matière d'invalidité et de vieillesse, le législateur a entendu que l'autorité administrative accorde, sous réserve des exigences d'ordre public, aux étrangers qui solliciteraient leur entrée sur le territoire français pour obtenir liquidation un titre de séjour dont la durée est de nature à permettre effectivement celle-ci ». Jean Jacques Dupeyroux et Xavier Prétot y voient la création par le Conseil Constitutionnel d'un nouveau cas de délivrance de titre de séjour. Les auteurs voient dans cette décision une rupture flagrante de l'égalité entre les assurés d'un même régime. En effet, ils considèrent que si on peut « admettre qu'une personne affiliée à un régime légal ne tire, du seul fait du versement des cotisations, aucun droit acquis au bénéfice des prestations correspondantes […] [la décision du Conseil constitutionnel] implique, en pratique, une rupture flagrante de l'égalité entre les assurés d'un même régime : alors que tous auront cotisé dans les mêmes conditions, certains

[1610] Circulaire interministériel du 12 mars 1982 pour l'application de la loi n°81-941 du 17 octobre 1981, relative à l'emploi de travailleurs étrangers en situation irrégulière.
[1611] Ibid.
[1612] CNCDH, note d'orientation concernant les droits des étrangers, 3 juillets 1997 http://www.cncdh.fr/article.php3?id
[1613] Article 6, paragraphe 1, b, de la directive 2009/52/CE.

d'entre eux ne pourront faire valoir leurs droits parce que les motifs d'ordre public s'opposeront à ce qu'il leur soit délivré un titre de séjour leur permettant de faire liquider leurs dossiers ».

Enfin, pour écarter le grief relatif au principe constitutionnel d'égalité, le Conseil constitutionnel a considéré que « les étrangers qui résident et travaillent régulièrement sur le territoire français et ceux qui ne satisfont pas aux mêmes conditions de régularité ne sont pas dans la même situation au regard de l'objet de la loi ; qu'au regard de cet objet, les nationaux et les étrangers sont également placés dans des situations différentes[1614] ». S'il est vrai que les réguliers et les irréguliers ne sont pas dans la même situation, il est aussi de jurisprudence qu'une discrimination n'est conforme à la constitution que pour autant que le critère de discrimination soit en rapport avec l'objet de la loi discriminatoire. Or, la condition de régularité de séjour ne semble pas être en rapport avec l'objet de la loi de 1993. Comme affirme Lola Isidro « la condition de régularité de séjour n'est pas en rapport avec l'objet de la loi, c'est-à-dire la protection sociale des personnes étrangères, mais avec son objectif, qui a trait à la maîtrise de l'immigration. Or, le lien ainsi établi entre la protection sociale et nécessité de maitriser l'immigration est très discutable. Il se fonde, notamment, sur le postulat du caractère attractif du système de protection sociale qui inciterait les personnes étrangères à venir en France dans le but de bénéficier de prestations sociales. Dans cette perspective, poser des obstacles à l'accès à la protection sociale concourrait à les dissuader de chercher à s'installer en France […] le critère de régularité remplirait ainsi une double fonction, dissuasive et répressive[1615] ». A force de se concentrer sur l'objectif de maîtrise de l'immigration, l'objet de la protection sociale, à savoir protéger les individus contre les aléas de la vie, semble être perdu de vue[1616]. Ainsi, il convient de noter que si le Conseil constitutionnel ne voyait dans la loi de 1993 aucune atteinte au principe d'égalité, le bien-fondé de sa décision est loin d'être évident, dans la mesure où la différence de traitement entre les réguliers et les irréguliers résulte non d'un motif en rapport avec la protection sociale, mais de l'application du régime de l'entrée et du séjour des étrangers en France[1617]. « La motivation de la décision du 13 aout 1993 suscite ainsi quelque perplexité, le Conseil constitutionnel affirmant un principe pour le vider ensuite de son contenu au terme d'un raisonnement pour le moins spécieux, dont la protection constitutionnelle des droits sociaux ne sort pas affermie[1618] ». La loi de 1993 a ainsi été qualifiée

[1614] Conseil constitutionnel, décision n°93-325 DC du 13 aout 1993, point 118.
[1615] Ibid.
[1616] Ibid.
[1617] DUPEYROUX Jean-Jacques et PRETOT Xavier, Le droit de l'étranger à la protection sociale, droit social 1994, p.69.
[1618] Ibid.

de régression des principes constitutionnels, régression qui a été entérinée par le Conseil constitutionnel en s'appuyant sur un raisonnement non exempt de contradictions[1619]. Il s'agit, en réalité, d'une « réglementation d'exclusion ».

Ces exigences du droit français n'ont pas été postérieurement remises en cause par le droit de l'Union.

Le dispositif répressif contre le séjour irrégulier s'adresse non seulement aux irréguliers eux-mêmes, mais aussi à toute personne susceptible d'encourager ce phénomène[1620]. Si les dispositions visant directement l'étranger en séjour irrégulier n'ont été que partiellement communautarisées, celles s'adressant aux personnes intervenant à tous les stades de ce phénomène ont fait l'objet d'une harmonisation plus approfondie.

Section II. L'harmonisation plus approfondie du dispositif régressif visant des personnes autres que les irréguliers

Comme l'affirme Vincent Tchen « La répression de l'immigration irrégulière puise sa singularité dans de dispositifs qui ne sanctionnent pas directement les étrangers. Tel est le cas du délit applicable aux personnes facilitant l'entrée, la circulation ou le séjour irrégulier[1621] ». Il convient de noter que ce délit existait en droit français[1622] avant l'adoption d'une norme commune sur cette question. La communautarisation du dispositif réprimant ce délit a eu une influence sur la pratique nationale française. Dès lors, la question de l'apport du texte européen se pose (paragraphe I). De la même manière, si la réglementation française réprimait les employeurs des étrangers en séjour irrégulier, la directive 2009/52/CE a procédé à une harmonisation de cette répression (paragraphe II).

§ I. L'apport de la réglementation européenne au délit d'aide à l'entrée, au transit et au séjour irrégulier

En France, la pénalisation du séjour irrégulier date d'un décret-loi du 2 mai 1938 sur la police des étrangers. Ce décret prévoyait que « tout individu qui par aide, directe ou indirecte, aura

[1619] DUPEYROUX Jean-Jacques, La protection sociale : la régression des principes constitutionnels, plein droit n°22-23, octobre 1993.
[1620] ROUZET Isabelle, Le contrôle de l'Utilisation de la force de travail : contribution à la légitimité de l'intervention de l'État sur l'emploi, thèse de doctorat, Paris 2, 1996.
[1621] TCHEN Vincent, Réflexion sur les sources du délit d'aide à l'entrée et au séjour irrégulier des étrangers, In Laurence Dubin, (dir) la légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2012, p 255.
[1622] Décret-loi du 2 mai 1938, JORF du 3 mai 1938.

facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irrégulier d'un étranger sera puni ». Si le décret-loi du 2 mai 1938 a été abrogé par l'ordonnance du 2 novembre 1945, la disposition sanctionnant l'aide au séjour irrégulier a été reprise à l'article 21 de l'ordonnance précitée. La répression s'adresse à toute personne susceptible d'apporter une aide, fut-elle désintéressée, au séjour irrégulier. En 1990, les signataires de la Convention d'application des accords de Schengen se sont emparés du délit d'aide à l'entrée et au séjour irrégulier. « Le délit s'affirme comme le socle d'une coopération policière destinée à consolider les frontières d'un espace de libre circulation. Le processus de communautarisation du droit des étrangers qui s'engage après le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 confirmera cette volonté de pénaliser l'aide apportée à un étranger en situation irrégulière[1623] ». La directive 2002/90 a ainsi été adoptée dans l'optique de pénaliser l'aide à l'entrée et au séjour irrégulier.

Il résulte de l'analyse combinée des dispositions européennes et françaises antérieures que l'intervention de l'Union n'a pas eu d'influence notable sur le droit français (A). Aussi, la France a opposé une certaine résistance à quelques modifications, notamment le cadre d'immunité, prévues par le dispositif européen (B).

A. Le délit d'aide à l'entrée et au séjour irrégulier : un dispositif répressif initié en France et étendu aux autres États membres de l'Union

Le délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irrégulier d'un étranger, tel qu'il existe aujourd'hui, trouve son origine dans un décret-loi français du 2 mai 1938 sur la police des étrangers. L'objectif d'institution de ce délit était de sanctionner « toutes les officines louches, tous les individus qui, gravitant autour des étrangers indésirables, font un trafic honteux de fausses pièces, de faux passeport ». Ainsi, l'article 4 du décret-loi précité disposait que « tout individu qui par aide directe ou indirecte aura facilité ou tenté de faciliter l'entrée ou le séjour irréguliers d'un étranger sera puni d'une peine d'emprisonnement de un mois à un an ». Le dispositif a été repris comme tel à l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945. Au fil des législations, la sanction prévue pour ce délit a été aggravée[1624]. La Convention d'application des accords de Schengen va donner un nouvel essor à ce délit. Il est formulé à l'article 27 de la

[1623] TCHEN Vincent, Réflexion sur les sources du délit d'aide à l'entrée et au séjour irrégulier des étrangers, in Laurence Dubin, (dir), la légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2012, p.255 et suivants.

[1624] Gisti, L'émergence et consécration du délit de solidarité « au fil du temps le législateur va aggraver la répression du délit. Sous l'empire de la loi du 10 juillet 1976 tendant à renforcer la répression en matière de trafics et d'emplois irréguliers de main d'œuvre étrangère les contrevenants s'exposent à une peine de deux mois à deux ans d'emprisonnement et de 2 000 F à 200 000 d'amende, auxquelles s'ajoutent une multitude de peines complémentaires ».

CAAS, et « prend place dans la construction d'un espace commun de libre circulation qui impose aux États de se doter des mêmes instruments juridiques pour contrôler plus strictement les frontières extérieures[1625] ».

Ainsi, la CAAS impose aux États partie de sanctionner de manière appropriée l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers. S'il est fait obligation aux États parties de sanctionner ce délit, la CAAS renvoie, quant à la teneur des sanctions, à la législation nationale des États membres[1626]. La seule exigence de la CAAS est le caractère approprié de la sanction envisagée. Ces sanctions visent « quiconque », c'est-à-dire des étrangers comme des nationaux et éventuellement les personnes morales. Vincent Tchen affirme que l'institution d'un délit à l'aide et au séjour irrégulier était une innovation pour la quasi-totalité des États parties aux accords de Schengen. Dans ce sens, il convient de noter que le délit d'aide à l'entrée et au séjour irrégulier a été initié en France et étendu aux autres États membres de l'Union, dans la mesure où ce délit « s'affirme […] comme le socle d'une coopération policière destinée à consolider les frontières d'un espace de libre circulation ».

Malgré l'origine française du délit d'aide à l'entrée et au séjour irrégulier, le dispositif français n'a pas été toujours conforme au dispositif européen.

B. La résistance française à transposer le cadre d'immunité prévu par le dispositif européen

Dès 1938, le législateur français a cherché à sanctionner les personnes favorisant l'immigration clandestine. Si les Conventions d'application des accords de Schengen ont repris à leur compte le délit d'aide à l'entrée et au séjour irrégulier, le dispositif français paraissait plus sévère que celui de la Convention. En effet, alors que le décret-loi du 2 mai 1938, reconduit par l'article l'ordonnance du 2 novembre 1945 (article 21), prévoyait que « tout individu qui, par son aide, directe ou indirecte, aura facilité ou tenté de faciliter l'entrée ou le séjour irrégulier d'un étranger sera puni », l'article 27 de la Convention d'application des accords de Schengen ne visait que l'aide apportée au séjour irrégulier à des fins lucratives[1627]. Alors que le dispositif

[1625] TCHEN Vincent Réflexion sur les sources du délit d'aide à l'entrée et au séjour irrégulier des étrangers, op cit.
[1626] Article 27 de la Convention d'application des accords de Schengen, « les États parties s'engagent à instaurer des sanctionner appropriées.. ».
[1627] Article 27 de la Convention d'application des accords de Schengen « les parties contractantes s'engagent à instaurer des sanctions appropriées à l'encontre de quiconque aide ou tente d'aider, à des fins lucratives, un étranger à pénétrer ou à séjourner sur le territoire d'une partie contractante en violation de la législation de cette partie contractante relative à l'entrée et au séjour des étrangers ».

français s'adressait à toute aide au séjour irrégulier, la Convention d'application des accords de Schengen visait simplement l'aide apportée à des fins lucratives. Ainsi, le champ d'application du dispositif français semblait plus large que celui de la Convention d'application des accords de Schengen. Concernant les sanctions encourues, la Convention renvoyait aux législations nationales en faisant simplement obligation aux États parties « d'instaurer des sanctions appropriées ». Malgré le constat du champ d'application plus large du dispositif français comparé au dispositif européen, la loi française du 27 décembre 1994, qui avait pourtant pour objectif de rendre le premier dispositif conforme au second, n'a pas exclu de son champ d'application l'aide apportée à des fins non lucratives[1628], « alors que l'infraction prévue par la Convention de Schengen [visait] très explicitement et exclusivement les comportements motivés par des fins lucratives[1629] ». Pour justifier le refus d'exclure l'aide apportée à des fins non lucratives du champ d'application de la loi française, Paul Masson, rapporteur de la loi du 27 décembre 1997 au Sénat, disait que « le droit pénal français incrimine en principe des faits ou des agissements sans prendre en considération les motifs qui animent leurs auteurs[1630] ». En 1994, le ministre français de l'intérieur ajoutait que le refus se justifiait par la volonté de réprimer « des agissements qui relèveraient par exemple de l'infiltration en France d'éléments appartenant à des réseaux islamistes, terroristes ou d'espionnage[1631] ».

Le refus d'exclure l'aide apportée à des fins non lucratives a permis aux autorités françaises d'intenter des poursuites pour délit d'aide à l'entrée et séjour irrégulier contre des individus ou des associations venant en aide aux sans-papiers[1632]. En 1996, le Conseil Constitutionnel n'a pas déclaré contraire à la Constitution, l'incrimination de l'aide apportée à des fins non lucratives[1633]. Cependant, une loi du 22 juillet 1996 a institué une immunité familiale au profit des ascendants, des descendants, et du conjoint de l'étranger. Autrement dit, les personnes précitées ne peuvent pas être poursuivies pour avoir apporté une aide à l'entrée et au séjour irrégulier à un membre de la famille. La loi Reseda du 11 mai 1998 a étendu le cercle des bénéficiaires de l'immunité[1634]. La loi du 11 mai 1998 avait également introduit une disposition prévoyant l'immunité pénale pour les associations à but non lucratif à vocation humanitaire dont la liste était fixée par arrêté. Cette disposition avait été invalidée par le Conseil

[1628] Gisti, L'émergence et consécration du délit de solidarité, htt://www.gisti.org/spip.php?article5627
[1629] Ibid.
[1630] Cité par Gisti, Ibid.
[1631] Joan compte rendu du 17 décembre 1994, pp.9269-9270.
[1632] Cour de cassation, chambre criminelle, 16 octobre 1996, pourvoi n°95-81875, publié au bulletin.
[1633] Conseil constitutionnel, décision n° 96-977 du 16 juillet 1996, relative à la loi tendant à renforcer la répression du terrorisme e des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique.
[1634] La loi n°98-349 du 11 mai 1998, relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile.

constitutionnel au motif qu'il porterait atteinte au principe de légalité des délits et des peines en faisant dépendre le champ d'application d'une loi pénale à une décision administrative d'inscrire ou non les association sur une liste[1635]. « La question de l'immunité tarde ainsi à émerger [en France] en raison d'une attitude des pouvoirs publics [français] qui ont voulu croire (ou feint de croire) que l'aide au séjour irrégulier était uniquement imputable à des filières de passeurs intéressés[1636] ». Or, il semblait évident que, sur le fondement du dispositif français, les poursuites pouvaient être initiées à l'encontre des personnes autres que des trafiquants et des réseaux mafieux. Dans ce contexte, certaines organisations parlèrent de « délit de solidarité[1637] ».

Confirmant la lettre et l'esprit de l'article 27 de la CAAS, la directive du 28 novembre 2002 « réitère les limites d'une répression qui se concentre sur les personnes aidant sciemment un étranger dans un but lucratif[1638] ». Cependant, une différence notable doit être signalée entre le cadre immunitaire prévu à l'article 27 de la CAAS et celui prévu par la directive 2002/90/CE définissant l'aide à l'entrée, au transit, et au séjour irrégulier. En effet, alors que l'article 27 de la CAAS subordonne la pénalisation du délit, que ce soit l'aide à l'entrée ou l'aide au séjour irrégulier, « à des fins lucratives », la directive 2002/90 opère une distinction selon que l'aide apportée concerne l'entrée ou le séjour irrégulier. A la lecture de l'article 1, a, de la directive 2002/90, on s'aperçoit que la pénalisation de l'aide à l'entrée irrégulière et au transit n'est subordonnée à aucune condition de gain pécuniaire. Selon cette disposition, les États adoptent à l'encontre « de quiconque aide sciemment une personne non ressortissante d'un État membre à pénétrer sur le territoire d'un État membre ou à transiter par le territoire d'un tel État, en violation de la législation de cet État relative à l'entrée ou au transit des étrangers… ». Ainsi, dès lors que l'aide à l'entrée ou au transit est apportée « sciemment », elle entre dans le champ d'application du dispositif. En revanche, la répression de l'aide au séjour irrégulier est subordonné à deux conditions cumulatives : l'aide doit être apportée sciemment et à but lucratif. De surcroit, il est permis aux État membres de tolérer ou non l'aide à l'entrée et au transit si le comportement se justifie par des considérations humanitaires. Aucune exception de cette nature n'est prévue pour l'aide au séjour irrégulier. Malgré la clarté de la directive 2002/90, la loi du

[1635] Conseil constitutionnel, décision n°98-399 DC du 5 mai 1998.
[1636] TCHEN Vincent Tchen, Réflexion sur les sources du délit d'aide à l'entrée et au séjour irrégulier, précité.
[1637] Gisti, L'émergence et consécration du délit de solidarité.
[1638] TCHEN Vincent, Réflexion sur les sources du délit d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers des étrangers, précité.

26 novembre 2003 [1639]n'établit pas une conformité parfaite entre les deux dispositifs. En effet, la loi du 26 novembre 2003 se borne, d'une part, à aggraver les sanctions et, d'autre part, à élargir le cadre de de l'immunité sans pourtant exclure l'aide apportée à des fins non lucratives du champ d'application de l'incrimination. Par exemple, l'immunité est étendue au-delà du cercle familial : les personnes physiques ou morales ne peuvent être inquiétées lorsque l'aide apportée à un étranger en situation irrégulière l'est « face à un danger actuel ou imminent, nécessaire à la sauvegarde de la vie ou de l'intégrité physique » de celui-ci à condition qu'il n'y ait pas de disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace et que l'aide n'ait donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte. Au fil des législations, on assiste à un élargissement progressif des immunités.

Les mesures visant à lutter contre le séjour irrégulier s'adressent également aux employeurs des clandestins.

§ II. Les mesures visant les employeurs des travailleurs irréguliers

Les mesures visant à sanctionner les employeurs des étrangers en séjour irrégulier existaient déjà en France[1640] avant l'adoption de la directive « sanction ». Face à l'inefficacité des dispositions nationales en la matière, le Parlement et le Conseil ont adopté le 18 juin 2009 la directive 2009/52/CE prévoyant des sanctions à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. Afin de dissuader les employeurs de recourir aux services des irréguliers, la directive impose des obligations aux employeurs avant toute embauche (A). En cas d'inobservation de ces obligations, elle prévoit des sanctions (B). Ces mesures déployées par l'Union européenne ne semblent pas prendre en compte la vulnérabilité de l'étranger concerné (C).

A. Les obligations de l'employeur

Les obligations de l'employeur sont définies à l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2009/52. Aux termes de cet article, les États membres imposent aux employeurs l'obligation d'exiger que le ressortissant de pays tiers, avant d'occuper un emploi, dispose d'un titre de séjour ou d'une autorisation de séjour valable et les présente à l'employeur ; de conserver une copie du titre de séjour pendant toute la durée d'emploi et de déclarer l'embauche du ressortissant de

[1639] Loi n°2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maitrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, JORF n°274 du 27 novembre 2003.
[1640] Les articles L 8221-5, L8251-1, L5224-1 du code du travail.

pays tiers aux autorités nationales compétentes. Les États membres peuvent prévoir une procédure simplifiée d'information à deux conditions cumulatives : lorsque l'employeur est un particulier et qu'il s'agit d'un emploi à des fins privées. Les obligations concernent l'emploi de tous les ressortissants de pays tiers. Une seule exception est prévue à l'obligation de notification aux autorités : lorsque l'étranger concerné dispose le titre de résident de longue durée conformément à la directive 2003/109/CE.

Dès lors que l'employeur s'acquitte de ces obligations, il ne peut pas être tenu pour responsable d'une violation de l'interdiction d'employer les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier notamment si ces derniers se sont pourvus d'un document falsifié, sauf si l'employeur savait que le document présenté était un faux.

En revanche, en cas d'inobservation de ces obligations, l'employeur s'expose à des sanctions qui peuvent être administratives et ou pénales.

B. Les sanctions en cas d'inobservation des obligations

L'inobservation des obligations de la directive est passible de sanctions. Aux termes de l'article 5 de la directive, ces sanctions doivent être effectives, proportionnelles et dissuasives. Les sanctions doivent comporter non seulement des sanctions financières, dont le montant augmente en fonction du nombre de ressortissants de pays tiers employés illégalement, mais également le paiement des frais de transport des intéressés en cas de procédure de retour en leur encontre. En France, s'est posée la question de constitutionalité de la contribution forfaitaire représentative des frais de réacheminement prévue à l'article L 626-1 du CESEDA[1641]. En l'espèce, à la suite d'un contrôle dans un salon de coiffure, le directeur général de l'office français de l'immigration et de l'intégration a estimé que la propriétaire du salon employait une ressortissante étrangère dépourvu de titre de séjour et d'autorisation de travail. Par une décision du 17 février 2016, il a mis à la charge de l'intéressée la somme de 17 600 euros au titre de la contribution spéciale prévue à l'article L 8253-1 du code du travail et la somme de 2553 euros au titre de la contribution forfaitaire représentative des frais de réacheminement prévue à l'article L 626-1 du CESEDA. L'intéressée a contesté ces contributions en invoquant le principe de proportionnalité des peines qui découle du *principe de nécessité des peines* garanti par l'article 8 de la déclaration de 1789, ainsi que la règle de no bis idem découlant du même article.

[1641] Article L 626-1 du CESEDA.

Autrement dit, selon la requérante, le cumul de la contribution forfaitaire de réacheminement et de la contribution spéciale serait contraire au principe no bis idem.

Le Conseil d'état n'a pas jugé nécessaire de renvoyer la question au Conseil constitutionnel en considérant que l'article L 626-1 du CESEDA se borne, dans les éléments relatifs au principe et au montant de la contribution forfaitaire représentative des frais de réacheminent […], à assurer la transposition en droit interne des dispositions inconditionnelles et précises de l'article 5 de la directive 2009/52. Il ajoute que l'article L 8253-1 du code du travail tend également à transposer une disposition inconditionnelle et précise de la directive 2009/52. Ainsi, il conclut que « la QPC ne mettant en cause aucune règle ni aucun principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, [qu'] il n'y a pas lieu de renvoyer la question dans cette mesure[1642] ». Il en résulte que, sous couvert de vérifier la constitutionnalité de la loi, le juge constitutionnel ne peut pas étendre son examen à la conformité de la directive aux principes constitutionnels[1643]. Un tel contrôle relève en effet du juge communautaire. Ainsi, une loi de transposition de directive européenne peut être contraire à la Constitution sans pour autant recourir la censure du conseil constitutionnel[1644]. Il convient également de noter que cette jurisprudence du conseil d'état établit une hiérarchie entre les normes constitutionnelles : les normes constitutionnelles inhérent à l'identité constitutionnelle de la France et celles qui ne seraient pas inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. L'incompétence du Conseil Constitutionnel en la matière semble s'expliquer par le principe de primauté et de l'effet utile du droit de l'Union. Les États membres, en ratifiant les traités originaires, semble avoir accepté l'ensemble du droit dérivé[1645].

Outre les sanctions financières, la directive 2009/52 prévoit des sanctions complémentaires. En effet, l'article 7 fait obligation aux États membres d'instaurer, le cas échant, d'autres mesures à l'encontre des employeurs qui embauchent des irréguliers. Le paragraphe 1 de l'article 7 énumère les mesures complémentaires aux sanctions financières telles que : l'exclusion du bénéfice de certaines aides ou subventions publiques, l'exclusion de la participation à une procédure de passation de marchés publics de travaux, de fournitures ou de services pour une période maximale de cinq ans, le recouvrement de certaines ou de toutes les prestations, aides

[1642] CE 13 mars 2019, n° 424565 424606, recueil Lebon, constitutionnalité de la procédure de sanction infligée aux employeurs en situation irrégulière.
[1643] CANIVET Guy, Principes fondamentaux et transposition des directives communautaires, colloque à Budapest, 1-3 octobre 2009.
[1644] MILLET François-Xavier, Le contrôle de constitutionnalité des lois de transposition : étude de droit comparé France-Allemagne, Paris, édition l'Harmattan, 2011, collection : logiques juridiques.
[1645] Ibid.

ou subventions publiques octroyées à l'employeur pendant une période maximale de 12 mois précédant la constatation de l'emploi illégal, y compris les fonds de l'Union gérés par les États membres et enfin la fermeture temporaire ou définitive des établissement ayant servi à commettre l'infraction ou le retrait temporaire ou définitif de la licence permettant de mener l'activité en question si cela est justifié par la gravité de l'infraction. Les États ont la possibilité de ne pas appliquer de telles sanctions si l'employeur est un particulier et qu'il s'agit d'un emploi à des fins privées.

Enfin, la directive incite les États membres à pénaliser l'emploi des irréguliers à certaines conditions. Il faut en premier lieu que l'infraction soit intentionnelle, qu'elle soit continue ou répétée de manière persistante, qu'elle concerne l'emploi simultané d'un nombre significatif de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, qu'elle s'accompagne de conditions de travail particulièrement abusives, qu'elle concerne les victimes de la traite des êtres humains ou des mineurs. Sont également passibles de sanctions pénales, ceux qui facilitent ou encourage le recrutement des étrangers en séjour irrégulier. Ces conditions ne sont pas cumulatives.

Il résulte de l'analyse qui précède qu'aucune attention particulière n'est accordée à la vulnérabilité du travailleur étranger en séjour irrégulier.

C. La non prise en compte de la vulnérabilité du travailleur irrégulier dans la stratégie de l'Union

Selon Isabelle Daugarelh, « le travailleur - de surcroit non communautaire-, en situation administrative irrégulière, cumule trois vulnérabilités, celle d'être un étranger, en situation irrégulière, souvent dépossédé de tout papier et en situation de travail clandestin. Il est en effet soumis à des conditions de travail contraires au travail décent quand il ne tombe pas dans les formes de travail ou qu'il ne devient pas victime de la traite des êtres humains. Au lieu d'exiger des États membres qu'ils prennent les moyens d'établir et de combattre les conditions d'emplois contraires au travail décent, stratégie dans laquelle s'est engagée par ailleurs l'Union européenne, la directive développe une approche des inspections ou des contrôles purement quantitative et en termes de risques [1646]». L'auteur estime que le simple fait d'être en situation irrégulière devait présumer la vulnérabilité de l'étranger concerné[1647], ce qui, par conséquent, pourrait lui ouvrir droit à une protection particulière dans l'État membre d'accueil. Alors que la directive 2009/52 ne fait aucune référence à la situation de vulnérabilité du travailleur

[1646] GAUGAREILH Isabelle, la pénalisation du travail irrégulier en droit européen, op cit.
[1647] Ibid.

étranger en situation irrégulière, la Cour de cassation, avait, dès 2001, considéré que la qualité d'étranger est un élément essentiel dans l'appréciation de la vulnérabilité d'une personne[1648]. Ainsi, « le législateur communautaire est resté sourd à la vulnérabilité et aux risques qui accompagnent l'expérience migratoire pratiquement dans sa globalité et dans sa durée. Cette vulnérabilité est peut être un des états les plus douloureux et plus préoccupant du phénomène migratoire dans lequel se trouve une personne ».

[1648] Cour de cassation chambre cirminelle, 11 décembre 2001.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

La lutte contre le séjour irrégulier a connu une évolution majeure dans les États membres de l'Union, passant de la souveraineté des États à une coopération, puis à une harmonisation incomplète des règles. Le dispositif européen s'adresse non seulement aux irréguliers eux-mêmes, mais aussi à toute personne qui favorise le séjour irrégulier.

S'agissant des mesures visant les irréguliers, le dispositif a connu une évolution. La première étape, c'est-à-dire celle où les conditions de l'éloignement étaient définies exclusivement par les législations et réglementations nationales, se traduisait par une approche répressive de l'immigration irrégulière. La volonté de lutter contre l'immigration clandestine était dans l'agenda de l'ensemble des États membres. Danse ce sens, la lutte contre l'immigration clandestine apparaissait comme « une question politiquement consensuelle[1649] ». Dans le cadre des accords de Schengen, avec la suppression des contrôles aux frontières intérieures entre certains États membres, la question de l'immigration irrégulière est apparue comme une mesure compensatoire. La question de retour a fait son apparition en droit originaire dans le traité de Maastricht en 1992. Elle a été insérée dans le titre VI (troisième pilier) en tant que question d'intérêt commun. A l'époque, si l'immigration clandestine était fondamentale liée à un objectif sécuritaire, il n'a pas été question d'attribuer une réelle compétence à l'Union. Le traité prévoyait simplement une information et une consultation mutuelle des États au sein du Conseil *en vue de coordonner leur action*. Ainsi, l'approche nationale répressive a pu continuer. Il a fallu attendre le traité d'Amsterdam pour que l'Union dispose d'une véritable compétence en la matière. Toutefois, en dépit de la reconnaissance d'une compétence en faveur de l'Union, les premières normes communes adoptées n'ont pas véritablement harmonisé les conditions d'éloignement des étrangers en situation irrégulière. Par conséquent, les règles nationales répressives, peu respectueuses des droits fondamentaux, ont pendant longtemps défini les conditions de retour. Si la directive du 28 mai 2001, relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants des pays tiers affirme que les décisions d'éloignement doivent être adoptées en « conformité avec les droits fondamentaux[1650] », rien dans cette directive n'empêche les États membres d'adopter une mesure d'éloignement contraire à ces droits fondamentaux. Seule la reconnaissance par les autres États membres d'une telle décision semble être subordonnée au respect des droits fondamentaux. La véritable

[1649] DUEZ Denis, L'Union européenne et l'immigration clandestine : de la sécurité intérieure à la construction de la communauté politique, Bruxelles, édition de l'Université de Bruxelles, 2008, p.16.
[1650] Le point 4 du préambule de la directive du 28 mai 2001, relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants des pays tiers.

harmonisation de la politique de retour est intervenue en 2008 avec l'adoption de la directive 2008/115/CE. S'il est quasi-unanimement admis que cette directive a procédé à une « européanisation de la politique de retour », la marge de manœuvre reconnue aux États a, en quelque sorte, entaché son effet harmonisateur. En tout état de cause, il convient de noter que la directive retour a consacré des garanties minimales en faveur des étrangers visés par une mesure d'éloignement.

Le deuxième volet répressif de la stratégie européenne de lutte contre l'immigration clandestine s'adresse non pas aux immigrés clandestins eux-mêmes, mais à ceux qui favorisent leur entrée et leur séjour dans les États membres. Ces mesures visant les « complices » de l'immigration clandestine ont été initiées dans les États membres, notamment en France, puis étendu à l'ensemble de l'Union. Il résulte de l'analyse de ces dispositifs que les normes communes ont eu pour effet d'encadrer les normes nationales en la matière.

L'encadrement des dispositions nationales par les normes de l'Union s'explique par l'attachement de l'Union au respect des droits fondamentaux. Toutefois, l'articulation entre des objectifs peu conciliables (la lutte contre l'immigration irrégulière et le respect des droits fondamentaux) a conduit à atténuer le respect des droits fondamentaux dans les dispositions de l'Union relatives au retour des étrangers, nécessitant ainsi le recours direct des intéressés à la Convention européenne des droits de l'homme.

Chapitre II.

L'ENCADREMENT DE LA REPRESSION DU SEJOUR IRREGULIER PAR LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME[1651]

La mise en œuvre des normes de l'Union relatives à la prévention et à la lutte contre l'immigration irrégulière doit se faire dans le respect des droits fondamentaux[1652]. Aux termes de l'article 67, paragraphe 1 TFUE, l'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux. Malgré l'affirmation constante du respect des droits fondamentaux par l'Union[1653], la volonté acharnée de lutter contre l'immigration irrégulière laisse peu de place au respect des droits fondamentaux dans les politiques nationales et européennes d'immigration et d'asile. Le contraste entre la volonté de lutter efficacement contre le séjour irrégulier et le respect des droits fondamentaux en droit de l'Union européenne[1654] a rendu nécessaire le recours à d'autres sources de droit, notamment la Conv. EDH[1655].

Si à l'origine la Conv. EDH ne contenait aucune disposition particulière relative à la situation des étrangers, la Cour. EDH, à travers sa jurisprudence, a pris en compte leur situation en

[1651] JULIEN-LAFERRIERE François, L'éloignement du territoire, des lois Pasqua et Debré à la loi Chevènement, In FULCHIRON Hugues, Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, L.G.D.J, 1999, P. 230-242, « tout ministre de l'intérieur rêve de pouvoir faire quitter le territoire aux étrangers en situation irrégulière. Car il y va de l'efficacité de la politique d'immigration et des dispositions législatives prises pour la mettre en œuvre. C'est ce qui explique que le régime juridique des mesures d'éloignement est modifié chaque fois qu'une alternance politique, petite ou grande, provoque la remise en cause des réformes opérées par le gouvernement précédent […]. Cette recherche d'efficacité se heure aux impératifs du respect des droits de l'homme et, en particulier, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tant dans ses aspects procéduraux que dans ses règles de fond ».

[1652] NEFRAMI Eleftheria, La répartition des compétences entre l'Union européenne et ses États membres en matière d'immigration irrégulière, in la légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne, sous la direction de Laurence Aubin, Bruylant, p. 51.

[1653] Le programme de la Haye adopté les 4 et 5 novembre 2004 lors du Conseil européen de Bruxelles a recommandé à la Commission la définition de normes communes afin que les étrangers en situation irrégulière soient rapatriés d'une façon humaine et dans le respect intégral de leurs droits fondamentaux et de leur dignité ; paragraphe 24 du préambule de la directive retour précise que « la présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus, en particulier, par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ».

[1654] AKANJI-KOMBE Jean François, Pour la commission des migrations, des réfugiés et de la population, doc S/Mig/Inf (2005) 17, 28 septembre 2005, p.2.

[1655] La quasi-totalité des instruments juridiques de l'Union relatifs à l'éloignement des étrangers en situation irrégulière contiennent des dispositions garantissant le respect des droits fondamentaux des intéressés. A titre d'exemple, le paragraphe 3 du préambule de la directive sur la reconnaissance des décisions d'éloignement énonce qu'il « qu'il convient d'adopter les décisions d'éloignement des ressortissants des pays tiers en conformité avec les droits fondamentaux , tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, notamment ses article 3 et 8, la Convention de Genève relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951, et tels qu'ils résultent des principes constitutionnels communs aux États membres » ; l'obligation des respecter les droits fondamentaux est également rappeler à l'article 19 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

réalisant une extension de la protection conventionnelle, notamment lorsqu'ils sont visés par une mesure d'éloignement.

Ainsi, face à l'insuffisance de protection sur le fondement du droit de l'Union européenne[1656], les étrangers visés par une mesure d'éloignement se tournent très souvent vers la Conv. EDH pour s'y opposer. Le travail d'interprétation accompli par la Cour. EDH a contribué non seulement à l'émergence des garanties procédurales mais aussi à rendre illégales des mesures d'éloignement susceptibles de porter atteinte à un droit fondamental protégé par la Convention.

Il convient toutefois de noter que les protections issues du droit de l'Union et de la Conv. EDH sont complémentaires ; il arrive même parfois, mais rarement, que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne[1657] soit plus favorable[1658] aux intéressés que celle de la Cour. EDH.

En la matière, l'apport de la Conv. EDH se déploie de manière directe et indirecte. La protection indirecte concerne les conséquences de l'éloignement. L'éloignement ne doit pas avoir pour effet la violation d'un des droits fondamentaux de l'intéressé : le droit à une vie familiale normale et l'interdiction des traitements inhumains et dégradant, tels que protégés par les articles 8 et 3 de la Convention (section I).

Quant à la protection directe, elle régit les actes préparatoires : la privation de liberté et l'exécution même de la mesure d'éloignement. Ces actes sont entourés de garanties, bien que souvent relatives [1659](section I).

[1656] Même si le droit de l'Union européenne consacre certaines garanties en matière d'éloignement, on trouve les garanties les plus protectrices dans les différents instruments mis en place par le Conseil de l'Europe.

[1657] Sur la protection issue de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, Cf, ANGRISANI Roberto, L'action de la Cour de justice de l'Union européenne pour la protection des droits fondamentaux face à la répression des migrations irrégulières, Thèse droit, Université de Bordeaux, Université Laval, 2020.

[1658] Par exemple, dans son arrêt du 17 février 2009, Aff. C-465/07, alors que la Convention européenne des droits de l'homme exige, pour l'octroi de la protection en application de l'article 3, que l'intéressé apporte la preuve de l'existence d'une menace grave et individuelle, a jugé que « l'article 15, sous c, de la directive 2004/83 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statut, lu en combinaison avec l'article 2, sous e, de la même directive, doit être interprété en ce sens que : l'existence de menace grave et individuelle contre la vie ou la personne du demandeur de la protection subsidiaire n'est pas subordonnée à la condition que ce dernier la preuve qu'il est visé spécifiquement en raison d'éléments propres à sa situation personnelle... ».

[1659] PASTRE-BELDA Béatrice, La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, titre VII [en ligne], n°6, le droit des étrangers, avril 2021, URL complète: https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/jurisprudence-de -lacour-europeenne-des-droits-de-l-homme

Le choix d'aborder cette question au regard de la Conv EDH à l'exclusion des autres instruments internationaux universels s'explique par la relative effectivité de ces derniers[1660].

Section I. La protection directe des étrangers en situation irrégulière par la Conv EHD

La privation de liberté est la première étape du processus d'éloignement. Si la mesure d'éloignement ne peut pas être exécutée immédiatement, la privation de liberté permet à l'État de fixer l'intéressé dans un endroit afin qu'il ne puisse se soustraire à l'exécution effective de son renvoi. Une telle privation de liberté n'est pas contraire au droit à la liberté et la sûreté[1661] tel que protégé par l'article 5-1 de la convention, mais elle est entourée de garantie (paragraphe I). Outre les garanties relatives à la privation de liberté, l'adoption de la mesure d'éloignement est elle-même soumise à des garanties procédurales et juridictionnelles (paragraphe II).

§ I. Les garanties relatives à la privation de liberté

Les ressortissants des États tiers peuvent être privés de liberté dans le cadre d'une mesure d'éloignement dans deux hypothèses bien distinctes. Lorsqu'ils tentent d'entrer dans un État sans remplir les conditions nécessaires (le refus d'entrée, dans ce cas la privation de liberté s'effectue dans la zone d'attente) et lorsque l'État d'accueil cherche à les éloigner de son territoire parce qu'ils ne remplissent pas, ne remplissent plus l'une des conditions de séjour ou représentent une menace grave pour l'ordre public. Puisque notre sujet concerne les étrangers déjà présents sur le territoire de l'Union, nous écartons de notre analyse la première hypothèse, c'est-à-dire, la privation de liberté dans la zone d'attente.

Si les ordres juridiques nationaux des États membres et celui de l'Union ne sont pas dépourvus de toute garantie en matière de privation de liberté dans le cadre d'éloignement d'étrangers, la comparaison de la jurisprudence de la Cour EDH et de celle de la Cour de justice de l'Union européenne révèle une différence d'approche et montre que la première est plus favorable aux étrangers que la seconde. Le contrôle de la Cour EDH porte, d'une part, sur la légalité de la rétention au regard du droit interne de l'État d'accueil (A) et, d'autre part, sur les garanties qui entourent la rétention (B).

[1660] DE FROUVILLE Olivier, Les instruments universels de protection : quelle effectivité ? in De HABIB Gherari et ROSTANE Mehdi, (dir) La société internationale face aux défis migratoires, Paris, Pedone, 2012, p.93.
[1661] Article 5-1 de la Conv. EDH « toute personne a droit à la liberté et la sûreté… ».

A. Le contrôle de la légalité des rétentions administratives par la Cour EDH : les garanties de fond

Le droit à la liberté et la sûreté est reconnue à toute personne en application de l'article 5-1 de la Conv. EDH. Cet article prévoit des hypothèses dans lesquelles une personne peut être privée de sa liberté, notamment lorsqu'elle est visée par une mesure d'éloignement en cours[1662]. Cette possibilité de privation de liberté[1663] est qualifiée par François Julien-Lafferière non pas comme « une disposition offrant une garantie aux étrangers » mais, au contraire, comme « une exception au principe de l'interdiction des privations de libertés »[1664].

La validité de la privation de liberté dans le cadre d'une mesure d'éloignement est subordonnée à une double condition. Il faut, d'une part, qu'elle ait lieu selon des « voies légales » et, d'autre part, qu'elle soit régulière. Si, selon la Cour. EDH, l'expression de « voies légales » renvoie à la « législation nationale » et « consacre la nécessité de suivre la procédure fixée par celle-ci »[1665], cette législation doit en outre être conforme à la Convention et aux principes généraux énoncés ou appliqués par la Cour. EDH[1666] et présenter certaines qualités. Dit autrement, la rétention administrative doit être non seulement prévue par une réglementation nationale mais cette réglementation doit également être compatible avec l'objectif de la Convention, la protection des intéressés. Ces exigences tendent à éviter les arrestations arbitraires. En la matière, le contrôle de la Cour. EDH porte, d'une part, sur la légalité interne de la mesure privative de liberté[1667] (vérifier si la privation de liberté a une base légale en droit interne) et, d'autre part, sur la qualité de la réglementation nationale applicable à la privation de liberté. C'est ce que Catherine Teutgen-Colly a appelé « la double dimension du principe de légalité »[1668].

[1662] Article 5-1, f, de la Conv. EDH « nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales ; s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulière d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cour ».
[1663] Sur la distinction entre la privation de liberté et simple restriction à la liberté d'aller et venir, Cf, TEITGEN-COLLY Catherine, L'éloignement des étrangers et les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, in FULCHIRON Hugues, (dir), Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, L.G.D.J, 1999, P. 243-320.
[1664] JULIEN-LAFERRIERE François, L'éloignement du territoire, des lois Pasqua et Debré à la loi Chevènement, In FULCHIRON Hugues, Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, L.G.D.J, 1999, P. 230-242.
[1665] CEDH, 24 octobre 1979, Winterwerp c/ Pays-Bas, req n° 6301/73, paragraphe 45.
[1666] Ibid.
[1667] Cf, notamment, CEHD, 15 décembre 2016, Khlaifiaet autres c/ Italie, req n° 16483/12.
[1668] TEITGEN-COLLY Catherine, L'éloignement des étrangers et les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, in FULCHIRON Hugues, Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, L.G.D.J, 1999, P. 243-320.

S'agissant du contrôle de la légalité formelle, l'arrêt *Amuur*[1669] contre France du 25 juin 1996 relatif au maintien en Zone d'attente est très illustratif. En l'espèce, les requérants prétendaient que leur détention était dépourvue de toute base légale au regard de la législation française et par conséquent, contraire à l'article 5 de la Convention. A l'inverse des requérants, la Cour a adopté une conception extensive de la notion de « voies légales » en considérant que la condition de l'égalité formelle est remplie dès lors que la situation est visée au moment des faits par un décret et une circulaire[1670], en l'absence de toute disposition législative. Ainsi, la notion de « voies légales » ne renvoie pas nécessaire à l'existence d'une disposition législative.

Si la Cour adopte une conception extensive de la notion de « voies légales » d'un point de vue formel, elle se montre exigeante du point de vue de la légalité matérielle, c'est-à-dire de la qualité de la loi[1671]. Dans l'affaire *Amuur* précitée, la censure de la Cour était fondée sur la mauvaise qualité des textes applicables : « ni le décret du 27 mai 1982 ni la circulaire, d'ailleurs non publiée, du 26 juin 1990, […] ne constituaient une loi de qualité suffisante au sens de la jurisprudence de la Cour : offrir une protection adéquate et la sécurité juridique nécessaire pour prévenir les atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par la Convention »[1672]. Dans d'autres affaires, elle a jugé que « l'avis d'un procureur de rang élevé concernant l'application par analogie ministérielle sur la détention des personnes exposées à une expulsion en vertu d'une décision administrative ne constitue pas une loi de qualité suffisante au sens de sa jurisprudence ». De la même manière, dans un arrêt du 15 décembre 2016[1673], la Cour a jugé que les dispositions d'un accord bilatéral conclu entre l'Italie et la Tunisie ne pouvaient constituer la base légale d'une rétention administrative dès lors que l'intégralité de cet accord n'avait été rendu publique[1674].

Quant à la régularité de la rétention administrative, elle est subordonnée à deux conditions[1675] cumulatives à savoir, ses motifs et sa durée.

[1669] CEDH, 25 juin 1996, Amuur c/ France, req n° 19776/92.
[1670] Ibid. point 53.
[1671] TEITGEN-COLLY Catherine, L'éloignement des étrangers et les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, in FULCHIRON Hugues, Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, L.G.D.J, 1999, P. 243-320.
[1672] CEDH, 25 juin 1996, Amuur c/ France, req n° 19776/92, point 53.
[1673] CEDH, 15 décembre 2016, Khlaifia et autres c/ Italie, req n° 16483/12.
[1674] Ibid. point 102.
[1675] TEITGEN-COLLY Catherine, La détention des étrangers et les droits de l'homme, in CHATAIL Vincent, Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question, Volume II, Bruylant 2007, P. 571-618. P. 598.

Pour que la rétention administrative de l'étranger en séjour irrégulier soit considérée comme régulière, elle doit nécessairement intervenir dans une procédure d'éloignement en cours. Autrement dit, pour être régulière, la privation de liberté « doit viser effectivement le but dans lequel elle est prescrite »[1676]. Dès lors qu'elle ne vise pas l'éloignement effectif de l'intéressé, elle sera considérée comme irrégulière[1677]. L'analyse de la condition de la régularité de la mesure privative de liberté peut être illustrée à travers l'arrêt *Samie Ali* du 26 février 1996[1678]. En l'espèce, le requérant de nationalité somalienne avait introduit une demande d'asile auprès des autorités Suisses. À la suite de plusieurs condamnations pénales, l'Office fédérale des réfugiés rejeta sa demande et prononça son éloignement. Il fut placé en rétention en vue de son éloignement. Toutefois, faute de document de voyage, l'intéressé fut relâché. Ayant commis plusieurs autres infractions pénales, il a été placé en détention provisoire dans la prison centrale de Fribourg. A l'issue de sa détention provisoire, il a été placé en rétention administrative en vue de son éloignement alors qu'il ne disposait d'aucun document de voyage. Dans ce contexte, l'intéressé considérait que son placement en rétention administrative n'était pas régulier dans la mesure où elle n'avait pas pour but de préparer son éloignement. Les autorités Suisses alléguaient que la décision contestée trouvait sa justification dans l'article 14, a, de la législation nationale sur le séjour et l'établissement des étrangers, aux termes duquel « si l'exécution du renvoi ou de l'expulsion n'est pas possible, n'est pas licite ou ne peut être raisonnablement exigée, l'Office fédéral des réfugiés décide d'admettre provisoirement l'étranger ou de l'enfermer… ». Dans ce contexte, la Commission européenne des droits de l'homme a considéré, d'une part, que la décision contestée n'était pas dépourvue de base légale et, d'autre part, qu'elle n'était pas régulière dans la mesure où les autorités étaient conscientes de l'impossibilité matérielle de procéder à l'éloignement de l'intéressé.

La régularité de la rétention administrative s'apprécie également au regard de sa durée. Selon la formule itérativement rappelé par la Cour. EDH, « la durée de la rétention ne doit pas excéder le délai raisonnable nécessaire pour atteindre le but poursuivi »[1679]. Il s'ensuit que si la rétention n'est pas menée avec diligence ou si elle résulte d'abus de droit, elle cesse d'être justifiée au regard de l'article 5-1, f, de la Convention[1680]. Pour apprécier le caractère raisonnable de la

[1676] TEITGEN-COLLY Catherine, L'éloignement des étrangers et les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, in FULCHIRON Hugues, Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentale, Op. cit, P. 283.
[1677] Cf, par analogie, CEDH, 18 décembre 1986, Bozano c France, req n° 9990/82.
[1678] Commission européenne des droits de l'homme, 2ème chambre, 26 février 1996, Samie Alie c/ Suisse, req n°24881/94, Samie Ali.
[1679] CEDH, 29 janvier 2008, Saadi c/ Royaume-Uni, req n° 13229/03, point 74.
[1680] CDH, 6 décembre 1976, Lynas c/ Suisse, req n° 7317/75.

durée de la rétention, la Cour prend en compte différents facteurs : la responsabilité des autorités étatiques[1681], celles de la personne privée de liberté[1682], ainsi que les circonstances exceptionnelles.

En dépit de son aspect protecteur et contrairement au droit de l'Union qui limite la durée de la rétention administrative à 18[1683] mois quelles que soient les circonstances, la Cour EDH semble avoir moins d'égard à la durée de la rétention dès que la procédure d'éloignement est en cours[1684]. En outre, pour être conforme à l'article 5-1, le placement en rétention administrative doit être une mesure de dernier ressort à laquelle aucune alternative ne peut se substituer[1685].

A côté des garanties de fond, la Cour. EDH veille au respect des droits de l'étranger retenu en vue de son éloignement.

B. Le contrôle du respect des garanties entourant la rétention administrative par la Cour EDH : « les garanties de l'étranger retenu[1686] »

Au-delà des garanties de fond visant à empêcher les rétentions administratives arbitraires, l'étranger retenu bénéfice, en application de l'article 5 de la Convention, des garanties processuelles et un encadrement des conditions de sa rétention[1687].
S'agissant des garanties processuelles, elles sont consacrées aux alinéas 2[1688], 3[1689], 4[1690] et 5 de l'article 5. Il convient toutefois de noter que celles prévues à l'article 5-3, à savoir le droit d'être traduit devant le juge judiciaire et le droit d'être jugé dans un délai raisonnable, ne s'appliquent pas aux rétentions administratives en vue de l'éloignement. Dès lors, l'étranger

[1681] CEDH, 19 mai 2016, J.N c/ Royaume-Uni, req n° 37289/12.
[1682] Ibid.
[1683] Article 15, paragraphes 5 et 6 de la directive 2008/115 CE.
[1684] CEDH, 15 novembre 1996, affaire Chahal c/ Royaume-Uni, précitée.
[1685] CEDH, 19 janvier 2012, affaire Popov c/ France, req n° 39472/07, 39474/07, point 119 ; CEDH, 12 octobre 2016, affaire A.B et autres c/France, req n° 11593/12.
[1686] TEITGEN-COLLY Catherine, La détention des étrangers et les droits de l'homme, Op. cit P.607.
[1687] Ibid.
[1688] Article 5-2 de la Convention « toute personne arrêtée ou détenue, doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle ».
[1689] Article 5-3 de la Convention « toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1, c, du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugé dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience ».
[1690] Article 5-4 de la Convention « toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonnance sa libération si la détention est illégale ».

retenu en vue de son éloignement peut prétendre à trois catégories de droits : le droit à l'information, le droit à la protection juridictionnelle et le droit à réparation.

D'abord, le droit à la protection juridictionnelle. Aux termes de l'article 5-4 de la Conv EDH, « toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale ». En application de cette disposition, les étrangers placés en rétention administrative doivent bénéficier d'une voie de recours juridictionnel contre la décision les privant de liberté[1691]. Ainsi, l'étranger retenu en vue de son éloignement a le droit de faire contrôler la légalité de sa rétention sous « l'angle non seulement du droit interne, mais aussi de la Convention, des principes généraux qu'elle consacre et du but des restrictions [1692]». Le recours doit avoir les trois qualités d'un recours judiciaire : l'effectivité, l'égalité des armes et l'impartialité. Ce droit a nourri un abondant contentieux et la Cour. EDH a progressivement précisé les contours du contrôle juridictionnel attaché à la privation de liberté à des fins d'éloignement.

S'agissant de l'organe de recours, la Cour. EDH « fait preuve de moins de formalisme en développant une conception autonome de la notion de tribunal et n'exige pas que le recours soit porté devant une véritable instance juridictionnelle [1693] ». Toutefois, l'organisme de recours doit statuer en droit et respecter les garanties procédurales, tels que le principe du contradictoire[1694], le droit d'être entendu ou de bénéficier de la représentation[1695]. Ces exigences ont permis à la Cour, dans son arrêt *Chahal* contre Royaume-Uni du 15 novembre 1996, de considérer qu'un comité consultatif chargé de donner un avis sur les charges pesant sur un étranger priver de liberté en vue de son éloignement « ne peut pas passer pour un tribunal » au sens de l'article 5-4 de la Convention[1696].

Le recours doit être accessible et permettre au tribunal de contrôler la légalité de la privation de liberté. Si selon la Cour l'article 5-4 n'impose pas aux États l'obligation d'instaurer un contrôle juridictionnel automatique de la rétention administrative[1697], l'organe de contrôle doit pouvoir se prononcer sur un ensemble d'éléments. Cette dernière exigence peut être illustrée à travers l'arrêt *A. M* contre France du 12 juillet 2016[1698]. En l'espèce, le requérant de nationalité

[1691] CEDH, 22 mai 2012, affaire Idalov c/Russie req n°5826/03, point 161 ; CEDH, 29 novembre 1988, affaire Brogan et autres c/ Royaume-Uni, req n° 145-B, point 65 ;
[1692] CEDH, 12 octobre 2016, affaire A.B et autre c/France, précité.
[1693] TEITGEN-COLLY Catherine, La détention des étrangers et les droits de l'homme, op cit. P. 609.
[1694] CEDH, 21 octobre 1986, Sanchez-Reisse c/ Suisse, série A n° 107.
[1695] CEDH, 20 juin 2002, Al Nashif c/ Bulgarie, req n° 50963/99.
[1696] CEDH, 15 novembre 1996, Chahal c/ Royaume-Uni, op. cit, point 130.
[1697] CEDH, 19 mai 2016, J.N c/ Royaume-Uni, req n° 37289/12.
[1698] CEDH, 12 juillet 2016, A. M c/ France, req n° 56324/1.

tunisienne avait été placé en centre de rétention administrative en 2011 avant d'être libéré au bout de quelques jours. Quelque mois après, l'intéressé, de nouveau, a été placé en rétention. Il a contesté la légalité de l'arrêté de placement en rétention devant le tribunal administratif. La date de l'audience a été fixée, mais le recours contre la décision de placement en rétention, étant dépourvu d'effet suspensif, l'intéressé a été renvoyé dans son pays d'origine avant la tenue de ladite audience. Le tribunal administratif décide toutefois d'examiner sa requête et la rejette au motif que l'exécution de la décision d'éloignement avant la tenue de l'audience « n'entache d'illégalité la décision attaquée de rétention, en l'absence de tout texte législatif ou réglementaire prévoyant le caractère suspensif de recours »[1699]. Le 20 mars 2012, la Cour administrative d'appel a annulé l'arrêté de placement à rétention administrative au motif qu'il prévoit que « le recours juridictionnel ne suspend pas l'effet l'exécution de la décision d'éloignement ». Cette dernière décision a été annulée par le Conseil d'État au motif que « Considérant, ainsi qu'il a été dit, que les stipulations de l'article 5 paragraphe 4 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'ont ni pour objet ni pour effet de conduire à reconnaître un caractère suspensif au recours exercé par contre la décision le plaçant en rétention administrative ; qu'elles n'impliquent pas davantage la suspension de l'exécution de la décision distincte qui avait ordonné sa reconduite à la frontière, dont, au demeurant, il ne demande pas l'annulation et qui était devenue définitive après le rejet du recours qu'il avait formé contre elle devant le tribunal administratif de Bordeaux ». Saisi de cette affaire, la Cour. EDH a conclu à la violation de l'article 5-4 de la Convention en raison du contrôle limité du juge administratif. Selon la Cour, en application du droit français, « le juge administratif saisi d'un recours contre un arrêté de placement en rétention, n'a le pouvoir que de vérifier la compétence de l'auteur de cette décision ainsi que la motivation de celle-ci, et de s'assurer de la nécessité du placement en rétention. Il n'a, en revanche, pas compétence pour contrôler la régularité des actes accomplis avant la rétention et ayant menés à celle-ci. Notamment, il ne peut contrôler les conditions dans lesquelles se sont déroulées l'interpellation de l'étranger[1700] ». Ainsi, selon la Cour, un tel contrôle est trop limité au regard des exigences de l'article 5-4 de la Convention[1701].

[1699] Ibid. point 9.
[1700] Ibid. point 42.
[1701] Cf, PALLUEL Christelle, Le contrôle juridictionnel de la rétention administrative devant la Cour européenne des droits de l'homme : un contrôle au conditionnel, Revue des droits de l'homme, [en ligne] Actualité Droit-Liberté, consulté le 2 décembre 2020, http:// journals.openedition.org/revdh/2535 ; DOI : 10.4000/revdh.2535

S'agissant du droit à l'information, il a été qualifié de « garantie élémentaire[1702] » par la Cour EDH. Il permet à l'intéressé de préparer sa défense dans les meilleures conditions. C'est un élément indispensable aux droits de la défense. Conformément à la jurisprudence de la Cour EDH, l'obligation d'informer la personne privée de sa liberté n'est remplie que si des critères rigoureux sont réunis[1703]. Autrement dit, l'information doit être « complète, rapide et intangible[1704] ». Si ces exigences ont été reprises en droit de l'Union européenne à l'article 12 de la directive retour, la Conv EDH semble plus exigeante que la Cour de justice de l'Union européenne. En effet, alors que la Cour EDH ne prévoit aucune dérogation au droit à l'information, l'article de 12 de la directive retour prévoit que « les informatives relatives aux motifs de fait peuvent être limitées lorsque le droit national permet de restreindre le droit à l'information, en particulier pour sauvegarder la sécurité nationale, la défense et la sureté publique, ou à des fins de prévention et de détection des infractions pénales et d'enquête et de poursuite en la matière[1705] ». En outre, alors que la Conv EDH exige que les informations fournies soient claires et accessibles pour la personne privée de sa liberté, la directive retour se contente d'affirmer qu'une traduction écrite est fournie à la demande de l'intéressé et dans « une langue dont il est raisonnable de supposer qu'il la comprend[1706] ». Ainsi, il ressort de cette comparaison que la Conv EDH est plus protectrice des droits de la défense de l'étranger que le droit de l'Union européenne.

Enfin en application de l'article 5-5 de la Convention, toute rétention administrative irrégulière ouvre droit à réparation.

« Il faut toutefois signaler que les garanties envisagées par le Conseil de l'Europe ont influencé la jurisprudence de la Cour de Luxembourg. Comme l'évoque ainsi l'avocat général Mazàk dans sa prise de position sur l'affaire Said Shamilovitch Kadzoen, il résulte […) des droits fondamentaux, qui font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect, notamment du droit à la liberté tel que garanti par l'article 5 de la Conv EDH, que la

[1702] CEDH, 5 février 2002, Conka c/ Belgique/ requête n°51564/99, point 50.

[1703] CEDH, 30 aout 1990, Fox, Campell, Hartley c/ Royaume-Uni, requete n° 12245/86, 12383/86, « le paragraphe 2 de l'article énonce une garantie élémentaire : toute personne arretée doit savoir pourquoi. Intégré au système de protection qu'offre l'article 5, paragraphe 5, il oblige à signaler à une telle personne, dans un langage simple accessible pour elle, les raisons juridiques et factuelles de sa privation de liberté, afin qu'elle en discuter la légalité devant un tribunal en vertu du paragraphe 4. Elle doit bénéficier de ces renseignement dans le plus court délai ».

[1704] Ibid.

[1705] Article 12 de la directive retour.

[1706] Article 12, paragraphe 2 de la directive retour.

durée de la rétention aux fins d'expulsion ne peut excéder le délai raisonnable nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi[1707] ».

L'encadrement des mesures nationales par la Cour EDH s'étend également aux modalités d'exécution des mesures d'éloignement.

§ II. Les garanties relatives à l'exécution des mesures d'éloignement

L'étranger visé par une mesure d'éloignement n'est pas dépourvu de toute protection[1708]. L'exécution d'une mesure d'éloignement « doit se faire selon un processus absolument transparent, permettant de s'assurer qu'à toutes les étapes les droits fondamentaux de la personne ont été respectés [1709] ». La décision d'éloignement ne doit pas être arbitraire et doit être exécutée dans le respect de la dignité de la personne qui en fait l'objet (A). Toutefois, ces garanties présentent une certaine relativité due à l'inapplicabilité des articles 6 et 7 de la Conv. EDH aux contentieux de l'éloignement (B).

A. Les exigences relatives à l'adoption et à la mise à exécution des décisions d'éloignement

Comme en matière de privation de liberté, La Cour. EDH veille à ce que la mesure d'éloignement ne soit ni arbitraire ni contraire au respect de la « dignité de la personne humaine ». Ces garanties sont consacrées dans un document intitulé « vingt principes directeur sur le retour forcé »[1710]. Le chapitre II de ce document intitulé « la décision d'éloignement » pose des principes régissant toutes les étapes de la procédure d'éloignement, de l'adoption de la décision à sa mise en exécution.

En vertu du principe 2, toute décision d'éloignement doit être fondée au regard de la loi[1711]. Cette disposition vise à éviter les retours arbitraires. En réalité, ce principe ne produit de véritable effet qu'en matière d'expulsion, dans la mesure où toutes les législations nationales des États parties prévoient le retour des étrangers en situation irrégulière. Autrement dit, en

---

[1707] LARRALDE Jean-Manuel, Les garanties au retour de la Convention européenne des droits de l'homme, in Europe (s), Droit (s) et migrant irrégulier, Stéphane Léclerc (dir)Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 187.
[1708] LARRALDE Jean-Manuel, Les garanties au retour de la Convention européenne des droits de l'homme, in LECLERC Stéphane (dir), Europe (s), Droit (s), et migrant irrégulier, Bruylant, 2012, P. 178-196.
[1709] Recommandation du Commissaire aux droits de l'homme relative aux droits des étrangers souhaitant entrer sur le territoire des États membres du Conseil de l'Europe et à l'exécution des décision d'expulsion, cité par LARRALDE Jean-Manuel, Les garanties au retour de la Convention européenne des droits de l'homme, Ibid.
[1710] Vint principes directeur sur le retour forcé, [en ligne], consulté, le 20 mars 2023, https://www.coe.int/t/dg3/migration/archives/source/MalagaRegConf/20_Guidelines_Forced_Re-turn_fr.pdf
[1711] Principe 2 « les décisions d'éloignement ne doivent etre prises qu'en application d'une décision conforme à la loi ».

matière de reconduite à la frontière, la décision d'éloignement trouve son fondement dans l'irrégularité du séjour de l'intéressé sur le territoire. L'exigence de conformité de la décision d'éloignement à la loi est également prévue à l'article 1er du protocole n° 7 aux termes duquel « un étranger résidant sur le territoire d'un État partie ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et doit pouvoir : faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion, faire examiner son cas, et se faire représenter à ces fins devant l'autorité compétente ou une ou plusieurs personnes désignées par cette autorité [1712]». En tout état de cause, l'exécution de la décision d'éloignement ne doit pouvoir intervenir qu'après que l'intéressé ait pu exercer les droits précités[1713].

Toute décision d'éloignement, expulsion ou reconduite à la frontière, doit être motivée et adressée par écrit à la personne qui en fait l'objet[1714]. Si cette exigence semble avoir a été reprise à l'article 12 de la directive retour, le paragraphe 3 de la même disposition opère une distinction selon que l'étranger a pénétré légalement ou illégalement sur le territoire de l'État concerné. En effet, si l'étranger concerné est un ressortissant de pays tiers qui a pénétré illégalement sur le territoire de l'État membre concerné et qu'il n'a pas obtenu par la suite l'autorisation d'y séjourner, l'État membre en question peut décider de ne pas fournir une traduction écrite ou orale des éléments principaux des décisions liées au retour. Il en résulte qu'en droit de l'Union européenne, l'obligation de notification et de motivation des décisions d'éloignement dépend du statut de l'étranger concerné, alors que le droit de la Conv EDH n'opère aucune distinction statutaire en la matière. Ainsi, en droit de l'Union européenne l'obligation de notification et de motivation de la décision d'éloignement dépend de la situation de l'intéressé, s'il s'agit d'une reconduite à la frontière ou une expulsion.

Outre ces garanties, l'exécution de la décision d'éloignement ne doit pas porter atteinte à la dignité de la personne qui en est l'objet. Une résolution du 27 juin 2006, « relative aux droits fondamentaux des migrants irréguliers » prévoit que « la procédure de rapatriement des migrants en situation irrégulière devrait être mis en œuvre en respectant pleinement le droit à la dignité des rapatriés, en tenant compte notamment de leur âge, de leur sexe, de leur état de

[1712] Le protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme

[1713] Article 1, paragraphe 2, du protocole n° de la Convention européenne des droits de l'homme ; CEDH, 25 mars 2004, Ivanov contre Lettonie req n° 55933/00 « confirme qu'il est possible de procéder à la reconduite à la frontière d'un étranger en situation irrégulière avant que celui-ci n'ait pu exercer les droits que lui octroie la Convention, dès lors que la mesure est justifiée par la préservation de l'ordre public ou la sécurité nationale » ; Cf également, CEDH, 8 juin 2006, Lupsa c/ Roumanie req n° 103337/04.

[1714] Principe n° « la décision d'éloignement devrait être communiquée par écrit à l'intéressé, soit directement, soit par l'intermédiaire de son représentant légal. Si cela est nécessaire, il convient de fournir à la personne une explication sur la décision dans une langue qu'elle comprend […] ».

santé et du handicap dont ils peuvent souffrir. Les mesures coercitives appliquées au cours de [l'éloignement] devraient s'en tenir à un strict minimum[1715] ».

En la matière, les garanties consacrées présentent un caractère relatif.

B. Le caractère relatif des garanties consacrées en faveur de la personne visée par une mesure d'éloignement

Le caractère relatif des garanties en faveur de l'étranger visé par une mesure d'éloignement résulte de l'applicabilité immédiate voire rétroactive de la loi nouvelle (1), et de l'inapplicabilité de l'article 6 de la Conv EDH au contentieux de l'éloignement (2).

1) L'applicabilité immédiate voire rétroactive de la loi nouvelle

Si l'article 7 de la Conv EDH prohibe[1716] l'application rétroactive de la loi nouvelle, cette disposition ne s'applique pas au contentieux d'éloignement des étrangers[1717]. Autrement dit, la décision d'éloignement peut trouver sa justification dans une loi adoptée après l'agissement ou le comportement reproché à l'étranger, plus particulièrement en matière d'expulsion. Cette situation a été source de difficultés juridiques en France, notamment à l'occasion de l'entrée en vigueur des lois nouvelles visant à modifier les conditions d'éloignements des étrangers. Tel a été le cas de la loi du 9 septembre 1986[1718] visant à modifier les articles 25, paragraphe 2 et 3 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 dans sa rédaction issue des lois du 29 octobre 1981 et du 17 juillet 1984. En effet, l'article 25, paragraphe 2 et 3 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 interdisait l'expulsion de certaines catégories d'étrangers. La loi du 9 septembre 1986 a limité cette interdiction d'éloignement à l'étranger qui justifie par tout moyen avoir sa résidence habituelle en France depuis qu'il a atteint l'âge de 10 ans et qui n'a pas été condamné définitivement pour un crime ou délit ou moins égales à 6 mois d'emprisonnement sans sursis ou à un an avec sursis ou à plusieurs peine d'emprisonnement au moins égales, au total, à ces mêmes durées. Dans l'arrêt Elfenzi du 20 janvier 1988[1719], la question a été posée au Conseil d'État de savoir si une condamnation antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 9 septembre 1986 pouvait justifier une expulsion en application de cette nouvelle loi. En réponse, le Conseil

[1715] Résolution 1509 (2006), Droits fondamentaux des migrants irréguliers.
[1716] Article 7 de la Conv EDH « nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même, il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction été commise ».
[1717] Rapport n° 12313/86 de la Commission européenne des Droit de l'homme du 12 octobre 1989.
[1718] Loi n° 86-1025 du 9 septembre 1986.
[1719] CE, 20 janvier 1988, n° 87036 ; CE 30 juillet 1997, n°163710.

d'État a considéré que « l'expulsion d'un étranger n'a pas le caractère d'une sanction, mais d'une mesure de police exclusivement destinée à protéger l'ordre et la sécurité publics […] »[1720], de ce fait, l'expulsion de l'étranger concerné pouvait trouver son fondement dans la loi nouvelle. Cette solution a été confirmée par la haute juridiction administrative dans un arrêt du 19 avril 1991, par lequel il a jugé que les dispositions de la loi du 9 septembre 1986 étaient immédiatement applicables, et que les autorités compétentes pouvaient se fonder sur les dispositions de cette loi nouvelle pour ordonner l'expulsion fondée sur des faits et condamnations antérieurs à son entrée en vigueur. De la même manière que le juge national, l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme a jugé, à son tour, que l'article 7 de la Conv EDH ne s'applique pas en matière d'expulsion, en considérant qu'une telle décision n'a pas le caractère d'une sanction mais d'une mesure de police et a un objet préventif.

Si le caractère préventif de la mesure d'expulsion est susceptible de justifier l'inapplicabilité de l'article 7 de la Conv EDH aux contentieux d'éloignement, cette solution n'est pas exempte de toute critique.

Le caractère préventif de la mesure d'expulsion se vérifie au regard des conditions d'appréciation de la « menace grave à l'ordre public ». Il résulte du caractère préventif que des condamnations pénales « ne sauraient, à elle seules, justifier légalement une mesure d'expulsion et ne dispensent pas l'autorité compétente d'examiner, d'après l'ensemble des circonstances de l'affaire, si la présence de l'intéressé […] est de nature à constituer une menace grave pour l'ordre public »[1721]. Dit autrement, la décision d'expulsion doit être fondée sur l'ensemble du comportement de l'intéressé et non sa seule condamnation pénale. De la même manière, en raison de l'autonomie des procédures pénales et administratives, une expulsion peut être justifiée par des faits qui n'ont pas été pénalement sanctionnés.

Toutefois, c'est très souvent à la suite d'une condamnation pénale qu'intervient la décision d'expulsion[1722]. Les infractions pénales commises par un étranger permettent ainsi aux autorités compétentes de mesures le degré d'atteinte potentiel à l'ordre public pour l'avenir. Autrement dit, si les autorités compétentes peuvent se fonder sur des faits qui n'ont pas donné lieu à une condamnation pour justifier une mesure d'expulsion[1723], c'est très souvent à la suite d'une condamnation pénale qu'intervient l'expulsion. Dans ce sens, l'expulsion apparait non pas

[1720] Ibid.
[1721] Cf, notamment, l'article L 631-1 et suivants du CESEDA ; CAA de Nancy, 9 mai 2011, n° 10NC01157.
[1722] A titre d'illustration, Cf, CEDH, 5 octobre 2000, Maaouia c/ France req n° 39652/98.
[1723] Cf, notamment, CE, 30 aout 2022, n° 466554, inédit au recueil Lebon.

comme une mesure de police à objet préventif, mais comme une sanction supplémentaire à une condamnation pénale.

La critique principale pouvant être adressée à l'inapplicabilité de l'article 7 de la Conv EDH en matière d'expulsion concerne l'insécurité juridique qu'elle engendre. En effet, le principe de la sécurité juridique suppose que le droit soit prévisible et que des situations juridiques soient relativement stables. Or, dès lors qu'une mesure d'expulsion peut trouver son fondement dans une loi nouvelle, qui n'était pas applicable au moment des faits, la situation des étrangers ne peut être qualifiée ni de stable ni de prévisible. Le caractère instable et imprévisible de la situation des étrangers en France peut être illustré à travers l'affaire Imam *hassan Iquioussen* du 30 aout 2022[1724]. En l'espèce, en 2014, le prédicateur musulman avait tenu des propos jugés antisémites et discriminant envers les femmes. A l'époque des faits, compte tenu de sa situation personnelle (né et résidant en France depuis sa naissance), aucune disposition du CESEDA ne permettait de procéder à son expulsion. En 2020, une ordonnance[1725] a introduit dans le CESEDA un nouvel article L 631-3 qui prévoit que « le comportement de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de l'États, liés à des activités à caractère terroriste, ou constituant des actes de provocation explicite et délibérée à la discrimination, à la haine ou à la violence contre une personne déterminée ou un groupe de personnes » peut justifier une décision d'expulsion. Le 29 juillet 2022, sur le fondement de cette nouvelle disposition antérieur aux faits reprochés à l'intéressé, le ministre de l'intérieur et des outre-mer a pris une décision d'éloignement à son égard. Ainsi, on s'aperçoit que les étrangers peuvent être l'objet d'une insécurité juridique constante en raison de l'inapplicabilité de l'article 7 de la Conv. EDH aux contentieux d'éloignement.

2) L'inapplicabilité de l'article 6 de la Conv EDH au contentieux d'éloignement

A priori, la Conv EDH ne consacre pas un droit au procès équitable en faveur de l'étranger visé par une mesure d'éloignement[1726]. Cette position est unanimement admise par la Cour. EDH[1727] et par les juridictions administratives françaises[1728]. La jurisprudence administrative française et européenne subordonne l'applicabilité de l'article 6 de la Convention à des critères qui font

[1724] CE, 30 aout 2022, n° 466454.
[1725] Ordonnance n° 2020-1733 du 16 décembre 2020.
[1726] Cf, TEITGEN-COLLY Catherine, L'éloignement des étrangers et les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, op. cit, P. 257.
[1727] Cf, notamment, Commission EDH, 17 septembre 1976, Age c/ Royaume-Uni, req n° 7729/76
[1728] CE, 15 février 1991, El Soufi, n° 96046.

défaut au contentieux de l'éloignement. Selon ces juridictions, l'application de l'article 6 de la Convention est subordonnée au « caractère civil des droits[1729] et obligation[1730] » et à des « accusations en matière pénale[1731] ». Or, le contentieux de l'éloignement n'est ni civil ni pénal. En effet, l'éloignement de l'étranger du territoire national est considéré comme relevant de l'exercice de la puissance publique. Dès 1976, la Commission de la Cour EDH a considéré que la mesure d'éloignement était distincte des poursuites et des condamnations pénales, affirmant ainsi le caractère non pénal du contentieux d'éloignement. Cette solution a été consolidée dans un arrêt *Maaouia* de la Cour EDH du 5 octobre 2000[1732]. En l'espèce, le requérant de nationalité tunisienne était arrivé en France en 1980, à l'âge de 22 ans. Le 1er décembre 1988, il a été condamné à 6 ans de réclusion criminelle pour vol avec arme et violences volontaires avec arme pour des faits commis en 1985. Il fut libéré en avril 1990. En aout 1991, le ministre de l'intérieur a pris un arrêté d'expulsion à son encontre. En septembre 1992, il a contracté un mariage avec une ressortissante française. Lors de démarches administratives pour régulariser sa situation, l'intéressé apprenait l'existence d'un arrêté d'expulsion à son encontre. Refusant de se soumettre à l'exécution dudit arrêté, l'intéressé a été poursuivi pour soustraction à l'exécution d'un arrêté d'expulsion. Par un jugement du 19 novembre 1993, il a été condamné une peine d'un an d'emprisonnement ferme et de 10 ans d'interdiction du territoire. Le 14 février 1994, l'arrêté d'expulsion pris à son encontre a été annulé par le tribunal administratif. Fort de cette décision, il sollicite le relèvement de l'interdiction de territoire. Cette deuxième procédure ne s'est achevée qu'au 26 janvier 1998, soit un peu plus de 3 après. L'intéressé estimait que la procédure avait dépassé le délai raisonnable prévu à l'article 6, paragraphe 1 de la Conv EDH. Le gouvernement français, tout en reconnaissance l'existence d'une contestation, estimait qu'aucun « droit de caractère civil n'était en jeu[1733] ». C'est dans ce contexte que la question a été posée à la Cour de savoir si l'exigence de délai raisonnable posé à l'article 6 de la Convention s'appliquait au contentieux de relèvement d'une interdiction de territoire.

La Cour, grâce à une « interprétation contextuelle »[1734] et d'ensemble des dispositions de la Convention et de ses protocoles, a jugé que « les décisions relatives à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers n'emportent pas contestation sur des droits ou obligations de

[1729] PLATION Sébastien, Précision sur la notion de droit au sens de l'article 6, paragraphe 1 CEDH [en ligne] consulté le 13 mars 2023, https://revue-jadie.eu/search/index?query=&authors=Platon+S%C3%A9bastien ;
[1730] PETTITI C, La notion autonome de droit de caractère civil : vers une conception restrictive ? , In Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen, Bruylant 2001, p. 23-43, cité par COURNIL Christel.
[1731] COURNIL Christel, Le statut interne de l'étranger et les normes supranationales, op. cit, P. 446.
[1732] CEDH, 5 octobre 2000, Maaouia c/ France req n° 39652/98.
[1733] Ibid. Point 28.
[1734] COURNIL Christel, Le statut interne de l'étranger et les normes supranationales, Op. cit,

caractère civil […] ni n'ont trait au bien-fondé d'une accusation en matière pénale […] au sens de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention[1735] ». Elle excuse l'inapplicabilité de l'article 6 par l'existence d'autres dispositions conventionnelles, telles que l'article 1 du protocole n° 7[1736], en rappelant « qu'il faut interpréter les dispositions de la Convention en prenant en considération l'ensemble du système conventionnel, y compris les dispositions des protocoles[1737] ».

Cette solution de la Cour a fait l'objet d'importantes critiques de la part de la doctrine[1738] et de certains juges de la Cour qui ont souhaité formuler des opinions dissidentes.

S'agissant des critiques provenant de la Cour, le juge Loucaides considérait, dans une opinion dissidente, que la Commission et la Cour avaient une approche restrictive de la notion de droit à caractère civil. Selon lui, devait être qualifié de civil, tous les droits et les obligations dépourvus de caractère pénal. Concernant l'argument relatif à l'existence du protocole n° 7, il considérait que ce protocole « renvoie manifestement à des garanties procédurales vis-à-vis des autorités administratives qui n'affectent en rien les garanties judiciaires dont ces personnes peuvent d'ores et déjà bénéficier de par la Convention »[1739]. Dit autrement, l'existence de garanties administratives spéciales en faveur des étrangers ne doit pas empêcher l'application de garanties judiciaires. En tout état de cause, les deux garanties peuvent coexister parce qu'elles ne servent pas les mêmes causes[1740].

S'agissant de la critique doctrinale, Olivier De Schutter estime que l'inapplicabilité de l'article 6 aux contentieux d'éloignement est contestable à plusieurs égards[1741]. Selon lui, le refus d'appliquer l'article 6 au contentieux de l'éloignement d'un étranger entretenant une vie familiale normale sur le territoire est susceptible de porter atteinte à l'article 8 de la Convention[1742]. Sylvie Saroléa[1743] critique, quant à elle, le caractère général de l'inapplicabilité

[1735] Ibid. 40.
[1736] Ibid. point 36.
[1737] Ibid.
[1738] Cf, notamment N'DIAYE Demba, L'inapplicabilité de l'article 6, 1 de la Convention européenne des droits l'homme au contentieux des étrangers, Cahier de la recherche sur les droits fondamentaux, [en ligne] consulté le 3 avril 2023, https://doi.org/10.4000/crdf.7727.
[1739] CEDH, 5 octobre 2000, Maaouia c/ France req n° 39652/98, opinion dissidente.
[1740] Ibid.
[1741] DE SCHUTTER Olivier, Les garanties procédurales dans le cadre du contentieux de l'accès au territoire, du séjour et de l'éloignement des étrangers, Obs sous l'arrêt Cour. EDH, Maaouia c/ France du 5 octobre 2000, [en ligne] consulté, le 2 février 2024, http://hdl.handle.net/2078.1/95626
[1742] Ibid.
[1743] SAROLEA Sylvie, Les droits procéduraux du demandeur d'asile au sens des articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits l'homme », RTDH, 1999, P.130 ; COURNIL Christel, Le statut interne de l'étranger et les normes supranationales, Op. cit, P. 449.

de l'article 6 aux contentieux de l'éloignement. Elle considère qu'en excluant l'application de l'article 6 quel que soit le statut de l'étranger, la Commission EDH et la Cour. EDH ne prennent pas en compte le caractère particulier du statut du demandeur d'asile[1744]. Ainsi, elle considère que cette jurisprudence « pèche pour défaut de nuance, puisqu'elle englobe sous la même réalité les étrangers ne bénéficiant d'aucun droit subjectif au séjour et ceux qui ont un droit au séjour sur la base du droit national, du regroupement familial de l'article 8 […] et l'article 3 »[1745]. L'analyse de l'auteure consiste à dire qu'il faut au moins appliquer l'article 6 lorsque l'étranger visé par la mesure d'éloignement est susceptible de bénéficier d'un droit subjectif au séjour en raison d'un risque de traitement contraire à l'article 3 de la Convention dans le pays de destination, en raison de ses liens familiaux dans le pays d'accueil ou d'éventuelle possibilité de reconnaissance du statut de réfugié. Catherine Teitgen-Colly ajoute que « la conception autonome et très extensive que le juge européen a de la notion d'accusation en matière pénale ne l'a pas davantage conduit à attirer les mesures d'éloignement dans le champ de l'article 6[1746] ». En la matière, l'article 6 s'applique exceptionnellement non pas aux procédures de reconduite à la frontière et d'expulsion, mais uniquement aux procédures d'extradition, notamment en cas de « déni de justice flagrant[1747] » dans le pays de destination.

En l'absence d'inapplicabilité de l'article 6, les étrangers peuvent prétendre au bénéfice de l'article 13 de la Convention aux termes duquel « toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la Convention ont été violés, a droit à un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles[1748] ». Il convient toutefois de noter que cet article n'a pas d'existence autonome, son application est subordonnée à son articulation avec la violation d'un droit garanti par la Convention (les articles 3 et 8 par exemple).

En la matière, il y a une convergence entre la jurisprudence du Conseil d'État français et celle des organes de la Conv EDH. Le Conseil d'État écarte l'application de l'article 6 de la Conv

[1744] Ibid.
[1745] Ibid.
[1746] TEITGEN-COLLY Catherine, L'éloignement des étrangers et les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, Op. cit P. 262.
[1747] Ibid. P. 265-26 « Si les organes de Strasbourg refusent toujours de reconnaitre du moyen fondé sur la violation de l'article lorsqu'il est invoqué contre la procédure d'éloignement elle-même, en revanche, ils le jugent recevable lorsque l'exécution de la mesure a pour conséquence d'exposer l'étranger à des procédures ou des pratiques en contradiction flagrante avec les exigences de cet article. Mais il s'agit là d'une exception ainsi que la Cour le souligne dans sa décision Soering […] ».
[1748] Article 13 de la Conv. EDH.

EDH dans des litiges relatifs aux reconduites à la frontière[1749] et à la procédure d'expulsion[1750]. Les juridictions françaises évoquent les mêmes arguments que les organes de la Convention.

Comme précédemment évoqué, des raisons liées au respect des droits fondamentaux empêchent l'éloignement de certaines catégories d'étrangers. Pourtant, l'impossibilité d'éloigner ne mène pas nécessairement à la reconnaissance d'un droit de séjour.

Section II. La protection indirecte : de la protection contre l'éloignement à la consécration d'un droit de séjour

A présent, il convient de se pencher sur les droits de l'homme susceptibles de protéger l'étranger contre l'éloignement. La mesure d'éloignement peut viser non seulement les étrangers en situation irrégulière mais aussi ceux en séjour régulier en raison d'une menace caractérisée pour l'ordre public et la sécurité nationale. C'est la distinction entre la reconduite à la frontière (obligation de quitter le territoire) et l'expulsion. La protection contre l'éloignement trouve son fondement dans deux dispositions de la Convention, à savoir les articles 3 et 8. Comme l'écrit Henri Labayle « les droits individuels garantis par la Convention ne doivent pas souffrir de la mise en exécution d'une mesure d'éloignement par un État partie[1751] ». Ces droits individuels garantis par la Convention sont ceux de mener une vie familiale normale et de ne pas faire l'objet de torture, de traitements inhumains ou dégradants.

L'article 3 de la Convention protège contre tout risque de torture et de traitements inhumains ou dégradants[1752]. L'idée consiste à considérer qu'un État partie à la Convention ne saurait renvoyer un étranger, qu'il soit en situation régulière ou irrégulière, vers un pays où il risque un traitement contraire aux dispositions de cet article, et ce, même si la question de

[1749] CE 22 mars1991, Sti, Rec. CE p.311.
[1750] CE 20 janvier 1988, Elfenzi, Rec CE p. 17 ; CE 31 juillet 1996, Sasorith, Req n° 169703 ; CE 27 février 1987, ministère de l'intérieur c/Urrate Riallos, requ n°71714 ; CE 31 juillet 1992, Kacak, req n°119104 ; CE 7 décembre 2023, n° 489817, javascript:void(0)
[1751] LABAYLE Henri, L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale », In FULCHIRON Hugues (dir) Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, L.G.D.J, 1999, P.83-107.
[1752] Article 3 de la Conv. EDH, « nul ne peut être soumis à la torture ni à des traitements inhumains ou dégradant ».

l'éloignement des étrangers n'était pas initialement prévue par la Convention[1753], d'où le caractère indirecte de la protection (paragraphe II).

Concernant l'article 8, il tend à protéger le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale[1754]. Dans ce sens, dès lors qu'une mesure d'éloignement est susceptible de porter une atteinte disproportionnée à la vie familiale de l'intéressé, elle est peut être considérée comme contraire à l'article 8 de la Convention (paragraphe I).

Si ces deux dispositions sont susceptibles de protéger l'étranger contre une mesure éloignement, les conséquences attachées à l'impossibilité d'éloignement varient selon que l'on met en application l'une ou l'autre disposition.

§ I. L'impossibilité d'éloigner en application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme

Si dès 1978, le Conseil d'État a « affirmé l'existence d'un principe général du droit pour toute personne vivant France de mener une vie familiale normale[1755] », ce droit n'a pu produire ses véritables effets en matière d'éloignement que sous l'influence de la jurisprudence constructive de la Cour. EDH.

La protection de la vie familiale prévue à l'article 8 de la Conv. EDH est susceptible de protéger l'étranger contre l'éloignement, limitant ainsi le pouvoir souverain des États en la matière. Cette disposition vise à « préserver l'unité familiale » et à prémunir l'individu contre « les ingérences arbitraires » des pouvoirs publics. A ce titre, elle peut faire obstacle à une décision d'éloignement qui a pour conséquence de porter atteinte au droit de l'étranger à mener une vie familiale normale[1756]. Mais le maintien de l'Unité familiale de l'étranger est source de difficulté dans la mesure où elle oppose deux logiques : d'une part la préservation de l'ordre public et la sécurité nationale et, d'autre part, le respect des droits fondamentaux de la personne[1757]. En matière d'éloignement, les États privilégiaient la première logique, la préservation de l'ordre

[1753] SUDRE Frédérique, Le renouveau jurisprudentiel de la protection des étrangers par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, In FULCHIRON Hugues (dir), Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, L.G.D.J, 1999, P. 61-82.
[1754] LABAYLE Henry, L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale, In FULCHIRON Hugues (dir), Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, L.G.D.J, 1999, P. 83-107.
[1755] CE, 8 décembre 1978, Gisti, CFDT, CGT n° 10097, 10677, 10679, Lebon.
[1756] Cf, notamment LOCHAK Daniel, Droit et liberté de l'Etranger – Vie privée et familiale, Wachsmann, Patrick, Picod, Fabrice. Juris-classeur libertés, LexisNexis, 2007. Hal-03696968.
[1757] LABAYLE Henri, Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale, lecture nationale et exigences européennes, RFDA, 1993, 511, [en ligne] consulté le 7 janvier 2024, javascript:void(0).

public et la sécurité nationale[1758] en considérant que les intéressés ne pouvaient pas se prévaloir de l'article 8 de la Convention pour s'opposer à de telles mesures. Ainsi, le juge administratif « refusait de voir la situation personnelle de l'intéressé prend le pas sur les impératifs de l'ordre public[1759] ». Toutefois, dans les années 1990, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour. EDH[1760], le juge administratif a fini par admettre l'applicabilité de l'article 8 de la Convention en matière d'éloignement[1761], tout en opérant une distinction entre les mesure d'expulsion (B) et les mesure de reconduite à la frontière (A).

A. La portée juridique de l'article 8 de la Conv EDH en matière de reconduite à la frontière

Le Conseil d'État a été le premier à se prononcer (avant la Cour. EDH) sur la conformité de la reconduite à la frontière aux stipulations de l'article 8 de la Conv. EDH[1762]. Si dans ses premiers arrêts le Conseil d'État a admis que la mesure d'éloignement est susceptible de porter atteinte à la vie familiale de l'étranger qui en est l'objet, son appréciation variait selon qu'il s'agit d'une mesure de reconduite à la frontière ou d'une mesure d'expulsion. En effet, lorsqu'il s'agit d'une mesure de reconduite de à la frontière, l'atteinte à la vie familiale n'est admise que lorsque la mesure a « des conséquences d'une exceptionnelle gravité[1763] » sur la vie familiale de l'intéressé. L'appréciation des conséquences appartenant au préfet et le juge n'exerçant qu'un contrôle minimum. Comme l'écrit Xavier Prétot « l'expérience démontre le caractère tout à fait

[1758] CE, 25 juillet 1980, 21222, mentionné aux tables du recueil Lebon ; l'article 23 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 « l'expulsion peut être prononcée par arrêté du ministre de l'intérieur si la présence de l'étranger sur le territoire français constitue une menace pour l'ordre public ou le crédit public ».
[1759] LABAYLE Henri, Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale, lecture nationale et exigences européennes, RFDA, 1993, 511, [en ligne] consulté le 7 janvier 2024, javascript:void(0).

[1760] CEDH, 18 février 1991, Moustaquim c/ Belgique, req n°12313/86 ; CEDH, 26 mars 1992, Beldjoudi c/ France, req n° 12083/86.
[1761] JULIEN-LAFFERRIERE François, Applicabilité de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en matière de police des étrangers, AJDA, 1991, P.551 ; [en ligne], consulté le 20 février 2024, https://www-dalloz-fr.faraway.parisnanterre.fr/documentation/Document?d=AJDA/NOTE/1991/10551; PRETOT Xavier, La Convention européenne des droits de l'homme et le contentieux des expulsions d'étrangers, Recueil Dalloz, 1991, P. 399, http://www-dalloz-fr.faraway.parisnanterre.fr/documentation/Document?id=RECUEIL/NOTE/1991/0157
[1762] CE, 29 juin 1990, n° 115687 publié au Recueil Lebon. Les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme avant le Conseil d'État étaient relatifs à l'expulsion et non à la reconduite à la frontière.
[1763] Ibid. « considérant que lorsqu'un étranger se trouve dans l'un des cas ou, en vertu de l'article 22 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 […] le préfet peut décider qu'il sera reconduit à la frontière, […] il appartient en outre au prefet d'apprécier si la mesure envisagée n'est pas de nature à comporter, pour la situation personnelle ou familiale, des conséquences d'une exceptionnelles gravité ».

exceptionnel, devant le Conseil État au moins, des annulations prononcées sur le terrain de l'erreur manifeste d'appréciation[1764].

Le caractère restrictif de l'appréciation du Conseil d'État peut être illustré à travers la comparaison de deux arrêts rendus le même jour, en matière et de reconduite à la frontière[1765] et en matière d'expulsion[1766]. Dans le premier cas, il s'agissait en l'espèce d'une ressortissante algérienne, entrée en France sous couvert d'un visa valable soixante jours pour rejoindre son concubin de nationalité marocaine, titulaire d'une carte de résident. Elle s'est maintenue irrégulièrement sur le territoire au-delà de la durée de validité de son visa. En 1989, elle a donné naissance, à Paris, à un enfant. Le 19 avril 1990, elle a fait l'objet d'un arrêté préfectoral de reconduite à la frontière pris sur le fondement de l'article 22-2 de l'ordonnance du 2 novembre 1945. Elle a contesté cet arrêté en se fondant notamment sur l'article 8 de la Conv EDH. En se fondant sur « la durée et les conditions de séjour » (séjour irrégulier) de l'intéressée, le Conseil d'État a conclu à la non-violation de l'article 8 de la Convention. Or dans la deuxième affaire, il a conclu à la violation de l'article 8 en tenant compte de la durée de séjour de l'intéressé. Allant dans le sens de l'appréciation différente selon la nature de la mesure d'éloignement, Ronny Abraham écrivait « qu'il n'y a aucun obstacle insurmontable, si l'on veut bien considérer que […] ce n'est que très exceptionnellement qu'une mesure de reconduite à la frontière pourra être jugée contraire à l'article 8 de la Convention. […]. D'une part, une telle décision frappe le plus souvent des étrangers récemment entrés sur le territoire, et qui n'ont donc pas généralement noué des liens familiaux tels que leur éloignement apparaisse comme une mesure disproportionnée au but poursuivi. D'autre part, alors que l'expulsion est une mesure dont les effets perdurent […], la reconduite n'est qu'une mesure temporaire : entrée irrégulièrement, l'étranger est invité à quitter le territoire[1767] ».

La Cour. EDH a adopté la même logique. En effet, la Cour a très rapidement pris soin de souligner qu'en « vertu d'un principe de droit international bien établi, les États ont le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non nationaux[1768] ». Le caractère restrictif de

[1764] PRETOT Xavier, La Convention européenne des droits de l'homme et le contentieux des expulsions d'étrangers, Recueil Dalloz, 1991, P. 399 ; PRETOT Xavier, Le contentieux de la reconduite à la frontière : les premiers enseignements de la jurisprudence, Administration n° 150, janvier 1991.
[1765] CE, 19 avril 1991, n° 117680, publié au recueil Lebon.
[1766] CE, 19 avril 1991, n° 107470, publié au recueil Lebon.
[1767] RONNY Abraham, La Convention européenne des droits de l'homme et les mesures d'éloignement des étrangers, Conclusions sur le Conseil d'État, Assemblée, 19 avril 1991, Belgacem et Maima Mabas, RFDA, 1991, P 497, [en ligne] consulté le 18 avril 2024, https://www-dalloz-fr.faraway.parisnanterre.fr/documentation/Document?d=RFDA/CHRON/1991/0049
[1768] CEDH, 15 novembre 1996, chahal, paragraphe 73.

l'appréciation de la Cour en matière de reconduite à la frontière semble être le prolongement logique de ce principe[1769]. Dès 2000, dans l'affaire *Shebashov* contre Lettonie[1770], la cour a tenu à préciser que l'article 8 « de la Convention ne saurait s'interpréter comme comportant pour un État contractant une obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur domicile commun et d'accepter l'installation des conjoints non nationaux dans le pays »[1771]. Selon la Cour « les personnes qui, sans se plier aux règles en vigueur, imposent aux États contractants leur présence comme un fait accompli, ne peuvent généralement légitimement s'attendre à ce qu'un droit de résidence leur soit accordé »[1772]. Selon elle, si une vie familiale est développée alors que les intéressés ont pleinement connaissance du statut administratif précaire d'un membre de la famille, l'éloignement de ce membre de la famille ne constitue une violation de l'article 8 de la Convention que dans « des circonstances exceptionnelles ». Cette Solution a été réaffirmée dans plusieurs arrêts postérieurs[1773].

En effet, l'étranger qui ne peut pas normalement s'attendre à pouvoir résider durablement dans le pays d'accueil ne peut en principe se prévaloir de la constitution d'une vie familiale pour s'opposer à sa reconduite à la frontière, et ce, quel que soit le statut des autres membres de sa famille dans le pays d'accueil (conjoint ou parent d'un national).

L'approche de la Cour est à priori compréhensible, dans la mesure où elle vise à éviter que l'article 8 ne soit une « arme » entre les mains des clandestins pour contourner les politiques nationales d'immigrations.

Contrairement aux mesures de reconduite à la frontière, l'article 8 produit ses pleins effets en matière d'expulsion.

[1769] CASTILLO Justine, La particularité de la situation des candidats à l'immigration dans l'appréciation du respect de la vie familiale, JADIE, 2014, [en ligne], consulté le 2 février 2024, La particularité de la situation des candidats à l'immigration dans l'appréciation du respect de la vie familiale | Journal d'actualité du Droit International et Européen (revue-jadie.eu)

[1770] CEDH, 9 novembre 2000, Shebashov c/ Lettonie, 50065/99 https://justice.pappers.fr/decision/8032f2445296e233e586282588f597e7, CEDH, Cour (Deuxième Section), SHEBASHOV contre la LETTONIE, 9 novembre 2000, 50065/99.

[1771] CEDH, 9 novembre 2000, Shebashov c/ Lettonie, 50065/99.

[1772] Ibid.

[1773] CEDH, Kumar c/ France, 17 juin 2008, req n° 1892/06 et 1908/06 ; CEDH, aff jeunesse c/ Pays-Bas, 3 octobre 2014, req n° 12738/10

B. La portée juridique de l'article 8 de la Conv EDH en matière d'expulsion

Contrairement à la reconduite à la frontière, l'article 8 de la Conv EDH semble plus protecteur en matière d'expulsion. En effet, alors qu'en matière de reconduite à la frontière, la Cour considère que l'ingérence à la vie familiale est justifiée sauf « circonstances particulièrement exceptionnelles[1774] », en matière d'expulsion, elle procède à une véritable analyse de proportionnalité et d'équilibre entre les intérêts en cause. Au fil des jurisprudences, elle a déterminé les critères permettant de vérifier cet équilibre.

Si dans ses premières décisions, la Cour semblait préférer la protection de l'intérêt individuel au détriment de l'ordre public national[1775], elle n'a pas tardé à modifier ses critères de raisonnement.

Ceux-ci incluent la gravité de l'infraction commise par l'intéressé, la période écoulée depuis la commission de l'infraction ainsi que sa conduite durant cette période, sa nationalité, la stabilité de sa situation familiale, les difficultés relatives à la poursuite de la vie familiale dans le pays de destination, l'intérêt supérieur et le bien-être des enfants et les liens sociaux culturels avec le pays de destination.

En effet, les autorités nationales doivent établir un équilibre entre les droits de l'étranger concerné et les nécessités d'ordre public ou de protection de la société. La gravité de l'infraction pénale commise par l'intéressé est primordiale dans la recherche de l'équilibre.

La Cour semble désormais se montrer intransigeante face à certaines infractions pénales telles que le viol[1776], le terrorisme[1777], le meurtre, le trafic de drogue[1778] ou encore la prise d'otage[1779]. Dans l'affaire *Bouchelkia*[1780] par exemple, la protection de l'ordre public et la prévention des infractions pénales semblaient prévaloir sur la protection de la vie familiale de l'intéressé. En l'espèce, l'intéressé est arrivé en France à l'âge 2 ans, en compagnie de sa mère et de son frère, dans le cadre d'un regroupement familial. Etant reconnu coupable de plusieurs infractions pénales, il a fait l'objet d'une mesure d'expulsion. A la question de savoir si son expulsion était

[1774] CEDH, 9 novembre 2000, Shebashov c/ Lettonie, 50065/99.
[1775] Sur l'évolution de la jurisprudence, Cg notamment, LABAYLE Henri, L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale, op. cit, P. 96.
[1776] CEDH, 29 janvier 1997, affaire Boulchelkia contre France, req n°23078/93.
[1777] CEDH, 29 décembre 1997, Karker, req n°1680/42.
[1778] CEDH, 19 janvier 1998, affaire Dalia contre France, req n°26102/95.
[1779] CEDH, 8 décembre 1998, Benrachid contre France req, n°39528/28.
[1780] CEDH, 29 janvier 1997, affaire Boulchelkia contre France, req n°23078/93

constitutive d'une ingérence injustifiée à sa vie familiale, la Cour a considéré que si l'intéressé est arrivé en France à l'âge de 2 ans, que les infractions ont été commises alors qu'il était mineur, cela n'enlève rien à la gravité des actes commis, et que les autorités « pouvaient légitimement considérer que son expulsion était alors nécessaire à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales »[1781]. De la même manière, dans l'affaire *Dalia*[1782], la Cour a considéré que la gravité de l'infraction est un élément déterminant indépendamment de la peine encourue. Dans l'affaire *Boujaidi,* l'intéressé est arrivé en France à l'âge de 7 ans, mais malgré l'intensité de la vie familiale développée en France, la Cour a accordé plus d'importance à la gravité de l'infraction commise. Dans l'affaire *Shala*[1783] contre Suisse du 15 novembre 2012, le requérant d'origine kosovare était arrivé en Suisse dans le cadre d'un regroupement familial. Ayant fait l'objet de plusieurs condamnations pénales, il a été expulsé vers son pays d'origine. Il estimait que son expulsion était disproportionnée au regard du temps passé en Suisse (18 ans) et de ses faibles chances d'intégration professionnelle au Kosovo. Tenant compte de la gravité des infractions commises et des attaches que l'intéressé avait encore dans son pays d'origine, la Cour a considéré qu'un juste équilibre entre les droits de l'intéressé et les intérêts de la Suisse avait été respecté. Dans l'affaire *Levakovic*[1784] contre Danemark de 2018, la Cour a conclu qu'il n'y avait pas d'atteinte à la vie familiale de l'intéressé en raison de la gravité de l'infraction qu'il avait commis à l'âge adulte.

Dans d'autres affaires, la Cour a conclu à la violation de l'article 8 en matière d'expulsion. A titre d'illustration, on peut citer l'affaire *Butt* du 4 décembre 2012 ou encore l'affaire *Kolonja* contre Grèce de 2016[1785]. Dans cette dernière affaire il a été jugé que compte tenu de la vie familiale de l'intéressé et la gravité de l'infraction à lui reprochée, l'expulsion vers son pays d'origine (l'Albanie) constituait une violation de l'article 8 de la Conv EDH.

Ainsi, l'articulation entre la protection de la vie familiale et la protection de l'ordre public ou la prévention des infractions pénales aboutit très souvent à des solutions variées et aléatoires.

L'appréciation au cas par cas a fait l'objet de critiques doctrinales. Comme l'écrit Joël Andriantsimbazovina « plutôt que l'approximation de ces arguments et de tels calculs d'apothicaire, le vrai courage de la Cour serait sans doute de fixer enfin clairement le droit de

[1781] Ibid.
[1782] CEDH, 19 janvier 1998, affaire Dalia contre France, req n°26102/95
[1783] CEDH, 15 novembre 2012, req n° 63896/12.
[1784] CEDH, 23 octobre 2018, req n° 7841/14.
[1785] CEDH, 19 mars 2016, Kolonja contre Grèce, requête 49441/12.

l'article 8 à l'égard des mesures que celle de l'interdiction du territoire tant leur conventionalité de principe peut être discutée[1786] ».

A l'instar de l'article 8, l'article 3 de la Convention est susceptible de constituer un obstacle à l'éloignement des étrangers.

§ II. L'impossibilité d'éloigner en application de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme

L'article 3 de la Conv EDH pose l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants. Aux termes de cette disposition, « nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitement inhumains ou dégradants ». Cet article 3 a été très rapidement considéré par la doctrine comme étant un article déterminant de la Convention, formulant « l'une des valeurs fondamentales des société démocratiques que forme le Conseil de l'Europe [1787]». La jurisprudence de la Cour EDH relative à cette disposition fait apparaitre une évolution positive. Sur le fondement de cette disposition, il est devenu courant de saisir la Cour EDH pour faire obstacle aux mesures nationales d'éloignement [1788] (expulsion ou reconduite à la frontière). Comme l'écrit Frédéric Sudre, « la banalisation du recours à l'article 3 de la Convention européenne des droits en matière de droit des étrangers est en bonne voie[1789] ».

La garantie consacrée par l'article 3 de la Convention impose deux obligations négatives aux États parties. En premier lieu, elle interdit aux États de soumettre les personnes relevant de leur juridiction à un traitement contraire à ses dispositions. Cette interdiction semblait fictive dans la mesure ou l'appartenance au Conseil de l'Europe excluait, à priori, la soumission d'une personne, quelle que soit sa nationalité, à un traitement inhumain ou dégradant. De cette première interdiction, à priori sans importance particulière, s'en est suivi une seconde qui consiste à ne pas renvoyer une personne dans un État ou elle risque un traitement prohibé (A). Progressivement son champ d'application a été étendu à la situation des étrangers malades (B). Initialement l'impossibilité d'éloignement en application de cet article n'était pas

[1786] ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, Le droit administratif et CEDH, RFDA, novembre-décembre 2002.
[1787] Frédéric Sudre, Article 3, in la Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article, Economica, 1995, p.153.
[1788] RUDOLF Bernhardt, La protection des réfugiés contre l'expulsion ou l'extradition, in la Convention européenne des Droits de l'homme et la protection des réfugiés, des demandeurs d'asile et des personnes déplacées, acte du 2ème colloque organisé conjointement par le Conseil de l'Europe et le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Strasbourg, 19-20 mai 2000, édition du Conseil de l'Europe 2001, p. 23.
[1789] SUDRE Frédéric, Le renouveau jurisprudentiel de la protection des droits des étrangers par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, In FULCHIRON Hugues, Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, L.G.D.J, 1999, P. 61-82, P. 61.

nécessairement assortie de la délivrance d'une autorisation de séjour (C). Toutefois en 2018, le Conseil d'État a considéré que l'impossibilité d'éloignement un demandeur d'asile en application de l'article 3 de la Convention devait être assortie, au moins, de la reconnaissance de la protection subsidiaire (D).

A. La protection contre l'éloignement en raison d'un traitement contraire à l'article 3 dans le pays de destination

Si la question de l'éloignement n'était pas couverte en tant que telle par la Convention, la Cour EDH a, dès 1990, déduit de la garantie contre tout risque de persécution et de traitement inhumain ou dégradant une protection contre l'éloignement. La jurisprudence *Soering*[1790] a marqué le début d'un processus irréversible en faveur des étrangers visés par une mesure d'éloignement.

L'idée consiste à considérer qu'un État partie à la Convention ne saurait prêter main forte à des traitements contraires aux droits fondamentaux par un État tiers sans engager sa responsabilité. Ainsi, malgré la souveraineté des États en matière d'accès et de séjour des étrangers sur leur territoire, l'interdiction leur est faite de procéder à l'éloignement vers des destinations ou les personnes risques d'être soumises à un traitement contraire à l'article 3. Il en résulte un véritable effet extraterritorial de la Convention[1791].

L'article 3 de la Convention s'applique pleinement à toute mesure d'éloignement susceptible de soumettre l'étranger concerné à un traitement prohibé dans le pays de destination[1792]. Dès lors la question se pose de savoir ce qu'il faut entendre par traitement contraire à cette disposition.

Tous les mauvais traitements n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 3, un degré de gravité est exigé. La notion de mauvais traitement est définie de façon restrictive. En effet, pour qu'un traitement puisse être considéré comme mauvais et relever du champ d'application de l'article 3 CEDH, il doit atteindre un minimum de gravité et [impliquer] des lésions corporelles effectives ou une souffrance physique ou mentale intense[1793]. Un traitement est considéré comme dégradant au sens de l'article 3 s'il humilie ou avilit un individu, s'il témoigne

[1790] CEDH, 7 juillet 1989, Soering c/ Royaume-Uni, req n° 14038/88.
[1791] HLABAYLE Henri, L'éloignement des étrangers devant la Cour européenne des droits de l'homme, RFDA 1997, p.977.
[1792] CEDH, 15 novembre 1996, Chahal c/ Royaume-Uni ; CEDH, 17 décembre Ahmed c/ Autriche ; CEDH, 29 avril 1997, H.L.R c/ France ; CEDH, 2 mai 1997, D c/Royaume-Uni.
[1793] CEDH Pretty c. Royaume-Uni du 29 avril 2002, requête n°2346/02, point 52.

d'un manque de respect pour sa dignité humaine, voire la diminue, ou s'il suscite chez l'intéressé des sentiments de peur, d'angoisse ou d'infériorité propres à briser sa résistance morale et physique[1794]. L'appréciation du seuil de gravité « dépend de l'ensemble des données de la cause [1795]». A titre d'exemple, la Cour considère qu'il y a violation de l'article 3 de la Conv EDH si l'intéressé risque la flagellation ou la lapidation dans l'État de destination[1796], s'il risque la peine de mort[1797], ou s'il est susceptible d'incarcération prolongée dans le couloir de la mort[1798]. En revanche, le seul fait que l'étranger risque des poursuites pénales dans le pays de destination n'est pas suffisant.

En outre, le risque de mauvais traitement doit présenter un caractère sérieux. La Cour procède à une appréciation stricte du caractère sérieux du risque de traitement inhumain ou dégradant. Autrement dit, l'éventualité du mauvais traitement n'est pas suffisante pour s'opposer à son éloignement sur le fondement de l'article 3 de la Convention, d'où l'exigence « de motif sérieux et avéré [1799]». La Cour exige également un risque personnel ou individuel.

Concernant les auteurs, le traitement inhumain ou dégradant peut résulter d'actes intentionnels exercés par les autorités étatiques du pays de destination, mais aussi par des organismes indépendants contre lesquels les autorités étatiques ne peuvent ou ne sont pas disposées à offrir une protection appropriée[1800]. Ainsi, dans un arrêt du 8 juillet 2013[1801], la Cour EDH a considéré que le renvoi d'un chrétien vers l'Égypte pouvait constituer une violation de l'article 3 de la Conv EDH en raison d'un risque de traitement inhumain et dégradant, même si ce risque ne provenait pas directement des autorités étatiques. En l'espèce, un ressortissant égyptien converti au christianisme, avait fait l'objet de nombreuses attaques en raison de ses croyances religieuses. Une plainte pour prosélytisme avait été déposée contre lui. A la suite de la dite plainte, il avait été placé en garde vue. A l'issue de sa garde vue, il a quitté l'Egypte pour la France. Il a vécu 3 ans en France sans titre de séjour. En 2010, l'intéressé a fait l'objet d'un arrêté préfectoral de reconduite à la frontière. C'est dans ce contexte qu'il a déposé une demande d'asile et contesté l'arrêté de reconduite à la frontière. A la suite du rejet de ses

[1794] Idem.
[1795] CEDH saadi c Italie du 28 février 2008, n° requête 37201/06.
[1796] CEDH, Jabari c Turquie du 11 mai 2000, requête n°40035/98.
[1797] CEDH, Soering c Royaume-Uni du 7 juillet 1989, requête n°14038/88.
[1798] CEDH Bader et Kandor c Suède du 8 novembre 2005, requête n°13284/04, point 46.
[1799] CEDH, Saadi Saadi c/ Italie du 28 février 2008, requête n°37201/06 point 140 ; CEDH, Muslin c./ Turquie du 26 avril 2005, requête n°53566/99, point 70 et 75 ; CEDH, H.L.R c/ France du 29 avril 1997, requête n° 24573/94 point 37.
[1800] CEDH, H.R.F c/ France du 29 avril 1997, requete n° 24573/94, point 32 ; CEDH, Hamed c/ Autriche du 17 décembre 1996, requete n°25964/94.
[1801] CEDH, 6 juin 2013, M.E. c/ France, requete n°50094/10.

demandes, le requérant a saisi la Cour EDH sur le fondement de l'article 3. Dans sa requête, il soutenait que son expulsion violerait l'article 3 de la Con EDH. La Cour EDH a considéré que si la peine encourue par l'intéressé dans son pays d'origine n'était pas insuffisamment grave pour conclure à la violation de l'article 3 de la Conv EDH, il pourrait être la cible d'intégristes musulmans. Elle a, en outre, considéré que même si ce risque de persécution n'était pas directement le fait des autorités égyptiennes, mais de personnes privées, l'absence de réaction de la police égyptienne fait craindre que le requérant ne pourra pas être protégé contre ce risque[1802]. Il convient ainsi de noter que lorsque les actes constitutifs de mauvais traitement proviennent des personnes privées, une condition est posée à l'applicabilité de l'article 3 de la Con EDH : l'absence de protection des autorités étatiques.

Dès lors que les conditions d'application de l'article 3 de la Conv EDH sont réunies, la prohibition est « absolue et ne souffre d'aucune exception[1803] ». Lorsque l'État de renvoi n'est pas l'État d'origine de l'étranger concerné, la décision d'éloignement ne devrait être prise que si les autorités de l'État d'accueil sont convaincues, dans la mesure du raisonnable, que l'État de retour n'expulsera pas la personne vers un État tiers ou elle risque le même type de mauvais traitement[1804].

Le caractère absolu de l'article 3 s'explique par le fait qu'un étranger ne peut en aucune circonstance faire l'objet d'une mesure d'expulsion vers un pays où il risque un traitement contraire à l'article 3 de la Convention quand bien même il serait considéré comme représentant une menace grave pour la société de l'État membre d'accueil[1805]. Dans ce sens, le caractère absolu de l'article 3 de la Conv EDH vient restreindre considérablement le pouvoir souverain des États en matière d'éloignement des non nationaux puisqu'ils sont tenus de ne pas expulser un ressortissant de pays tiers vers son pays d'origine dès lors qu'il existe des risques sérieux de subir des traitements inhumains et dégradants[1806]. Cette solution a été confirmée dans un arrêt récent de la Cour EDH du 30 aout 2022[1807]. En l'espèce, un ressortissant russe, arrivé en France à l'âge mineur en 2004, s'était vu accorder le statut de réfugié. En 2014, il a été condamné deux fois par des juridictions correctionnelles pour des faits de menace de crime sur personne

[1802] CEDH, 6 juin 2013, M.E. c/ France, requete n°50094/10 ; Anne, Portmann, « l'expulsion par la France vers l'Égypte : risque de traitement inhumain et dégradant », Dalloz actualité.
[1803] Didier Rouget, les étrangers et la Convention européenne des droits de l'homme : une protection limitée et contrastée, Revue québécois de droit international, 2000, p.219.
[1804] LARRALDE Jean-Manuel, Les garanties au retour de la Convention européenne des droits de l'homme, in Stéphane Leclerc (dir) Europe (s), Droit (s) et migrant irrégulier, bruxelles, Bruylant 2012, p.190 ; principe n ° 2.
[1805] CEDH, 28 février 2008, Saadi c/ Italie n° 37201/60.
[1806] CEDH, 29 avril 2019, A. Mc/ France, req n° 12148/18…..
[1807] CEDH, 30 aout 2022, R c/ France, req n°49857/20.

dépositaire de l'autorité publique et pour des faits de vol en réunion. En 2017, il a été à nouveau condamné pour des faits de participation à une association de malfaiteurs en vue de la préparation d'un acte terroriste. Pour ces raisons, en février 2017, l'OFPRA lui a tiré son statut de réfugié. En 2019, la décision de retrait de son statut de réfugié a été confirmée par un arrêt de la Cour nationale du droit d'asile. En mars et février 2020, deux arrêtés préfectoraux ont prononcé son expulsion et ont fixé la Russie comme pays de destination. Le 12 novembre 2020, l'intéressé a introduit un référé suspension contre son expulsion, qui été rejeté par le tribunal administratif. Dans ce contexte, il a saisi la CEDH en invoquant principalement une violation de l'article 3 de la Convention.

Tout en soulignant qu'elle a une conscience aigüe de l'ampleur du danger que représente le terrorisme pour la collectivité et, par conséquent, de l'importance des enjeux de la lutte contre ce fléau, la Cour rappelle que « la protection offerte par l'article 3 de la Convention présente un caractère absolu ». Ainsi, l'article 3 « ne souffre nulle dérogation, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation »[1808].

Le champ d'application de l'article 3 de la Convention a été progressivement étendu à la situation des étrangers malades.

B. L'extension du champ d'application de l'article 3 à la situation des étrangers malades

La Cour EDH a progressivement assimilé l'éloignement d'un étranger dont l'état de santé nécessite une attention particulière à un traitement inhumain ou dégradant. Cette extension date du 2 mai 1997.

En effet, dans un arrêt du 2 mai 1997[1809], la Cour a élargi le champ d'application matériel de l'article 3 de la Conv EDH en retenant une violation de cette disposition dans une affaire concernant l'expulsion d'un étranger en séjour irrégulier condamné pour trafic de stupéfiant, qui se trouvait en phase terminale de la maladie de SIDA. La Cour a considéré que l'éloignement de l'intéressé pouvait constituer une violation de l'article 3 dans la mesure où il ne pouvait pas bénéficier de soins palliatifs ni de soutien social psychologique approprié dans son pays d'origine. Selon la Cour, « son expulsion l'exposerait à un risque réel de mourir dans des circonstances particulièrement douloureuses et constituerait donc un traitement

[1808] Ibid.
[1809] CEDH, D c/ Royaume-Uni du 2 mai 1997, requête n°30240/96.

inhumain[1810] ». Ainsi, la notion de traitement inhumain prend une nouvelle dimension en y intégrant « des conditions de vie contraires à la dignité humaine[1811] ». Cependant, la portée de cette jurisprudence ne doit pas être surestimée. Dans des affaires ultérieures, la Cour a rejeté des requêtes déposées par des étrangers visant en empêcher leur éloignement pour des raisons médicales. Elle a par exemple jugé que l'article 3 ne faisait pas obstacle à l'éloignement d'une personne séropositive qui peut trouver des soins identiques dans son pays d'origine, même si la prise en charge coute plus cher dans ce dernier pays[1812]. De la même manière, elle a considéré que l'éloignement d'un étranger malade qui va devoir, dans son pays d'origine, se rendre dans un hôpital situé à 80 km de chez lui n'est pas incompatible avec l'article 3[1813]. En définitive, conformément à la jurisprudence de la Cour EDH, l'éloignement de l'étranger malade ne constitue une violation de l'article 3 que si le traitement médical approprié n'est pas disponible dans le pays de destination et que la maladie risque de causer des souffrances considérables. Cette position a été réaffirmée par la Cour EDH dans un arrêt du 27 mai 2008[1814], en estimant qu'une dégradation importante de l'état de santé en cas d'expulsion, notamment une réduction significative de l'espérance de vie n'est pas en elle-même suffisante pour emporter une violation de l'article 3[1815]. En la matière, la jurisprudence de la Cour EDH a eu une influence positive sur celle de la Cour de justice de l'Union. En effet, la Cour de justice de l'Union européenne inclut la douleur dans l'analyse du risque de traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux. Dans un arrêt du 22 novembre 2022[1816], elle a ainsi considéré que la douleur peut être un motif faisant obstacle à l'éloignement lorsqu'il existe un risque réel qu'elle augmente de manière « rapide, significative et irréversible ». Par ailleurs, elle affirme qu'une augmentation rapide peut être « progressive et qu'un certain laps de temps peut être nécessaire pour que cette augmentation devienne significative et irréversible ». Si cette décision de la Cour de justice résulte d'une influence de la Cour EDH, on peut considérer que la première est plus protectrice que la seconde. Comme l'écrit Manuela Brillat, « l'article 4 de la charte est plus protecteur que l'article 3 de la Convention [1817]».

[1810] CEDH, D c/ Royaume-Uni du 2 mai 1997, requête n°30240/96, point 53.
[1811] SUDRE Fréderic, le renouveau jurisprudentiel de la protection des étrangers par l'article 3 CEDH.
[1812] CEDH, Karata c/ Finlande, décision sur la recevabilité du 29 mai 1998, requête n°40900/98 ; CEDH, Ndangoya c/ Suède, décision sur la recevabilité du 22 juin 2004, requête n°17868/03.
[1813] CEDH, Bensaid c/ Royaume-Uni du 6 février 2001, requête n° 44599/98.
[1814] CEDH, N c/ Royaume-Uni du 27 mai 2008, requête n°26565/05, point 43.
[1815] CEHD, N c/ Royaume-Uni du 27 mai 2008, précité, CEDH, Yoh-Ekale Mwanje c/ Belgique du 20 mai 2011 requete n°10486/10.
[1816] CJUE, 22 novembre 2022, staatssecretaris van justice en veiligheid, aff. C-69/21.
[1817]BRILLAT Manuela L'augmentation de la douleur, obstacle à l'éloignement de l'étranger, Dalloz actualité, 30 novembre 2022.

Prenant acte de la jurisprudence européenne, le législateur français a inséré dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 une disposition interdisant l'éloignement de « l'étranger résidant habituellement en France atteint d'une pathologie grave nécessitant un traitement médical dont le défaut pourrait entrainer pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité, sous réserve qu'il ne puisse effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans le pays de renvoi[1818] ». En 1998, le législateur français est allé plus loin en reconnaissant un droit de séjour de plein droit portant « mention vie privée et familiale » en faveur de l'étranger dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale[1819].

De son côté, à l'instar du juge européen, le juge administratif français procède à une interprétation restrictive de l'impossibilité d'éloigner fondée sur l'état de santé et vérifie scrupuleusement que les conditions posées par la loi sont remplies. Le juge n'admet l'existence d'une exceptionnelle gravité que quand sont en jeu le pronostic vital et ou l'intégrité physique de l'intéressé[1820]. Dans ce sens, la condition relative à l'accès aux soins appropriés dans le pays d'origine est une source de difficulté d'appréciation[1821]. Selon le Conseil d'Etat, ni le défaut de ressources financières[1822] ni la circonstance que l'étranger ne disposerait pas de traitement approprié dans sa ville de résidence[1823] ne doivent être pris en compte dans l'appréciation « d'une exceptionnelle gravité ». Dans ce sens, le Conseil d'état ne semble pas étendre son contrôle à l'effectivité de l'accès aux soins dans le pays de destination[1824]. Tatiana Grundler explique le caractère restrictif de ce droit par des considérations financières[1825].

Si les articles 8 et 3 de la convention font obstacle à l'éloignement des étrangers dans certaines conditions, ces dispositions ne font pas obligation aux États d'accorder un statut régulier aux étrangers non éloignés. Dans ce contexte, nombre de ressortissants de pays tiers ne peuvent être éloignés.

[1818] La loi n°97-396 du 24 avril 1997, portant diverses dispositions relatives à l'immigration.
[1819] Loi n° 98-349, du 11 mai 1998, relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile.
[1820] RUBIO Nathalie, L'influence du droit de l'Union européenne sur le droit au séjour de l'étranger malade , RDSS, 2010, p. 265.
[1821] Ibid.
[1822] CE, 15 décembre 2004, n° 257171.
[1823] CE, 5 novembre 2003n°241505.
[1824] RUBIO Nathalie Rubio, L'influence du droit de l'Union européenne sur le droit au séjour de l'étranger malade, RDSS, 2010, p. 265.
[1825] GRUNDLER Tatiana, Le juge et le droit à la protection de la santé, RDSS, 2010, p. 835.

C. L'impossibilité d'éloigner non assortie de droit de séjour

Les obstacles à l'éloignement des étrangers sont multiples. Aux obstacles juridiques ci-dessus évoqués, s'ajoutent des obstacles techniques ou politiques. Les obstacles techniques concernent les difficultés à déterminer le pays d'origine de l'étranger visé par une mesure d'éloignement. Ces difficultés peuvent être le résultat de l'absence de coopération des pays tiers. Les obstacles politiques correspondent aux choix politiques des États de ne pas procéder à l'éloignement. Les obstacles juridiques trouvent leur fondement, nous l'avons vu, dans la protection des droits fondamentaux des étrangers, issus des articles 8 et 3 de la Conv EDH.

Si des considérations liées aux droits fondamentaux posent des conditions ou font obstacle à l'éloignement de certaines catégories d'étrangers, rien dans la convention européenne des droits de l'homme n'oblige les États à leur accorder un titre de séjour. Dans ce sens, l'impossibilité d'éloigner peut avoir des conséquences pour les intéressés qui, en l'absence de titre de séjour se retrouvent dans l'irrégularité. Or, « l'exclusion du séjour régulier implique l'exclusion de nombreux droits socio-économiques ».

L'Union européenne, elle-même, subordonne le bénéfice du « traitement équitable » à la régularité du séjour. Les États sont libres d'accorder ou un non un titre de séjour à l'étranger non éloigné. En France, la situation spécifique des étrangers protégés contre l'éloignement a donné lieu à une évolution jurisprudentielle.

D. L'impossibilité d'éloigner assortie d'un droit de séjour par le Conseil d'État

L'hypothèse est celle d'un ressortissant de pays tiers visé par une mesure d'éloignement (principalement une mesure de reconduite à la frontière), mais dont l'exécution risque de soumettre l'intéressé à un traitement prohibé par l'article 3 de la Conv EDH. En la matière, la position des juridictions administratives françaises a connu une évolution majeure en 2018, notamment à l'égard des demandeurs d'une protection internationale déboutés. En effet, avant 2018, les juridictions françaises considéraient que l'arrêt définitif par lequel la Cour EDH juge que l'exécution d'une mesure d'éloignement est susceptible d'exposer l'intéressé à un traitement contraire à l'article 3 « constitue une circonstance nouvelle justifiant le réexamen de la situation de l'intéressé » (1). En 2018, le Conseil d'Etat est allé plus loin en considérant que l'impossibilité d'éloigner, dans cette hypothèse, devait être assortie par la reconnaissance, au moins, du statut de protection subsidiaire (2).

1) Avant 2018, l'impossibilité d'éloigner en raison d'un traitement contraire à l'article 3 de la Conv EDH, cause de réexamen de la demande de protection internationale

En principe, après un deuxième rejet d'une demande de protection internationale par l'OPFRA, la Cour nationale du droit d'asile ne réexamine le dossier au fond que si l'intéressé évoque des faits intervenus postérieurement à la première décision juridictionnelle ou dont il est établi qu'il n'a pu en avoir connaissance que postérieurement[1826]. En 2009, le Conseil d'état a jugé[1827], qu'une décision du juge de la reconduite à la frontière d'une part, ne « s'impose pas avec l'autorité absolue de la chose jugée » à la Cour nationale du droit d'asile, eu égard à ses compétences propres et à son office et constitue d'autre part un élément impliquant que la Cour nationale du droit d'asile procède à un réexamen de l'ensemble des faits soumis à son appréciation. Autrement dit, si une décision annulant une mesure de reconduite à la frontière ne peut pas être interprétée comme imposant aux autorités compétentes d'octroyer un titre de séjour à l'étranger concerné, elle impose que sa situation soit réexaminée. Cela signifie que la décision rendue par le juge de reconduite à la frontière ne lie pas le juge du droit d'asile. Cette solution a été confirmée par le CE dans un arrêt du 9 novembre 2016[1828], par lequel il a été jugé que les litiges relatifs à l'éloignement et ceux relatifs à la protection internationale n'ont pas le même objet. Ainsi, en l'absence d'identité d'objet des litiges, les décisions du juge de la reconduite ne sauraient s'imposer au juge de la protection internationale. La même logique s'imposait à l'égard des décisions rendues par la Cour EDH. Autrement dit, la Cour EDH ne se prononce pas sur le droit d'asile mais sur la mesure d'éloignement, même si cette mesure d'éloignement qu'elle juge condamnable est la conséquence du rejet de la demande de protection internationale. La distinction entre la décision des autorités compétentes pour l'octroi de la protection internationale et celle des autorités en matière d'éloignement semble être justifiée par le fait que l'octroi de la protection internationale confère à l'étranger un statut assorti de droits propres qui constituent bien plus qu'une protection contre l'éloignement. « De sorte qu'accorder [la protection internationale] à un demandeur excède ce qui est nécessaire pour éviter sa reconduite et que prescrire une telle protection au seul motif que l'éloignement violerait ses droits fondamentaux taperait assurément trop large pour tarir la source de cette violation ».

[1826] Cf, les articles L 723-15 et suivants du CESEDA.
[1827] CE, 3 juillet 2009, n° 291855.
[1828] CE, 9 novembre 2016, OFPRA c/ M. N n° 388830.

Si cette solution était juridiquement soutenable, elle présentait des inconvénients pratiques. Aurélie Bretonneau en identifiait deux dans ses conclusions[1829] à l'occasion de l'arrêt du 3 octobre 2018. Selon elle, le premier inconvénient concerne le risque que le juge de l'asile fait courir à la France en refusant de reconnaitre un droit de séjour à l'étranger ne pouvant être éloigné. Le deuxième inconvénient est « qu'il n'est guère satisfaisant en termes de politiques publiques de créer des catégories d'étrangers protégés du refoulement par l'autorité d'une décision de justice sans pouvoir prétendre pour autant à un titre de séjourner. Conformément aux conclusions d'Aurélie Bretonneau, en 2018, le Conseil d'état a procédé à un revirement de jurisprudence.

2) Depuis 2018, l'impossibilité d'éloigner sur le fondement de l'article 3 de la Conv EDH est assortie de la reconnaissance d'un droit de séjour

L'évolution de la position des juridictions administratives françaises en la matière résulte d'un arrêt du 3 octobre 2018[1830]. En l'espèce, en 2008, un ressortissant congolais avait sollicité l'asile en France en faisant valoir que son activité de dessinateur caricaturiste l'exposait à des persécutions politiques dans son pays d'origine. Sa demande avait été rejetée par une décision de l'OFPRA en date du 9 décembre 2009. Et cette décision de rejet avait été confirmée par un arrêt de la Cour nationale du droit d'asile (CNDA). Malgré des demandes de réexamen de sa situation, le 2 novembre 2010, un arrêté portant l'obligation de quitter le territoire a été pris à son encontre. Dans ce contexte, l'intéressé a saisi la Cour EDH. Par un arrêt du 14 novembre 2013 devenu définitif, la Cour EDH a jugé que la mise en exécution de la décision d'éloignement de l'intéressé dans son pays d'origine constituerait une violation de l'article 3 de la Conv EDH. Fort de cette décision, l'intéressé a formulé une nouvelle demande de réexamen de sa situation. Sa nouvelle demande a été rejetée par une décision de l'OFPRA du 30 janvier 2015. Ce rejet a été confirmé par une décision de la Cour nationale du droit d'asile en date du 13 septembre 2016. C'est dans le contexte que l'intéressé a saisi le Conseil d'Etat. Le Conseil d'Etat s'est principalement fondé sur l'article 46 de la Convention EDH, relatif à la force obligatoire et exécution des arrêts de la Cour EDH. Ainsi, selon le Conseil d'état « l'arrêt par lequel la Cour européenne des droits de l'homme juge que la mise en exécution d'une mesure d'éloignement d'une personne vers le pays dont elle a la nationalité constituerait une

[1829] BTRETONNEAU Aurélie, Conclusions, concernant l'arrêt du Conseil d'État du 3 octobre 2018, n° 406222.
[1830] CE, 3 octobre 2018, n° 406222.

violation de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, compte tenu du risque qu'elle courrait d'y être exposé à des traitements prohibés par cet article, constitue une circonstance nouvelle justifiant le réexamen de la situation de cette personne par l'OFPRA, sous le contrôle de la Cour nationale du droit d'asile. La complète exécution de l'arrêt de la Cour européenne des droit de l'homme implique nécessairement, non seulement que les autorités s'abstiennent de mettre à exécution la mesure d'éloignement, mais aussi, à tout le moins, que, sauf changement de circonstances et sous réserve de l'application de l'article L 712-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, la protection subsidiaire lui soit accordée en application de l'article L 712-1 ». Dans ce sens, depuis 2018, l'étranger dont l'éloignement est jugé contraire à l'article 3 de la Conv EDH bénéficie de la protection subsidiaire sauf s'il existe des raisons sérieuse de penser qu'elle a commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, un crime grave ou qu'elle s'est rendue coupable d'agissement contraire aux buts et aux principes des nations unies, ou encore que son activité sur le territoire constitue une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sureté de l'État. Cette solution semble conforme à l'objectif de la directive 2004/83 refondue par la directive 2011/95 du 13 décembre 2011. En effet le considérant 25 de cette directive invite les États membres à fixer les critères de la protection subsidiaire sur la base des obligations qui découlent des instruments internationaux relatifs aux droits l'homme dont la Conv EDH.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

La recherche de l'efficacité dans la stratégie commune de lutte contre l'immigration irrégulière dans l'Union a laissé peu de place au respect des droits fondamentaux. Dans un tel contexte, la Conv. EDH telle qu'interprétée par la Cour. EDH a été une source de protection complémentaire pour les étrangers visés par une mesure d'éloignement.

Grâce au travail d'interprétation extensive des dispositions de la Convention par les juges de Strasbourg, les étrangers visés par une mesure d'éloignement ont pu bénéficier non seulement des garanties procédurales, mais aussi de la protection contre l'éloignement lorsqu'il est susceptible de porter atteinte à un droit fondamental protégé par la Convention.

En application de l'article 5, paragraphe 1, de la Convention, les mesures de rétention administratives ne doivent être ni arbitraires ni irrégulières. En outre, l'étranger retenu en vue de son éloignement est bénéficiaire d'un certain nombre de garanties, telles que le droit à l'information, le droit à la protection juridictionnelle et le droit à réparation s'il s'avère que la rétention était illégale.

L'exécution matérielle de la mesure d'éloignement est également entourée de garanties. On peut citer notamment le respect de la dignité de la personne humaine. Toutefois, ces garanties sont amoindries par l'inapplicabilité des articles 6 et 7 de la Convention en la matière.

Enfin, les mesures d'éloignement ne doivent porter atteinte aux articles 3 et 8 de la Convention. La teneur de la protection issue de l'article 8 varie selon que l'étranger est visé par une mesure de reconduite à la frontière ou une mesure d'expulsion.

Dès lors que ses conditions d'application sont réunies, l'article 3 de la Convention met en place une protection absolue.

En 2018, grâce au dialogue des juges, le Conseil d'État français a déduit de l'impossibilité d'éloigner en application de l'article 3, la reconnaissance, au moins, du statut de protection subsidiaire.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

La deuxième partie de notre thèse était consacrée à l'étude du statut des ressortissants des États tiers présents dans l'Union. Ces ressortissants peuvent être en situation régulière ou irrégulière.

Lorsqu'ils sont en séjour régulier, avant l'intervention de la Cour. EDH et l'émergence progressive d'une politique commune d'asile et d'immigration au sein de l'Union, leur statut était caractérisé par un traitement discriminatoire dans les ordres juridiques nationaux en matière d'accès aux droits sociaux économiques. Dans les années 1990, sous l'influence de la Cour. EDH, les ordres juridiques nationaux ont progressivement intégré dans leur analyse les obligations issues de la Conv. EDH en matière d'accès à la protection sociale. Les normes issues de l'Union européenne ont également participé à l'émergence « d'un traitement équitable » des ressortissants des pays tiers en séjour régulier dans l'Union, sans toutefois aboutir à une égalité parfaite de traitement entre d'une part, les ressortissants des pays tiers et les citoyens de l'Union et, d'autre part, entre toutes les catégories de ressortissants de pays tiers.

La communautarisation s'est traduite par la recherche de l'efficacité dans la lutte contre l'immigration illégale, compromettant ainsi les droits fondamentaux des intéressés. Fort heureusement, la volonté répressive du séjour irrégulier a été encadrée par la jurisprudence de la Cour. EDH.

CONCLUSION GENERALE

Notre étude sur le statut des ressortissants des États tiers dans l'Union européenne a conduit à s'attacher aux trois composantes de ce statut à savoir, les conditions d'admission, les conditions de séjour et les conditions de l'éloignement. Les règles régissant ce statut ayant évolué dans le temps, passant de la compétence discrétionnaire des États à la prise en compte des exigences issues des droits fondamentaux, puis, à la communautarisation au niveau de l'Union européenne[1831], nous avons tenté de démontrer que malgré l'influence de plus en plus prégnante des considérations liées aux droits fondamentaux dans la détermination du statut des étrangers, l'Union européenne et ses États membres ont une approche utilitariste de la question migratoire, qui aboutit à la fragmentation des droits consentis aux étrangers[1832]. Notre étude avait pour objectif de démontrer que c'est en fonction de ses propres intérêts, fonctionnels, économiques ou sécuritaire que l'Union et ses États membres appréhendent les ressortissants des pays tiers.

L'approche utilitariste de la question migratoire et d'asile se vérifie tant en matière d'admission au séjour qu'en matière d'accès aux droits sociaux économiques.

Pour démontrer cette approche utilitariste, il a été jugé utile, dans une première partie, d'analyser les conditions d'admission des ressortissants des pays tiers, puis, dans une seconde partie, leur condition de séjour et de sortie du territoire.

Il a résulté de l'analyse des normes communes adoptées au niveau de l'Union et relatives à l'admission au séjour des ressortissants des pays tiers que les catégories sont fondées sur trois intentions : faciliter la mobilité intra-européenne des citoyens de l'Union, attirer les étrangers intéressants et repousser les indésirables.

La volonté de faciliter la mobilité intra-européenne des citoyens de l'Union s'est traduite par la mise en place d'un droit de séjour dérivé au profit des membres de leur famille, quelle que soit leur nationalité. Ces facilités avaient initialement pour but de ne pas entraver la libre circulation des citoyens. Avec l'arrêt *Zambrano* de 2011, la Cour a ajouté à ce premier objectif celui de ne pas priver le citoyen des droits attachés à son statut.

[1831] Sur le cheminement de la communautarisation, Cf, LABAYLE Henri, Vers une politique commune de l'asile et de l'immigration dans l'Union européenne, in JULIEN-LAFERRIERE François, La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam, Bruylant 2005, P. 11-43.
[1832] Définis comme celui qui n'a pas la nationalité d'un État membre de l'Union.

La volonté d'attirer les étrangers intéressants s'est traduite juridiquement par la mise en place des conditions favorables d'admission au séjour en leur faveur[1833].

Au nom de la protection des droits fondamentaux, certains étrangers sont censés être des bénéficiaires d'un droit subjectif d'accès au territoire[1834] et d'admission au séjour. Comme l'écrit Perrine Dumas, « le régime de protection des droits de l'homme a […] donné lieu à l'émergence d'un droit à la migration en permettant que la souveraineté nationale s'incline devant la dignité humaine lorsqu'est en cause un droit fondamental du migrant […][1835] ». Ce droit d'admission au titre de la protection des droits fondamentaux existait dans les ordres juridiques nationaux en application soit des normes constitutionnelles[1836] soit des instruments juridiques internationaux. La communautarisation des questions migratoires et d'asile au sein de l'Union a abouti à un durcissement inacceptable [1837]des conditions d'admission au titre de la protection des droits fondamentaux. Certaines dispositions de la directive 2003/86 rendent difficile l'exercice du regroupement familial. Des restrictions sont portées à l'accès des demandeurs d'asile au territoire et sont développés des concepts permettant soit de limiter la recevabilité des demandes d'asile soit d'accélérer leur traitement sans un examen approfondi.

L'objectif de tenir à distance à tout prix les « indésirables » a donné lieu à une « conditionnalisation » de la question migratoire. La « conditionnalisation » organisée par des accords bi et multilatéraux a été complétée le nouvel article 25 b du code communautaire des visas, qui conditionne les facilités d'octroi de visa à la coopération des pays tiers en matière de réadmission[1838]. Depuis la « loi pour contrôler l'immigration et renforcer l'intégration », on

[1833] Considérant 3 de la directive 2009/50, établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants des pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, « le Conseil européen de Lisbonne de mars 2000 a fixé comme objectif pour la Communauté de devenir l'économie de la connaissance la plus compétive et la plus dynamique du monde, capable d'une croissance économique durable accompagnée d'une amélioration quantitative de l'emploi et d'une plus grande cohésion sociale […]. Les mesures destinées à attirer et à conserver une main d'œuvre hautement qualifiée provenant de pays tiers dans le cadre d'une approche fondée sur les besoins des États membres s'inscrire dans le contexte plus large établi par la stratégie de Lisbonne et par la communication de la Commission du 11 décembre relative aux lignes directrices intégrées pou la croissance et l'emploi ».

[1834] DUMAS Perrine, L'accès des ressortissants des pays tiers au territoire des États membres de l'Union européenne, Buylant, 2013, P. 492.

[1835] DUMAS Perrine, Ibid.

[1836] Cf, notamment alinéa 4 du préambule de la Constitution française du 27 octobre 1946, « tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur le territoire de la République ».

[1837] URBANO DE SOUSA Constança, Le regroupement familial au regard des standards internationaux, in JULIEN-LAFERRIERE François, La politique européenne d'immigration et d'asile : Bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam, P 127-140, P. 123.

[1838] Sur cette question, Cf, notamment, FRASCA Eleonora, L'instrumentalisation de la politique européenne des visas comme levier de la coopération en matière de réadmission : qui est sanctionné par ce mécanisme de conditionnalité négative, Annuaire du droit de l'Union européenne, 2022, P. 163-173.

retrouve dans le CESEDA une disposition comparable à l'article 25 b du code communautaire des visas[1839].

Cette première partie avait ainsi pour objectif de démontrer qu'en matière d'admission au séjour des ressortissants des pays tiers, l'Union et ses États membres accordent plus d'importance aux considérations fonctionnelles et économiques qu'aux considérations liées à la protection des droits fondamentaux. Finalement en raison des restrictions et des dérogations contenues dans les normes européennes relatives à l'admission au séjour au titre du regroupement familial et de la protection internationale, on a pu affirmer que contrairement à l'affirmation générale selon laquelle les étrangers protégés bénéficient d'un droit subjectif en matière d'admission, ce sont, en réalité des migrants économiques et les membres de la famille du citoyen qui sont les bénéficiaires d'un tel droit subjectif.

Dans la deuxième partie, il s'est agi d'analyser le statut juridique des ressortissants des États tiers présents dans l'Union. Nous avons démontré que l'émergence de la protection internationale des droits fondamentaux et la communautarisation de la question migratoire et d'asile ont été favorables aux ressortissants des États tiers. Des considérations liées au respect des droits fondamentaux ont progressivement permis d'écarter certaines discriminations fondées sur la nationalité en matière d'accès aux droits sociaux économiques. La volonté de l'Union de reconnaitre un statut « équitable et comparable à celui des citoyens de l'Union » aux ressortissants de pays tiers en séjour régulier leur a également été favorable. Mais, les droits sociaux économiques auxquels ils peuvent prétendre dépendent également de leur statut (résidant de longue durée, membre de la famille du citoyen européen, réfugié, chercheur, étudiant, titulaire de la protection subsidiaire, titulaire de la carte bleue européenne ou travailleur saisonnier).

Un dernier objectif de la politique migratoire de l'Union est d'ordre répressif. Il s'agit de combattre efficacement l'immigration clandestine et le séjour irrégulier. La réalisation de cet objectif est passée par l'adoption de normes peu respectueuses des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière. Si les étrangers visés par une mesure d'éloignement ne sont pas dépourvus de toute protection en application du droit l'Union, ils retrouvent dans la Conv. EDH et la jurisprudence de la Cour de justice des mesures protectrices plus efficaces. En effet,

[1839] Article L 312-3-1 « sans préjudice de l'article L 312-3, le visa de long séjour peut être refusé au ressortissant d'un État coopérant insuffisamment en matière de réadmission de ses ressortissants en situation irrégulière ou ne respectant pas un accord bilatéral ou multilatéral des gestion des flux migratoires ».

lorsqu'on compare les décisions de la Cour de Strasbourg à celles de Luxembourg, on s'aperçoit que les premières sont plus protectrices que les secondes.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux

Alland, D., & Teitgen-Colly, C. (2002). *Traité du droit de l'asile*. Paris: PUF

BERGER V, jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, 13ème éd, Sirey, 2014

BLANC-CHALEARD Marie-Claude, Histoire de l'immigration, Paris, la Découverte et Syros, 2001

CHAGNOLLAUD Dominique et DRAGO Guillaume, Dictionnaire des droits fondamentaux, Dalloz, 2ème édition, 2010

CORNUS Gérard, Vocabulaire Juridique 15ème édition, Puf, 2020

DUPEYROUX Jean Jacques, BORGETTO Michel, LAFORE Robert, RUELLAN Rollande, Droit de la sécurité sociale, 15ème édition, Dalloz, 2005,

LYON-CAEN Gérard et LYON-CAEN Antoine, Droit social international et européen, 8ème édition, Paris, précis Dalloz, 1993

LYON-CAEN Gérard, Droit social européen, Dalloz, 2ème édition 1972

Noiriel, G. (1988). *Le creuset français. L'histoire de l'immigration 19ème-20ème siècle*. Paris: Seuil.

OMARJEE Ismaël, Manuel de droit européen de la protection sociale, Bruylant, 2ème édition, 2021

PETIT Franck, Droit de la protection sociale, 2ème édition, Lextenso, 2014

Pufendorf, S. V. (1987). *Le droit de la nature et des gens* (J. Barbeyrac, Trad.). Bibliothèque de philosophie politique et juridique, Université de Caen

RODIERE Pierre, Le droit social de l'Union européenne, LGDJ, Lextenso, 3ème édition, 2022

SUDRE Frédéric, MILANO Laure, PASTRE-BELTA Béatrice, SCHAHMANECHE Aurélia, Droit européen et international des droits de l'homme, 16ème édition, PUF, 2023

Sudre, F., Milano, L., Pastre-Belta, B., & Schahmanache, A. (2023). *Droit européen et international des droits de l'homme* (16e éd.). PUF.

Tchen, V. (2022). *Droit des étrangers* (2ème éd.). Paris: LexisNexis.

II. **Ouvrages spécialisés** :

ALFANDARI Elie, Immigration et protection sociale, édition Sirey, 1990

AMARELLE Cesla, CHRISTEN Nathalie, SON NGUYEN Minh, Migration et regroupement familial, Édition Stampfli, 2012

AUBIN Laurence (dir), La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2012

BALLEIX Corinne, La politique migratoire de l'Union européenne, La documentation française, Paris, 2013

BARBOU DES PLACES Ségolène, PATAUT Etienne et RODIERE Pierre (dir), Les frontières de l'Europe sociale, Pedone, 2018

BENLOLO CARABOT Myriam, (dir) Union européenne et migrations, Bruxelles, Bruylant, 2020

BERTRAND Christine (dir), L'immigration dans l'Union européenne. Aspect actuels de droit interne et de droit européen

BLOCH Pascale, DUVERT Cyrile et SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha (dir), Différenciation et indifférenciation des personnes dans le code civil, Economica, 2006

BONNECHERE Michèle (dir), trente ans de libre circulation des travailleurs, La documentation française, 1998

BONNET Baptiste (dir), Turquie et l'Union européenne : État des lieux, Bruylant, 2012

BORGETTO Michel, LAFORE Robert, Droit de la sécurité sociale, 19ème édition, Dalloz, 2019

BOUJEKA Augustin, HABU GROUD Thomas, ZEVOUNOU Lionel (dir), Les libertés européennes de circulation au-delà de l'économie, Mare et Martin

BOURRINET Jacques et NAZET-ALLOUCHE Dominique, L'Union européenne et la protection sociale, la Documentation française, Paris, 2002

BOUTEILET-PAQUET Daphné, La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union européenne : un complément de la Convention de Genève ? Bruylant, 2002

BOUTEILLET-PAQUET Daphné, Une approche critique de la politique européenne en matière d'asile et ses conséquences sur certains pays d'Europe centrale : au-delà de la politique de cordon sécuritaire ?, L'Harmattan, 2001.

CANAJI Laure-Emmanuelle, La personne dans la protection sociale. Recherche sur la nature des droits des bénéficiaires de prestations sociales, Dalloz, 2008

CARLIER Jean-Yves (dir), L'étranger face au droit, Bruxelles, Bruylant, 2010

CARLIER Jean-Yves, SAROLEA Sylvie, Droit des étrangers, Larcier, 2016

CARLIER Jean-Yves, GUILD Elspeth (dir) L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'U.E, volume 2, Bruylant, 2006

CHAUMET Pierre-Olivier, Histoire du droit social. Du moyen âge aux temps moderne, LEH édition, 2017

CHETAIL Vincent (dir), Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question, Bruylant, 2007

COURNIL Christel, Le statut interne de l'étranger et les normes supranationales, L'Harmattan, 2005

COURSIER Philippe, Le droit supranational de la protection sociale, LexisNexis, 2020

DE BRUYCKER Philippe, Les régularisations des étrangers illégaux dans l'Union européenne, Bruylant 2000.

De HABIB Gherari et ROSTANE Mehdi, (dir) La société internationale face aux défis migratoires, Paris, Pedone, 2012

Denis Duez, L'Union européenne et l'immigration clandestine : de la sécurité intérieure à la construction de la Communauté politique, Bruxelles, édition de l'Université de Bruxelles, 2008

DEWITTE Philippe (dir), Immigration et intégration, l'état des savoirs, Edition la découverte, 1999

DI MANNO Thierry, ELIE Marie-Pierre, (dir) L'étranger : sujet de droits et sujet des droits, Bruylant, 2008

DUMAS Perrine, L'accès des ressortissants des pays tiers au territoire des États membres de l'Union européenne, Bruylant, 2013

DUPEYROUX Jean-Jacques, BORGETTO Michel et LAFORE Robert, Droit de la sécurité sociale, Dalloz, coll. Précis, 18ème édition, 2015

DURANT Paul, La politique contemporaine de sécurité sociale, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 1953, rééd. 2005

EL QADIM Nora, Le gouvernement asymétrique des migrants. Maroc/Union européenne », édition Dalloz, 2015.

Emmanuelle SAULNIER-CASSIA et Vincent TECHEN (dir), Unité du droit des étrangers et égalité de traitement. Variation autour des mutations d'une police administrative, Dalloz, 2009

FARCY Jean-Batiste, L'Union européenne et l'immigration économique : le défis d'une gouvernance multi niveaux », édition Anthemis, 2021

FASSIN Dedier et QUIMINAL Catherine (dir), Les lois de l'inhospitalité. Les politiques de l'immigration à l'épreuve des sans-papiers, Édition la Découvert, 1997

FERNANDEZ Julien, LALY-CHEVALIER Caroline, (dir) Droit d'asile : état des lieux et perspectives, Pedone, 2015.

FINES Francette, RASSU Federica (dir), La conditionnalité dans les relations extérieures de l'Union européenne, Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, Université de Poitiers, février 2022

FLEASCH Mougin, Les accords externes de la CEE : essai d'une typologie », éditions de l'Université libre de Bruxelles, 1979

Fleury-Graff Marie « *droit de l'asile* », 2019, PUF

FLORY Maurice, HOGGINS Rosalyn (dir), Liberté de circulation des personnes en droit international, Economica, 1986

Frédéric Sudre, Article 3, in la Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article, Economica, 1995

FULCHIRON Hugues (dir), Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, L.G.D.J, 1999

FULCHIRON Hugues, (dir), La famille des migrants, Edition lexisnexis 2020

FULCHIRON Hugues, Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, L.G.D.J, 1999

GAUTHIER Catherine, GAUTIER Marie (dir), L'immigration légale : aspects de droits européens, Bruylant 2011

GUIMEZANES Nicole, La circulation et l'activité économique des étrangers dans la Communauté européenne : droit Communautaire, droits nationaux, nouvelle édition fiduciaire, 1990,

HELLY Damien, PETITEVILLE Franc, L'Union européenne, acteur international », harmattan 2005

ICARD Philippe, Les flux migratoires au sein de l'Union européenne, Bruylant, 2017

INSEL Ahmet (dir), La Turquie et l'Europe : une coopération tumultueuse, l'harmattan, 1999

ISIDRO Lola, L'étranger et la protection sociale, Dalloz, 2017

JADOUL Pierre, MIGNON Éric, (dir), Le droit des étrangers : statuts, évolution européenne, droits économiques et sociaux, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, 1993

JAFFRELOT Christophe et LEQUESNE Christine (dir), L'enjeu Mondial, les migrations, Presses de Sciences Po, Paris

JAULT-SESEKE Fabienne, CORNELOUP Sabine, BARBOU DES PLACES Ségolène, Droit de la nationalité et des étrangers, Puf, Thémis, 2015

JEANNIN Laure, MENEGHINI Marco, PAUTI Christine, POUPET Raphaëlle (dir), Droit d'asile en Europe. Étude comparée, L'Harmattan, 1999

JEANNIN Laure, MENEGHINI Marco, PAUTI Christine, POUPET Raphaëlle, Le droit d'asile en Europe. Étude comparée, L'Harmattan, 1999

JULIEN-LAFERRIERE François, LABAYLE Henri, EDSTROM Orjan (dir), La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam, Bruylant, 2005,

KTISTAKIS Yannis, La protection des migrants au titre de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte sociale européenne, Édition du Conseil de l'Europe, février 2014

LANFRANCHI Marie-Pierre, Droit communautaire et travailleurs migrants des États tiers : entrée et circulation dans la Communauté européenne, economica 1994

LECLERC Stéphane (dir), Europe (s), droit (s), et migrant irrégulier, Bruxelles, Bruylant, 2012

LECLERC Stéphane(dir), La libre circulation des personnes dans l'Union européenne, Bruylant 2009

LOCHAK Daniel, Étranger : de quel droit ? PUF, 1985

MAVRIDIS Prodromos, (dir) Les turcs dans l'Union européenne : réflexion sur la prééminence du droit, Édition ANT.N SAKKOULAS, 2009

Mélange en l'honneur de Elie Alfandari, Dalloz, 2000

Mélange en l'honneur de LEGER Philippe, Le droit à la mesure de l'homme, Pedone,, 2006

MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Economica, 1997

MICHELT Karine, Les droits sociaux des étrangers, L'Harmattan, 2002.

MILLET François-Xavier, Le contrôle de constitutionnalité des lois de transposition : étude de droit comparé France-Allemagne, Paris, édition l'Harmattan, 2011, collection

MILLET-DEVALLE Anne-Sophie, La protection des migrants et des réfugiés, Nice 17-18 juin 2010, édition A pedone

MOTTIN Jean, Les immigrés et l'emploi, édition Litec, Paris, 1986

NEUVILLE François, Le statut juridique du travailleur étranger en France au regard des assurances sociales : de l'assistance et de la prévoyance sociale, Paris, L. Chauney et L. Quinsac, 1931

PARROT Karine, Étranger, Anamosa, 2023

PASCOUAU Yves, La politique migratoire de l'Union européenne. De Schengen à Lisbonne, L.G.D.J 2010.

PELLET Remi, Finances publiques et redistribution sociale, Economica, 2006

PETRY Roswitha , La situation juridique des migrants sans statut légal : entre droit international des droits de l'homme et droit Suisse des migrations, LGDJ, 2013

RIZCALLAH Cecilia, Le principe de confiance mutuelle en droit de l'Union européenne : un principe essentiel à l'épreuve d'une crise des valeurs, Bruylant, 2020

TCHAKALOFF Marie-France Christophe, La Turquie et l'Europe : une coopération tumultueuse, in INSEL Ahmet, l'harmattan

TEITGEN-COLLY Catherine, Le droit d'asile, 1er édition, Humensis, 2019

THOUVENI Jean-Marc et TREBILCOCK Anne (dir), Droit international social. Droit économiques, sociaux et culturels. Tome 2, Bruylant, 2013

III. **Thèses** :

ANGRISANI Antonio, L'action de la Cour de justice de l'Union européenne pour la protection des droits fondamentaux face à la répression des migrations irrégulières, thèse de droit de l'Université de Bordeaux et de l'Université Laval, soutenue le 18 décembre 2020.

CASTRO Alexandra, La gouvernance des migrations : de la gestion migratoire à la protection des droits des migrants, DECAUX Emmanuel, (dir) thèse de doctorat, droit international public, Université Panthéon –Assas, soutenue le 12 mai 2014

DIOUF Djiré, La clause d'ordre public dans le droit de l'asile politique Thèse de doctorat, droit, Université du Havre, 17 octobre 2017

GICQUEL Eloïse, L'étranger, entre état membre et l'Union européenne : étude des interactions normatives, [en ligne], thèse, droit, Université de Bordeaux, 2014, P. 228 et suivants, consulté le 3 mars 2021.

LECUCQ Olivier, Le statut constitutionnel de l'étranger en situation irrégulière, thèse, Aix-Marseille, 1999

LENAIN HETREAU Émilie, Obligation de visa et personnes en besoin de protection internationale en droit de l'union européenne, [en ligne] droit, Université d'Anger, 2023

MAVRIDIS Prodromos, La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne, thèse, Paris X,

PAPINOT Camille, La protection internationale du travailleur migrant, Thèse de doctorat de l'Université Paris Ouest Nanterre la Défense, soutenue le 15 décembre 2014

ROUSSET Damien, L'étrangers en situation irrégulière dans les États membres de l'Union européenne, thèse de doctorat, droit, Université de Lille, 2004

ROUZET Isabelle, Le contrôle de l'Utilisation de la force de travail : contribution à la légitimité de l'intervention de l'État sur l'emploi, thèse de doctorat, Paris 2, 1996

SJODEN Éric, Les raisons impérieuses d'intérêt général en droit de l'Union européenne », thèse de doctorat en droit international de l'Université Paris 2, soutenue le 5 décembre 2016

SLAMA Serge, Le privilège du national. Étude historique de la condition civique des étrangers en France, thèse de doctorat de droit public, de Nanterre, soutenue le 12 décembre 2003, volume 1 et 2.

SWEENEY Morgan, L'égalité en droit social, au prisme de la diversité et du dialogue des juges, 2010, thèse de Paris 10 Nanterre

URBAN Quentin, L'étranger en situation irrégulière, Thèse de doctorat en Droit de l'Université Paris Nanterre, Tome 1 et 2, 1991

IV. Articles, contributions aux colloques et chapitres d'ouvrages collectifs.

ABDEREMANE Karine, La conditionnalité migratoire, in FINES Francette, RASSU Federica, La conditionnalité dans les relations extérieures de l'Union européenne, Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, Université de Poitiers, février 2022

ABRAHAM Ronny, Les juridictions françaises et la Convention européenne des droits de l'homme, in FULCHIRON Hugues, Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, L.G.D.J, 1999, P. 39-49.

AKANDJI-KOMBE Jean-François, Les droits des étrangers et leur sauvegarde dans l'ordre juridique communautaire, C.D.E, 1995, n°3-4, P. 351-381

AKANJI-KOMBE Jean François, Pour la commission des migrations, des réfugiés et de la population, doc S/Mig/Inf (2005) 17, 28 septembre 2005

ALAUX Jean-Pierre, Immigration subie, xénophobie choisie, interview de Jean-Pierre ALAUX, publiée dans Ecorev, 26 février 2007, http://ecorev.org/article.php3?d_a

ALFANDARI Elie, Réflexion sur la place et le rôle du droit dans la protection sociale des immigrés, in Eli ALFANDARI Elie, Immigration et protection sociale, 2ème édition, Paris 1990

ALFREDO Pierre, Le détachement en France des travailleurs ressortissants d'État tiers par des entreprises de travail temporaire espagnoles, https://www.alfredo-bayssieres.com/le-detachement-en-france-de-travailleurs-ressortissants-d-etats-tiers-par-des-entreprises-de-travail-temporaire-espagnoles.html

AMARELLE Cesla, CHRISTEN Nathalie, SON NGUYEN Minh, Migration et regroupement familial, Édition Stampfli, 2012

ANDIEUX Aurélie, Quels sont les acteurs qui expriment et développent les idées utilitaristes en matière d'immigration, en France et en Europe, depuis les années 90, recueil Alexandries, février 2019, http://www.reseau-terra.eu/article441.html

ANDRADE Paula Garcia, DI PASCALE Alexia et SARRAJ Asma, Dimensions externes du droit et de la politique d'immigration et d'asile de l'Union européenne, in DE BRUYCKER, Bruylant 2011, p. 254

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, Le droit administratif et CEDH, RFDA, novembre-décembre 2002.

AROLEA Sylvie, Les droits procéduraux du demandeur d'asile au sens des articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits l'homme », RTDH, 1999, P.130

AUBIN Laurence, La lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne, quelle légalité pour quels effets ?, in AUBIN Laurence (dir), La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2012

AZOULAI Loïc, Le sens du social dans le droit de l'Union européenne, in BARBOU DES PLACES Ségolène, PATAUT Etienne et RODIERE Pierre (dir), Les frontières de l'Europe sociale, Pedone, 2018, 277-279

AZOULAI Loïc, « Transfiguring European Citizenship : forum Member state territory to Union territory », in D. Kochenov (ed), UE Citizenship and Federalism: The role of rights, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp 178-203

BABEL Maryse, DAUGAREILH Isabelle, LABORDE Jean-Pierre, LAFORE Robert, Prestations sociales, étrangers, conditions de séjour, durée de séjour, RDSS, 1995, p.423

BARBOU DES PLACES Ségolène, Au- delà de la casuistique ? La part de la Cour de justice dans la construction du droit des migrants de l'Union européenne, Titre VII, 2021, n°6, p. 50-57, [en ligne] consulté le 1 février 2022, https://www.cairn.info/revue-titre-vii-2021-page-50.htm

BARBOU DES PLACES Ségolène, La Cour de justice et l'accord d'Ankara : variation jurisprudentielles sur la vocation européenne des travailleurs turcs, In BONNET Baptiste, Turquie et l'Union européenne: état des lieux, Bruylant, 2012, p. 199-228

BARBOU DES PLACES Ségolène, La famille du ressortissants d'États tiers : une famille désinstituée ? In FULCHIRON Hugues, (dir), La famille des migrants, Edition lexisnexis 2020

BARBOU DES PLACES Ségolène, Le code des visas, nouveau levier de la politique d'éloignement des étrangers en situation irrégulière RTD europ.2020. 127

BARBOU DES PLACES Ségolène, Le dispositif Dublin II ou les tribulations de la politique Communautaire d'asile, EUI, Working Paper Law, n° 2004/6, http://www.iue.it/PUB/law04-6.pdf

BARBOU DES PLACES Ségolène, Le droit de séjour des ressortissants d'États tiers ayant la garde effective d'enfants citoyens de l'Union, Revue critique de droit international privé, 2017, n°1, p.45-54.

BARBOU DES PLACES Ségolène, Réforme de la directive résidents de longue durée : quelle place pour l'intégration sociale dans la concurrence pour les talents ? RTD eur 2023, P 134, [en ligne], consulté, 20 juillet 2024.

BARBOU DES PLACES Ségolène, Solidarité et mobilité des personnes en droit de l'Union européenne : affinités sélectives ?, Dalloz, 2011, p.218-244

BARBOU DES PLACES Ségolène, YSEBAERT Ronan,La liberté de circulation en Europe, dans : Migreurop éd., Atlas des migrations dans le monde. Libertés de circulation, frontières et inégalités. Paris, Armand Colin, « Hors collection », 2022, p. 50-51. DOI : 10.3917/arco.migre.2022.01.0050. URL : https://www-cairn-info.faraway.parisnanterre.fr/atlas-des-migrations-dans-le-monde--9782200632823-page-50.htm

BARBOU DES PLACES Ségolène, La catégorie en droit des étrangers : une technique au service d'une politique de contrôle des étrangers », Revue Asylon (s), n°4 mai 2008.

BRASILIEN-GAINCHE Marie-Laure, L'Union et les réfugiés. Une Europe sans qualité ? Revue de l'Union européenne, n° 613, décembre 2017, p. 603-606

BASILIEN-GAINCHE Marie-Laure, La politique européenne d'immigration et d'asile en question : la valeur de la solidarité soumise à l'argument de la réalité, In BOUTAYEB Chahira (dir), La solidarité dans l'Union européenne- élément constitutionnel [en ligne] consulté le 3 avril 2022

BASILIEN-GAINCHE Marie Laure, Les frontières de l'Union européenne. Quand le migrant incarne la limite, Revue de l'Union européenne, n°609, juin 2017.

BASILIEN-GAINCHE Marie-Laure, Union européenne et demande de protection : le renversement des maux, in FERNANDEZ Julien, LALY-CHEVALIER Caroline, Droit d'asile : état des lieux et perspectives, Pedone, 2015, P. 33-42.

BAUDET Véronique, Regroupement familial : l'acharnement, Plein droit, 2008 n°76

BAUDET-Caille Véronique, Les sans-papiers licenciés ont-ils des droits ? Plein droit n° 80, mars 2009, [en ligne] consulté le 3 janvier 2024

BENLOLO CARABOT Myriam, La jouissance effective de l'essentiel des droits attachés au statut de citoyen. Une nouvelle substance pour la citoyenneté de l'Union ? Revue des affaires européennes, 2011, n°2, p. 443-450

BENOIT-ROHMER Florence, Liberté, respect de la vie privée et familiale, RTD Euro, 2019, 391 https://www-dalloz-fr.faraway.parisnanterre.fr/documentation/Document?id=RTDEUR/CHRON/2019/0426.

BERTRAND Christine, Le regroupement familial en droit Communautaire, In BERTAND Christine, L'immigration dans l'Union européenne. Aspects actuels de droit interne et de droit européen, P. 182-200.

BERTRAND Christine, Le paradoxe de la politique d'immigration de l'Union européen, Archive ouverte HAL [en ligne] https://uca.hal.science/hal-02327896/document

BODART Serge, Les réfugiés conventionnels et protection subsidiaire, apports et apories d'une directive européenne, Journal des tribunaux, 2005, n° 6176, pp.245-252

BONNECHERE Michèle, La libre circulation communautaire et statut juridique de l'étranger en France : quelles interactions ? in BONNECHERE Michèle (dir), trente ans de libre circulation des travailleurs, La documentation française, 1998

BONNET Vincent, La fraude commise par un tiers justifie l'annulation de l'enregistrement de la déclaration d'acquisition de la nationalité française par la possession d'état, Revue critique de droit international privé 2019/1 n°1, p.127-134.

BONNEVILLE Philippe, GANSER Christian, ILJIC Anne, Chronique de jurisprudence de la CJUE, AJDA, 2023 p. 2215.

BORGETTO Michel, Droit à la protection sociale et à la sécurité matérielle, in CHAGNOLLAUD Dominique et DRAGO Guillaume, Dictionnaire des droits fondamentaux, Dalloz, 2ème édition, 2010

BORGETTO Michel, Logique assistancielle et logique assurantielle dans le système français de protection sociale : les nouveaux avatars d'un vieux débat, Dr. Soc. 2003, 115

BOULOUIS Jean, Quelques observations à propos de la sécurité juridique du droit international au droit de l'intégration, Liber amicorum, Pierre Pescatore, Nomos Verlag, 1987

BRILLAT Manuela L'augmentation de la douleur, obstacle à l'éloignement de l'étranger, Dalloz actualité, 30 novembre 2022

BRUGGEMAN Maryline, Les prestations familiales et non-respect du regroupement familial : le droit français jugé conforme à la Convention, droit, santé et société 2016/2-3 P.25-29

BTRETONNEAU Aurélie, Conclusions, concernant l'arrêt du Conseil d'État du 3 octobre 2018, n° 406222.

BURATTI Théo, L'externalisation des frontières de l'Union européenne : enjeux et perspectives, www.pourlasolidarité.eu

BURGON Caroline, Le regroupement familial, échec d'une harmonisation des règles à l'échelle européenne, In ICARD Philippe, Les flux migratoires au sein de l'Union européenne, Bruylant, 2017

CANIVET Guy, Principes fondamentaux et transposition des directives communautaires, colloque à Budapest, 1-3 octobre 2009.

CARLIER Jean Yves, CREPEAU François, Le droit européen des migrations : exemple d'un droit en mouvement ? In Annuaire français de droit international, volume 57, 2011. Pp. 641-674.

CARLIER Jean Yves, La directive retour et le respect des droits fondamentaux, in Europe des libertés, vol, mai 2008, n°26, p 13-21 http://.hande.net/2078.1/110619
CARLIER Jean Yves, La libre circulation des personnes dans l'Union européenne, JTDE 2002, chron.65

CARLIER Jean-Yves, La directive retour et le respect des droits fondamentaux, in l'Europe des libertés, Vol. Mai 2008, n°26, p 13-21 http:/hdl.handle.net/2078.1/110619

CARLIER Jean-Yves, Les bénéficiaires et les exclus de la libre circulation des personnes, in LECLERC Stéphane, La libre circulation des personnes dans l'Union européenne, Bruylant 2009, P. 17-32.

CARLIER Jean-Yves, Réfugié : identification et statut des personnes à protéger, in JULIEN-LAFERRIERE François, LABAYLE Henri, EDSTROM Orjan (dir), La politique européenne

d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam, Bruylant, 2005, p.296

CASSARINO Jean Pierre readmission policy in the European Union's , Bruxelles : parlement european, 2010

CASTILLO Justine, La particularité de la situation des candidats à l'immigration dans l'appréciation du respect de la vie familiale, JADIE, 2014, [en ligne], consulté le 2 février 2024, La particularité de la situation des candidats à l'immigration dans l'appréciation du respect de la vie familiale | Journal d'actualité du Droit International et Européen (revue-jadie.eu)

CHAUCHARD Jean-Pierre, Sécurité sociale et les droits de l'Homme, Dr. Soc. 1997, p.48.

CHENILLET Philippe, L'immigré et sa vieillesse, in Elie Alfandari, Immigration et protection sociale, 2ème édition, 1990, p.111-129

CHETAIL Vincent, Migration, droit de l'homme et souveraineté : le droit international dans tous ses états, In CHETAIL Vincent, Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question, Bruylant, 2007, P. 14-133.

COHEN Dany, Catégorie de personnes, égalité et différenciation, In BLOCH Pascale, DUVERT Cyrille et SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, Différenciation et indifférenciation des personnes dans le code civil, Economica, 2006

CORNELOUP Sabine, Citoyenneté européenne : la Cour de justice apporte une nouvelle pierre à son édifice, Recueil Dalloz, 2011 ? P1325.

CORNELOUP Sabine, Sur la protection temporaire des personnes déplacées en provenance d'Ukraine, Revue critique de droit international privé, 2022, n°2 p. 439-442

CORNELOUP Sabine, Concept controversé de pays tiers sur», Recueil Dalloz, 2018, P 552.

COURNIL Christel, La régularisation, une procédure injuste et inefficace », article extrait du plein droit n° 76, mars 200, htt://www.gisti.org/spip.php?article4406

COURNIL Christel, La traite des êtres humains : une directive humanitaire au service de la maitrise des flux, homme et immigration, 2003, p. 90-98

COURSIER Philippe, La permanence des particularismes nationaux, in BOURRINET Jacques et NAZET-ALLOUCHE Dominique, L'Union européenne et la protection sociale, la Documentation française, Paris, 2002

DANIEL Christine et TUCHSZIRER Carole, Assurance, assistance, solidarité : quels fondements pour la protection sociale ? Revue de l'IRES, n° 30, 1999

Daniel Christine et TUCHSZIRE et Carole, Assurance, assistance, solidarité : quels fondements pour la protection sociale, revue de l'IRES, n°30, 1999/2

DASTE Pierre, Réglementation de l'accès à la fonction publique et mobilité : l'éducation nationale, in BONNECHERE Michèle, Trente ans de libre circulation des travailleurs, Documentation française, 1998

DAUGAREIH Isabelle, Du nouveau sur les allocations familiales pour les étrangers, RDSS 2044 p. 964

DAUGAREILH Isabelle, Les prestations sociales non contributives et les étrangers en droit communautaires, RDSS, 1997, p.189

DE BERNARDINIS Christophe, La Cour de justice de l'Union européenne définit la persécution religieuse, La lettre juridique, septembre 2012

DE BRUYCKER Philippe, L'émergence d'une politique européenne d'immigration, in CARLIER Jean-Yves (dir), L'étranger face au droit, Bruxelles, Bruylant, 2010

DE BRUYCKER Philippe, Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile, in JULIEN-LAFERRIERE François, LABAYLE Henri, EDSTROM Orjan, La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam, Bruylant 2005

DE BRUYCKER Philippe, Les politique d'harmonisation du statut administratif des ressortissants d'États tiers en Europe, in JADOUL Pierre, MIGNON Éric, (dir), Le droit des étrangers : statuts, évolution européenne, droits économiques et sociaux, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, 1993

DE FROUVILLE Olivier, Les instruments universels de protection : quelle effectivité ? in De HABIB Gherari et ROSTANE Mehdi, (dir) La société internationale face aux défis migratoires, Paris, Pedone, 2012

DE GOUTTES Regis, L'accès aux prestations familiales, pour les enfants étrangers. Aspects nationaux, européens et internationaux, in Mélange en l'honneur de LEGER Philippe, Le droit à la mesure de l'homme, Pedone,, 2006, P. 396-406.

DE MONTECLER Marie-Christine, le champ d'application de la directive retour précisé, AJDA, 2012, p.1926

DE SCHUTTER Olivier, Les garanties procédurales dans le cadre du contentieux de l'accès au territoire, du séjour et de l'éloignement des étrangers, Obs sous l'arrêt Cour. EDH, Maaouia c/ France du 5 octobre 2000, [en ligne] consulté, le 2 février 2024, http://hdl.handle.net/2078.1/95626

DELOUVRIER Anne, Incidence de l'article A du traité CE sur la libre circulation des travailleurs, in BONNECHERE Michèle, Trente ans de libre circulation des travailleurs, La Documentation française, 1998

DELZANGLES Hubert, Les politiques de régularisation : des voies à harmoniser ? In GAUTHIER Catherine, GAUTIER Marie (dir), L'immigration légale : aspects de droits européens, Bruylant 2011

DENIS Martin, Le traitement privilégié des ressortissants turcs, Revue du droit du travail, n°1, janvier 2011, pp 62

DI MANNO Thierry, MARIE-PIERRE Elie, L'étranger sujet du droit et sujet des droits, Bruylant 2008,

DOLLAT PATRICK, La liberté de circulation et la citoyenneté européenne, Hommes et Migrations, 1998/1216/p.25-35

DOMERGUE Jean-Paul, Chômage : indemnisation-régime d'assurance chômage, répertoire de droit du travail, (en ligne), octobre 2021, p.278

DUCROQUETZ Anne-Lise, L'expulsion des étrangers en droit international et européen, thèse de doctorat, droit, Université Ille 2, 2007

DUPEYROUX Jean-Jacques, La protection sociale : la régression des principes constitutionnels, plein droit n°22-23, octobre 1993

DVOUEZ Nelly, Interprétation par la Cour de justice de l'Union européenne des conditions de prolongation des mesures de rétention, Dalloz actualité 7 juillet 2014.

FERRANDIERE Decemcierre, La responsabilité internationale des États à raison des dommages subis par des étrangers, Paris, Rousseau, 1925, p.12

FLAUSS Jean-François, actualité de la Convention européenne des droits de l'homme, novembre 2001, avril 2002, AJDA, juin 2002, n°6

Frédéric Sudre, Article 3, in la Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article, Economica, 1995, p.153.
GACON-ESTRADA Hélène, La sécurité sociale se moque de la justice, Dr. Soc, 1996, p.709

GALLMEISTER Inès, Droit aux prestations familiales : principe de non-discrimination en raison de la nationalité, AJ Famille, 2013, p.305

GASCHIGNARD David, L'Europe et ses étrangers, justice et cassation [en ligne], 2009, p.46.

GAUGAREILH Isabelle, La pénalisation du travail irrégulier en droit européen, in Laurence Dubin, (dir), la légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2012

GAUTHIER Catherine, Droit fondamentaux, migrants légaux et droit européens, in GAUTHIER Catherine, GAUTIER Marie (dir), L'immigration légale, aspects de droit européen, Bruylant, 2011

GAUTIER Marie, Etranger, Répertoire du droit européen, [en ligne], janvier 2013], https://www-dalloz-fr.faraway.parisnanterre.fr/documentation/Document?id=ENCY/EUR/RUB000078

GAUTIER Marie, Le droit communautaire, vecteur d'une segmentation du droit, in, Emmanuelle SAULNIER-CASSIA et Vincent TECHEN (dir), Unité du droit des étrangers et égalité de traitement. Variation autour des mutations d'une police administrative, Dalloz, 2009

GAUTIER Marie, Le droit communautaire, vecteur d'une segmentation du droit, in SAULNIER-CASSIA Emmanuel et TCHEN Vincent (dir), Unité du droit des étrangers et égalité de traitement. Variation autour des mutations d'une police administrative, Dalloz, 2009

GAY Laurence, L'égalité et la protection sociale dans les premières décisions QPC du Conseil constitutionnel : un bilan mitigé, RDSS, 2010, p.1061

GAZIN Fabienne, Le ressortissant d'État tiers en droit de l'Union européenne, étranger ou personne ? Colloque organisé par la faculté catholique de Lyon, in la notion de personne en droit de l'Union européenne, le 23 mai 2014.
GKEGKA Maria, L'identité de l'Union européenne à l'aune du droit de l'immigration et de l'asile. Analyse institutionnelle, Revue de l'Union européenne, 2024, p. 335
Gisti l'histoire des discriminations légales sur le marché du travail https://www.gisti.org/doc/presse/1999/cerc/chapitre-3-2.html

GISTI, lettre ouverte au premier ministre, « l'accès des étrangers aux emplois et droits à condition de nationalité », Paris le 9 avril 2001, https://www.gisti.org/doc/actions/2001/emplois/lettre.html

GOKALP Catherine, Chronique de l'immigration, 1975, n° 30-4-5, p. 889-896

GOSME Charles, Les limbes de l'inéloignabilité : la nouvelle condition juridique de l'étranger, revue critique de droit international privé, 2015

GOUTTENOIRE Adeline, Le bénéfice des prestations familiales réservé à certains enfants étrangers, A J Famille, 2012, p. 183

GRANGEON Julien et AUGER Cyril, juin 2014 De timides lignes directrices pour une meilleure protection du droit au regroupement familial des étrangers dans l'Union » Revue des droits de l'homme, juin 2014, [en ligne], https://doi.org/10.4000/revdh.841

GRIOTTERAY Alain, Les immigrés : le choc, Plon, 1984. A. HOCHET Agnès, L'immigration dans le débat politique français de 1981 à 1988, Pouvoirs, 1988, n° 47

GRUNDLER Tatiana, Le juge et le droit à la protection de la santé, RDSS, 2010, p. 835

Guy Perrin, les prestations non contributives et la sécurité sociale, Dr. Soc. 1961. 185

HUBERT Cécile, DE DECKER Stijn , La politique européenne de migration : quels chantiers pour une meilleure intégration ? », Revue de l'Union européenne (en ligne), 2007, p.239

HUMBERT Sylvain, « directive retour : quel bilan de cinq années intenses en contentieux ? », RFDA, 2016, p.1235

ICARD Philippe, Les droits sociaux des tiers à la Communauté européenne : un impressionnisme juridique, in BERTRAND Christine (dir), L'immigration dans l'Union européenne. Aspects actuels de droit interne et de droit européen, L'Harmattan, 2008

JDUPEYROUX Jean Jacques et PRETOT Xavier, Le droit de l'étranger à la protection sociale, Dr. Soc. 1994, p 69-74

JULIEN LAFFERIERE François, Entrée, séjour et mesure d'éloignement, in BONNECHERE Michèle, trente ans de libre circulation des travailleurs, Documentation française, 1998

JULIEN-LAFERRIERE François, La communautarisation de la politique migratoire, dans Migrations société, 2008/2, n° 116, p. 59-71

JULIEN-LAFERRIERE François, La loi Villepin relative au droit d'asile, Regard sur l'actualité, La documentations française, mars 2004

JULIEN-LAFFERRIERE François, Applicabilité de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en matière de police des étrangers, AJDA, 1991, P.551 ; [en ligne], consulté le 20 février 2024, https://www-dalloz-fr.faraway.parisnanterre.fr/documentation/Document?d=AJDA/NOTE/1991/10551

KADDOUS Christine, Le rôle de la Cour de justice dans l'interprétation de l'accord d'association CEE-Turquie, in BONNET Baptiste (dir), Turquie et l'Union européenne : état des lieux » in BONNET Baptiste (dir), Bruylant 2012

KAHMANN Marcus, Vers une politique européenne d'immigration économique ? Avancées et reculs, chronique internationale de l'IRES, n° 125, juillet 2010

KERSCHEN Nicole, Vers une individualisation des droits sociaux : approche européenne et modèle nationaux, Dr. Soc. 2003.

KORSAKOFF Alexandra, Les victimes de persécutions de genre, de nouveaux réfugiés ? Réflexion sur l'étendue de la mobilisation du motif du groupe social, Cahier de la recherche sur les droits fondamentaux [en ligne], http://journals.openedition.org/crdf/1206

KTISTAKIS Yannis, La protection des migrants au titre de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte sociale européenne, Édition du Conseil de l'Europe, février 2014,

LABAYLE Henri, L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale, in FULCHIRON Hugues (dir), Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, LGDJ, 1999,p. 104-105

LABAYLE Henri, L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale », In FULCHIRON Hugues (dir) Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, L.G.D.J, 1999, P.83-107.

LABAYLE Henri, Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale, lecture nationale et exigences européennes, RFDA, 1993, 511, [en ligne] consulté le 7 janvier 2024, javascript:void(0).

LABAYLE Henri, Vers une politique commune de l'asile et de l'immigration dans l'Union européenne, in JULIEN-LAFERRIERE François, LABAYLE Henri, La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam, Bruxelles, 2005

LARRALDE Jean-Manuel, Les garanties au retour de la Convention européenne des droits de l'homme, in LECLERC Stéphane, (dir), Europe (s), Droit (s) et migrant irrégulier, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 178-196

LAURENS Sylvain, 1974 et la fermeture des frontières. Analyse critique d'une décision érigée en turning-point, Politix, 2008/2 n° 82, P. 69-94

LE BARBIER-LE-BRIS Muriel, La politique de retour de l'Union européenne, in Stéphane Leclerc, (dir), Europe (s), Droit (s), et migrant irrégulier, Bruxelles, Bruylant, 2012,

LE CAN Morgan, La France négocie avec le Mali le retour des migrants irréguliers, journal le monde, publié le 5 mars 2019, http://www.lemonde.fr/afrique/article/2019/03/05/la-france-negocie-avec-le-mali-le-retour-des-migrants-irreguliers_5431822_3212.html

Le Gisti, article du plein droit ° 7, avril 1989 ; des discriminations jusqu'à quand ? Énumère un certain nombre de raison à la condition de nationalité

LENAIN Émilie, Il était une, un visa obligatoire qui n'existait pas. Quand les Cours européennes dansent la polka autour des lacunes du droit, Revue des droits de l'homme, [en ligne] Actualités Droit-Libertés, Online since 15 june 2020, http://journals.openedition.org/revdh/9913

LOCHAK Daniel Lochak et JULIEN-LAFERRIER François Les expulsions entre la politique et le droit, archive de politique criminelle, 1990, 12, p.65-87.

LOCHAK Daniel, Les droits des étrangers : entre égalité et discrimination, in DEWITTE Philippe (dir), Immigration et intégration, l'état des savoirs, Edition la découverte, 1999 p. 310-319

LOCHAK Daniel, « Étrangers, réfugiés, migrants : Hannah Arendt aujourd'hui, in Anne KUPIEC, Martine LEIBOVICI Gérardine MUHLMNN, TASSIN Etienne (dir) Hanna ARENDT, Crises de l'État-Nation Sens, Tonka, pp. 165-180, 2007.

LOCHAK Daniel, Droit et liberté de l'Etranger – Vie privée et familiale, Wachsmann, Patrick, Picod, Fabrice. Juris-classeur libertés, LexisNexis, 2007. Hal-03696968.

LOCHAK Daniel, Étrangers, réfugiés, migrants : Hannah Arendt aujourd'hui, Anne Kupiec, Marine Leibovici, Gérardine Muhlmann, Etienne Tassin, Hanna Arendt, crise de l'État-nation, sens, et Tonka, P. 165-180, 2007

LOCHAK Daniel, JULIEN-LAFERRIERE François, Les expulsions entre la politique et le droit, Archives de politique criminelle, 1990, 12, p 65-87.

LOCHAK Daniel, Les discriminations frappant les étrangers sont-elles licites ?, Droit social 1990, pp 76-82

LOCHAK Daniel, Les politiques de l'immigration au prisme de la législation sur les étrangers, In FASSIN Dedier et QUIMINAL Catherine, Les lois de l'inhospitalité. Les politiques de l'immigration à l'épreuve des sans-papiers, Édition la Découvert, 1997, p. 29-45.

LOCHAK Daniel, Protéger ou refouler : le droit d'asile à l'épreuve des politiques migratoires, BOUCHERON Patrick, Migrations, réfugiés, exil, Odile Jacop, P289-316, 2017, Collège de France, 978-2-7381-3989

LOCHAK Danièle, Quand l'administration fait de la résistance : les prestations non contributives et les étrangers, in drôle de droit, mélange en l'honneur de Elie Alfandari, Dalloz, 2000, P. 405-416

MAILLARD Sandrine, L'émergence de la citoyenneté sociale européenne, Droit social 2009, P.88.

MARTUCCI Francesco, La directive retour : la politique européenne d'immigration face à ses paradoxes, RTD, 2009, p.47

MATH Antoine et ISIDRO Lola, Y a-t-il une place pour la préférence nationale dans le droit social ? Revue de droit du travail, 2024, p. 157

MATH Antoine et SPIRE ALEXIS, Des emplois réservés aux nationaux ? Dispositions légales et discriminations dans l'accès à l'emploi, Revue informations sociales, Droit des étrangers, n° 78, 1999

MATH Antoine et TOULLIER Adeline, Le difficile chemin vers l'égalité des droits, l'Harmattan 2004/1 N°48, P.1005-119

Maurice Alain, Le travail sans le travailleur, Plein droit 2004,/2, n° 61, P. 2-7

MAVRIDIS Podromos, Les juridictions européennes et leurs interventions dans le domaine de la protection sociale, 2015/1 n°47, https://www.cairn.info/revue-regards-2015-1-pages-71.htm
MAVRIDIS Podromos, Union européenne : un prix Nobel de protection sociale des ressortissants des pays tiers ? Revue de droit du travail 2012, P.719.

MAZERON Florent, Le droit Communautaire de l'immigration et de l'asile à l'épreuve du droit international, In BERTRAND Christine (dir), L'immigration dans l'Union européenne. Aspect actuels de droit interne et de droit européen, L'Harmattan, 2008, P. 11-64.

MEZAGEUR Mehdi, La politique d'immigration de l'Union européenne : le pragmatisme comme principe, Revue de l'Union européenne, n° 427, 2014.

MONTALIEU Thiery, L'évolution du partenariat UE-ACP de Lomé à Cotonou : de l'exception à la normalisation, Monde en développement, 2004, p, 65-88 [en ligne], https://www.cairn.info/revue-mondes-en-developpement-2004-4-page-65.htm

MORICE Alain, Le travail sans le travailleur, Plein droit, [en ligne], 2004/2 n°61, consulté le 2 janvier 2021.

MOULY Jean, Les droits sociaux à l'épreuve des droits de l'Homme, Droit social, 2002. 799

N'DIAYE Demba, L'inapplicabilité de l'article 6, 1 de la Convention européenne des droits l'homme au contentieux des étrangers, Cahier de la recherche sur les droits fondamentaux, [en ligne] consulté le 3 avril 2023, https://doi.org/10.4000/crdf.7727

NAKACHE Delphine et CREPAUX François, Le contrôle des migrations et l'intégration économique : entre ouverture et fermeture, in CHETAIL Vincent, Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question, volume II, édiction Bruyant 2007, p. 235

NDEYE Dieynaba Ndiaye L'implication des pays tiers dans la lutte de l'Union européenne contre l'immigration irrégulière, revue études internationales, volume 49, numéro 2, printemps 2018, p. 317-353

NEFRAMI Eleftheria, La répartition des compétences entre l'Union européenne et ses États membres en matière d'immigration irrégulière, in Laurence Dubin, la légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne, Bruxelles, 2012, p. 35-63

OMARJEE Ismaël "La division national/étranger à l'épreuve du droit communautaire", in Le droit communautaire et les divisions du droit, chronique du CEJEC, Les petites affiches, 27 août 2004

OMARJEE Ismaël, La déstabilisation des valeurs et des principes structurels de l'Union européenne », in BENLOLO CARABOT Myriam, Union européenne et migrations, Bruylant 2020

OMARJEE Ismaël, Les règles de coordination des législations nationales, in THOUVENI Jean-Marc et TREBILCOCK Anne (dir), Droit international social. Droit économiques, sociaux et culturels. Tome 2, Bruylant, 2013, p. 1541.

OMARJEE Ismaël, Migration des travailleurs, prestations sociales et citoyenneté européenne. La déstabilisation des valeurs sociales de l'Union européenne ? In BENLOLO CARABOT Myriam, (dir), L'Union européenne et migration, Bruylant, 2020

PAILLER Ludovic, La famille du citoyen européen : l'émergence d'une famille fonctionnelle du citoyen de l'Union européen, in FULCHIRON Hugues, La famille du migrant, LexisNexis, 2020, p. 5-17

PALLUEL Christelle, Le contrôle juridictionnel de la rétention administrative devant la Cour européenne des droits de l'homme : un contrôle au conditionnel, Revue des droits de l'homme, [en ligne] Actualité Droit-Liberté, consulté le 2 décembre 2020, http:// journals.openedition.org/revdh/2535 ; DOI : 10.4000/revdh.2535

PAPINOT Camille, La répartition des migrants et la solidarité entre les États membres, in CARABOT BENLOLO Myriam, (dir), L'Union européenne et migrations, Bruylant, 2020, p. 239-240.

PARROT Karine, Le code des visas, un rempart assumé contre les migrants en quête de protection internationale, Plein droit, n° 116, mars 2018, disponible en ligne, https://www.cairn.info/revue-plein-droit-2018-1page-45-htm

PASTRE-BELDA Béatrice, La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, titre VII [en ligne], n°6, le droit des étrangers, avril 2021, URL complète: https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/jurisprudence-de -lacour-europeenne-des-droits-de-l-homme

DUMAS Perrine, L'harmonisation en trompe-l'œil des politiques en matière d'immigration légale des ressortissants des pays tiers, Revue du droit de l'Union européenne, 2022

PETTITI C, La notion autonome de droit de caractère civil : vers une conception restrictive ?

PICARD Roger, Les assurances sociales. Commentaire de la loi du 5 avril 1928. Nouvelle édition, mise au courant des dispositions réglementaires, Librairie des juris-classeurs, Ed. Godde, 1930

PLATION Sébastien, Précision sur la notion de droit au sens de l'article 6, paragraphe 1 CEDH [en ligne] consulté le 13 mars 2023, https://revue-jadie.eu/search/index?query=&authors=Platon+S%C3%A9bastien

PLENDER Richard, La libre circulation des personnes en droit européen, in FLORY Maurice, HOGGINS Rosalyn (dir), Liberté de circulation des personnes en droit international, Economica, 1986

PONGERARD-PAYET Hélène, La liberté de circulation des citoyens européens sédentaires à l'aune de la Charte post-Lisbonne, Revue de l'Union européenne, 2014, p.596

POUPET Raphaëlle, La demande d'asile avant l'admission sur le territoire, in JEANNIN Laure, MENEGHINI Marco, PAUTI Christine, POUPET Raphaëlle, Droit d'asile en Europe. Étude comparée, L'Harmattan, 1999,

PRETOT Xavier, L'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité et le droit Communautaire, Dr. Soc. n°5, 1987, P.476

PRETOT Xavier, La conformité à la constitution de la loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et la santé, Dr, Soc, 1990, P.352

PRETOT Xavier, L'immigré et son travail, in ALFANDARI Elie, Immigration et protection sociale, édition Sirey, 1990, P. 99-110

PRETOT Xavier, La conformité à la constitution de la loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé, Dr. Soc. 1990, p.352

PRETOT Xavier, La Convention européenne des droits de l'homme et le contentieux des expulsions d'étrangers, Recueil Dalloz, 1991, P. 399, http://www-dalloz-fr.faraway.parisnanterre.fr/documentation/Document?id=RECUEIL/NOTE/1991/0157

REDOR-FICHOT Marie-joelle , *Rapport introductif* , in Stéphane Leclerc (dir), Europe (s), droit (s), et migrant irrégulier, Bruxelles, Bruylant, 2012, p.63

REVEILLERE Vincent, La conjonction des libertés de circulations et des droits fondamentaux, in BOUJEKA Augustin, HABU GROUD Thomas, ZEVOUNOU Lionel (dir), Les libertés européennes de circulation au-delà de l'économie, Mare et Martin, p. 197-210.

RIDEAU Joël, Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme, Rec cours la Haye 1997, t. 265, 1999

RIVE Emilie, 30% des emplois fermés aux étrangers, L'humaniti, 30 octobre 2001, http://www.humaniti.press.fr/journ

RODIER Claire, Les délices du droit régalien : 1947-1997, 50 ans de régularisations » article extrait du plein droit n° 38, avril 1998, Les faux semblant de la régularisation, http://www.gisti.org/spip.php?article3464.
RODIER Claire, L'Europe contre le regroupement familial, Plein droit n°59-60, mars 2004

RODIERE Pierre, Le droit communautaire de la protection sociale, in BOURRINET Jacques et NAZET-ALLOUCHE Dominique (dir), Union européenne et protection sociale, documentation française, Paris, 2002,

RODIERE Pierre, Sécurité sociale, principes et règle générale, répertoire du droit international, avril 2019

ROLIN Frédéric, La régularisation des étrangers en situation irrégulière : une mesure de faveur ou un véritable droit ? aout 2006, http://frederic-rolin.blogspirit.com/archive/2006/08/28/la-regularisation-des-etrangers-en-situation-irreguliere-une.html

ROLLINDE, Le partenariat euro-méditerranéenne et les droits fondamentaux », édition karthala, 2005

RONDU Julie, L'intégration des résidents de longue durée, entre droit aux prestations sociales et interprétation stricte du champ d'application du droit de l'Union, R.A.E- L.EA. 2012/2, P.415.

RONNY Abraham, La Convention européenne des droits de l'homme et les mesures d'éloignement des étrangers, Conclusions sur le Conseil d'État, Assemblée, 19 avril 1991, Belgacem et Maima Mabas, RFDA, 1991, P 497, [en ligne] consulté le 18 avril 2024, https://www-dalloz-fr.faraway.parisnanterre.fr/documentation/Document?d=RFDA/CHRON/1991/0049

RUBIO Nathalie, L'influence du droit de l'Union européenne sur le droit au séjour de l'étranger malade, RDSS, 2010, p. 265

RUDOLF Bernhardt, La protection des réfugiés contre l'expulsion ou l'extradition, in la Convention européenne des Droits de l'homme et la protection des réfugiés, des demandeurs d'asile et des personnes déplacées, acte du 2ème colloque organisé conjointement par le Conseil de l'Europe et le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Strasbourg, 19-20 mai 2000, édition du Conseil de l'Europe 2001

SAUNIER-CASSIA Emmanuelle, L'accord de commerce et de coopération entre l'Union européenne et le Royaume-Uni, RTD Euro, 2021 p. 805

SCHEECK Laurent, La justice européenne face aux phénomènes migratoires : entre communautarisation de l'immigré et mise à distance de l'immigrant, In BERTRAND Christine, L'immigration dans l'Union européenne. Aspect actuels de droit interne et de droit européen, L'Harmattan, P. 65-80

SCHNEIDER Catherine et TUCNY Edwige, Réflexion sur la conditionnalité politique appliquée à l'élargissement de l'Union européenne aux pays d'Europe centrale et orientale », revue d'études comparatives Est-Ouest, 2002, p. 11-44.

SCHNEIDER Catherine, Au cœur de la coopération internationale de l'Union européenne : quelle stratégie à venir pour la conditionnalité politique ? Droit international et coopération internationale, hommage à Jean-André Touscaz, édition Europe, p. 750-778.

Serge Salma, [Jurisprudence] Rétention des «Dublinables» : le Conseil constitutionnel admet une rétention préventive sans perspective immédiate d'éloignement, La lettre juridique, avril 2018

SIMON-DEPITRE Marte, L'application du principe d'égalité à l'étranger bénéficiaire de l'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité, Rev, crit. DIP 1990. P.500.

SLAMA Serge, La transposition de la directive retour : vecteur de renforcement ou de régression des droits des irréguliers ? in Laurence Dubin, (dir), la légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2012

SLAMA SERGE, Les emplois fermés : une exclusion illégitime, Plein droit, [en ligne], 2014/4, n° 103, p. 20-23

SLAMA Serge, Les nouvelles frontières des droits sociaux des étrangers non européens, in ROMAN Diane, Les droits sociaux, entre droits de l'homme et politiques sociales. Quels titulaires pour quels droits ?, p. 57-95, 2012, 978-2-275-03819-3. ffhal-04371056

SPIJKERBOER Thomas, The regularisation of illegal immigrants in the Netherlands, in DE BRUYCKER Philippe, Les régularisations des étrangers illégaux dans l'Union européenne, Bruylant, 2000.

STANGOS Petros N, Les ressortissants d'États tiers au sein de l'ordre juridique communautaire, Cahier de droit européen, 1992, n° 3-4, P. 3006-347.

STANGOS Petros N, Les ressortissants d'États tiers au sein de l'ordre juridique communautaire, C.D.E, 1992, n°3-4, P. 306-347

SUDRE Frédérique, Le renouveau jurisprudentiel de la protection des étrangers par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, In FULCHIRON Hugues (dir), Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, L.G.D.J, 1999, P. 61-82

TCHAKALOFF Christophe, Mess clauses de conditionnalité, droit de l'homme dans les accords d'association avec la Communauté européenne, essai de clarification, Bruylant, 1999

TCHAKALOFF Marie-France Christophe, La Turquie et l'Europe : une coopération tumultueuse, in INSEL Ahmet, l'harmattan, 1999, p. 72-73

TCHEN Vincent, Réflexion sur les sources du délit d'aide à l'entrée et au séjour irrégulier des étrangers, In Laurence Dubin, (dir) la légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2012

TEITGEN-COLLY Catherine, L'éloignement des étrangers et les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, in FULCHIRON Hugues, (dir), Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, L.G.D.J, 1999, P. 243-320.

TEITGEN-COLLY Catherine, La détention des étrangers et les droits de l'homme

TERRE François, « L'opération de catégorisation », In BLOCH Pascale, DUVERT Cyrile et SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, Différenciation et indifférenciation des personnes dans le code civil, Economica, 2006

TEZCAN Ercument, La libre circulation des personnes dans le cadre du droit d'association CE-Turquie : évolution et perspectives, in MIRE Pierre, (dir) La Turquie, de la Candidature à l'adhésion : l'approbation de l'acquis communautaire », l'harmattan p. 33-53

THOUVENOT Manon, La protection des droits sociaux fondamentaux par la CEDH : quid de sa sororité avec la Charte sociale européenne ? Revue québécoise de droit international, décembre 2020, p. 705-737 [en ligne], https//id.erudit.org/iderudit/1078561ar

TIBERGHIEN Frédéric, Réfugié, Répertoire du droit international, avril 2020 https://www-dalloz-fr.faraway.parisnanterre.fr/documentation/Document?id=ENCY/INTR/RUB000209.

TIBERGHIEN Frédéric, Statut de réfugié et persécution par des agents non étatiques, RFDA, 1998

TOMETTEN Christoph, La fortification juridique de l'asile en Europe, Revue des droits de l'homme, [en ligne], Actualités Droits-libertés, http://journals.openedition.org/revdh/3351

TREVISANUT Seline, La fragmentation des droits protégés des migrants en droit de l'Union européenne : entre différenciation nécessaire et besoin d'harmonisation, in MILLET-DEVALLE Anne-Sophie, La protection des migrants et des réfugiés, Nice 17-18 juin 2010, édition A pedone, 2010.

TRIBALAT Michèle, Immigration et démographie des pays d'accueil, in JAFFRELOT Christophe et LEQUESNE Christine, L'enjeu Mondial, les migrations, Presses de Sciences Po, Paris, 209

TURMO Araceli, Les droits dérivés de la famille du citoyen, outil d'accompagnement des mouvements migratoires dans l'Union européenne, in BENLOLO CARABOT Myriam, (dir) Union européenne et migrations, Bruxelles, Bruylant, 2020

ULIEN-LAFERRIERE François, JOUANT Nathalie, L'éloignement des ressortissants des pays tiers, in JULIEN-LAFERRIRE François, LABAYLE Henri, EDSTROM Oran, La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq après le traité d'Amsterdam, Bruylant, 2005, P. 203-252

URBANO DE SOUSA Constança, Le droit des membres de la famille du citoyen de l'Union européenne de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres, dans la directive 2004/38/CE, in CARLIER Jean-Yves, GUILD Elspeth, L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'U.E, volume 2, Bruylant, 2006

VACHET Marie Sophie, Le droit des étrangers en France : particularité et finalité d'un droit en constante évolution, dans l'homme et la société 2018/I n°206, https://www.cairn.info/revue-I-homme-et-la-société-2018-1-page-265.htm

VIRRALY Michel, Panorama du droit international contemporain, R.C.D.A.I, t, 183, 1983-V P. 73-84.

Voir GISTI, « la RATP supprime la condition de nationalité », https://www.gisti.org/spip.phparticle689

WEIL Patrick, La politique de quotas et mode de preuve, in SAULNIER-CASSIA Emmanuelle et TCHEN Vincent, Unité du droit des étrangers et égalité de traitement. Variation autour des mutations d'une police administrative, Bruylant, 2009

WJESBROCK Anja, Free movement of third-country nationals in the European Union: the illusion of inclusion?"P.469

WOLMARK Cyril, médecin étranger : un pas vers l'égalité, plein droit n°49, avril 2001

ZERNILOW Marcel, Vers un régime plus protecteur pour les travailleurs détaché ? , in BENLOLO CARABOT Myriam ? Union européenne et migrations

V. Jurisprudences :

A. Jurisprudences nationales :

Conseil Constitutionnel, Décision 93-325 DC, loi relative à la maitrise de l'immigration

CE, 22 aout 1996, n° 359622..
. CE, 30 aout 2022, n° 466554, inédit au recueil Lebon

CE, 30 aout 2022, n° 466454

Conseil constitutionnel, Décision, n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, Égalité entre français et étrangers

CE, Ass, 29 janvier 1954, institue Notre-Dame du Kreisker, n° 7134.

CE, 8 décembre 1978, GISTI, CFDT, CGT n° 10097

CE, Ass, 16 janvier 1981, conté, n° 20527

TA de Paris, 2 janvier 1986, Commissaire de la République du département des Hauts-de-Seine c/ Bureau d'aide sociale de Chatillon

CE 27 février 1987, ministère de l'intérieur c/Urrate Riallos, requ n°71714

CE, 20 janvier 1988, n° 87036

CE 20 janvier 1988, Elfenzi,

CE, 1 ss, du 29 avril 1988, 84409, inédit au recueil Lebon
CE, 1 ss, du 29 avril 1988, 84409, inédit au recueil Lebon
Cour de cassation, soc, 7 juin 1989, bull. civ. V, n°433.

CE, 30 juin 1989, ville de Paris et autres c. / M. Lévy, Dr. Soc, 1989

Cour de cassation, soc. 20 décembre 1990, arrêt n°88-18 875

CE, 15 février 1991, El Soufi, n° 96046

CE 22 mars1991, Sti, Rec. CE p.311.

CE, 19 avril 1991, n° 117680, publié au recueil Lebon.

CE, 19 avril 1991, n° 107470, publié au recueil Lebon

CE 31 juillet 1992, Kacak, req n°119104

Cour de cassation, soc, 20 juin 1995, n°92-40.807

CE 2 ss, du 3 juillet 1995, 118906, inédit au recueil Lebon.

CE 2 ss, du 3 juillet 1995, 118906, inédit au recueil Lebon

CE 31 juillet 1996, Sasorith, Req n° 169703 ;

CE, Ass, 18 décembre 1996, Min. int. C. Roger, n° 160856

Cour de Cassation, 19 décembre 1996, Bull.civ. V n°453

CE 30 juillet 1997, n°163710

Cour de cassation, soc, 14 novembre 1997, n°94-42.604

CE, avis section, du 30 novembre 1998, 188350, publié au recueil Lebon.

CE, 5/7 SSR, du 23 juin 2000

CE, 29 novembre 2002, assistance publique- hôpitaux de Marseille

CE, sec, 18 décembre 2002, Mme Duvignéres, n° 233618

Cour de cassation 16 avril 2004, Bull n°8

Conseil Constitutionnel 15 décembre 2005, n°2005-528

CE, 5 octobre 2006, n° 2006/688

Cour de cassation, soc, 26 juin 2008, n°07-40.434

CE, 3 juillet 2009, n° 291855.

CAA de Nancy, 9 mai 2011, n° 10NC01157.

Conseil Constitutionnel, décision n°2011-631 DC du 9 juin 2011

CE, avis, du 2 mars 2012, n° 355208.

Avis rendu par le CE le 10 octobre 2012, n°360317

Cour de cass, Assemblée plénière, 5 avril 2013, n°11-17.520

CE, 7ème et 2ème sous sections réunies, 17 septembre 2014, 381256, publié au recueil Lebon.

CE, 4 février 2015, n°373267.

CAA de Paris, 5 juin 2015, n°14PA04436.

Conseil d'État, 2ème et 7ème SSR, 19 juin 2015, 384301

CE, 9 juillet 2015, n°391392.

CE avis du 9 novembre 2015 n° 391429.

CE avis du 9 novembre 2015 n° 391429 .

CE, 9 novembre 2016, OFPRA c/ M. N n° 388830.

Cour de Cassation, 27 septembre 2017, pourvoi n°17-15.160

CNDA, 17 juillet 2018, n° 17037797 et 17037798

CE, 3 octobre 2018, n° 406222

CE 22 octobre 2018, n°407687, Mme D

CAA de Douai, 14 mai 2019 n°17DA02429.

CAA de Douai, 14 mai 2019 n°17DA02429

Cass. Ass. Plén., 4 octobre 2019, n°10-19053 ; Cour EDH, avis consultatif du 10 avril 2019

CE 7 décembre 2023, n° 489817

B. **Jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne** :

CJUE, 8 mars 2011, Zambrano, Aff. C-34/09

CJCE, 9 juillet 1987, République fédérale d'Allemagne et autres c/ la Commission, aff. C-281/85

CJUE, 21 septembre 1999, aff, C-378/97

CJCE, 5 juillet 1984, Mead, aff. C-238/83

CJUE, Assemblée plénière, 19 octobre 2004, Zhu et Chen, aff. C-2000/02 ;

CJUE, 2 octobre 2019, Ermira Bajratari, aff. C-93/18.

CJCE, 17 avril 1986, aff. C-59/85

CJUE, 5 juin 2018, Coman, aff. C-673/16

CJUE, 25 juillet 2008, Metock, C-127/08

CJUE, 5 mai 2011, McCarthy

CJUE, 14 novembre 2017, Lounes, aff. C-165/16

CJUE, 2 octobre 2019, Ermira Bajratari, aff. C-93/18,

CJUE, 5 septembre 2012, Rahman, aff. C-83/11

CJCE, 17 avril 1986, aff. C-59/85

CJUE, 7 septembre, Trojani, aff. C-456/02

CJUE, 20 septembre 2001, aff, C-184/99, Grzelczyck

CJUE 10 mai 1995 Alpine investments BV, aff. C-384/93.

CJUE, 11 juillet 2002, Carpenter, aff. C-60/00,

CJCE, 7 juillet 1992, Singh, aff. C-370/90

CJUE, 11 décembre 2007, EIND, aff. C-291/05

CJUE 12 mars 2014, O, B, aff. C-456/12, point 63.

CJUE arrêt du 12 mars 2014, S et G Aff. C-457/12,

CJUE, 15 novembre 2011, Dereci, aff. C- 256/11

CJUE, 8 novembre 2012, Lida, aff. C-40/11

CJUE, 30 juin 2016, N.A, aff. C-115/15,

CJUE, 10 mars 2017, Chavez-Viclchez, aff. C-133/15

CJUE, 23 février 2010, Ibrahim, aff. C-310/08 ;
CJUE, 23 février 2010, Teixeira, aff. C-480/08.
CJUE, 23 février 2010, Ibrahim, aff. C-310/08,
CJUE, 8 mai 2013, Olaitan Ajoke Alarape et Olukayode Azeez Tijani, aff. C-529/11

CJUE, 27 juin 2006, Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne, aff. C-540/03

CJUE, 4 mars 2010, Chakroun, aff. C-578/08

CJUE, 9 juillet 2015, Pays-Bas c. K, A aff. C-153/14, voir, par analogie, arrêt Commission /Pays-Bas, C-508/10

CJUE, 17 juillet 2014, Marjan Noorzia, aff. C-338/13

CJUE, 9 février 2007, Jia, aff. C-1/05

CJUE, 18 juin 1987, Lebon, aff. C-316/85

CJUE, 16 janvier 2014, Flora May Reyes, aff. C-423/12

CJUE, 20 novembre 2019, X c. Belgique, aff. C-706/18

CJUE, 12 décembre 2019, GS, VG, aff. C-381/18, C-382/18.

CJUE, 27 avril 2006, commission c/Allemagne, aff. C-441/02,

CJUE, 7 mars 2017, X et x contre Belgique, aff. C-638/16

CJUE, 6 septembre 2017, Slovaquie et Hongrie contre le Conseil, aff. C-643/15 et C-647/15

CJUE, 5 avril 2017, Daher Muse Ahmed, aff. C-36/17

CJUE, 19 mars 2019, Ibrahim, aff. C-297/17, C-318/17, C-319/17

CJUE, 17 mars 2016, Mirza, aff. C-695/15

CJUE, 2 mars 2010, Salahadin Abdulla e.a, aff. C-176/86, C-178/08, C-179/08

CJUE, 21 décembre 2011, N. S. e.a, affa. C-411/10, C-493/10,

CJUE, 5 septembre 2012, Y.Z, aff. C-71/11 et C-99/11

CJUE, 2 décembre 2014, A B C, aff. C- 148/13, C-149/13 et 150/13

CJUE, 5 mai 2023, OFPRA, aff. C-294/22

CJUE, 9 novembre 2010, B, D, aff. C-57/09, C-101/09

CJUE, 11 mai 2000, Abdulnasir Savas, aff. C-37/98

CJCE, 30 septembre 1987, Meryem Demirel, aff. C- 12/86

CJUE, 21 octobre 2003, Eran Abatay y.e.a aff. C-317/01, C-369/01

CJUE, 2 juin 2005, Dorr et Unal, aff. C- 136/03.

CJUE, 10 février 2010, Omer Nazli, aff. C-340/97

CJUE, 10 juillet 2014, Naime Dogan, aff. C-138/13 ; CJUE, 7 novembre 2013, Demir, aff. C-225/12.

CJUE, 7 novembre 2013, Demir, aff. C-225/12, précité, point 41

CJUE, 10 juillet 2014, Naime Dogan, aff. C-138/13, point 38.

CJUE, 12 avril 2016, Caner Genc, aff. C-561/14.

CJUE, 12 avril 2016, Caner Genc, aff. C-561/14

CJUE, 19 juillet 2012, Natthaya Dulger, aff. C-451/11

CJUE, 17 septembre 2002, Baumbast, aff. C-413/99.

CJUE, 30 septembre 2004, Engin Ayaz, aff. C-275/02

CJUE, 7 juillet 2005, Ceyhum Aydinli, aff. C-373/03

CJUE, 6 juin 1995, Ahmet Bozkurt, aff. C-434/93

CJUE, 16 décembre 1992, Kazim Kus, aff. C-237/91

CJCE, 3 juillet 1986, aff. C-66/85

CJCE, 16 juin 1987, aff. C-225/85

CJCE, 30 mai 1989, aff. C-33/88

CJCE, 26 mai 1982, Commission c/ le Royaume de Belgique, aff. C-149/79

CJCE, du 23 November 1976, Kermaschek, C-40/76.

CJCE, 20 mai 1980, Santillo c/ Secretary of state for home affairs, aff C-131/79.

CJCE, 7 aout 1984, M et Mme Richard Mead, aff C-238/83

CJCE, 21 septembre 1999, Wijsenbee, aff. C-378/97

CJCE, 9 aout 1994, Vander Elst c/ Office national d'immigration, aff. C-43/93

CJCE, 27 mars 1990, Rush Potuguesa Lda, aff. C- 113/89.

CJCE, 15 septembre 2005, Commission c/ République fédérale d'Allemagne aff. C- 244/04.

CJCE, 9 aout 1994, Van Der Elst, aff. C-43/93, P.15 req 3803

CJCE, 21 octobre 2004, Commission c/ Grand-duché de Luxembourg, aff. C-445/03

CJCE, 21 septembre 2006, aff. C-168/04

CJUE, 18 décembre 2014, avis 2/13,

CJCE, 22 juin 1972, Frilli, aff. C-1/72, Dr. Soc. 1973.

CJCE, 16 décembre 1976, Inzirillo, aff. C-63/76 ;

CJCE, 17 juin 1975, époux F, aff. C-7/75 ;

CJCE, 9 octobre 1974, Biaison, aff. C-24/74

CJCE, 24 février 1987, Giletti et a, aff. C-379 à 381/85 et 93/86 ;

CJCE, 12 juillet 1979, Toia, aff. C-237/78

CJCE, 16 juillet 1992, Hughes, aff. C-78/91

CJCE, 10 mars 1993, Commission c/ Luxembourg aff. C-111/91

CJUE, 2 aout 1993, Acciardi, aff. C-66/92

CJCE, 5 mai 1983, Piscitello, aff. C-139/82

CJCE, 3 juin 1992, Paletta, aff. C-45/90.

CJCE, 16 décembre 1992, Koua Poirrez, aff. C-206/91.

CJCE, 23 novembre 1976, Kermaschek, aff. C-40/76

CJCE, 30 avril 1996, Cabanis-Issarte, aff. C-308/93

CJCE, 11 octobre 2001, aff, Kahlil C-95/99, C-98/99 et C-180/99

CJCE, 12 décembre 1995, Chiquita Italia, aff. C- 469/93.

CJCE, 12 décembre 1995, Chiquita Italia, aff. C- 469/93

CJCE, 4 mai 1999, Surul, aff. C- 262/96

CJCE, 5 avril 1995, Krid, aff. C-103/94

CJCE, 3 octobre 1996, Hallouzi-Choho, aff. C-126/95

CJCE, 15 janvier 1998, Babahenini, aff. C-113/97

CJUE, 10 juin 2021, aff. C-94/20

CJUE, 21 juin 2017, Martinez Silva, aff. C-449/16

CJUE, 28 octobre 2021, ASGI, aff. C-462/20

CJUE, 24 janvier 2019, Balandin, aff. C-477/17

CJUE, 28 avril 2011, aff El Dridi, C-61/11

CJUE, 15 mars 2017, Al Chodor, C-528/15

CJUE, 17 juillet 2015, aff Adala Bero, C-473/13 et C-514/13, point 28.

CJUE, 2 juillet 2020, aff. WM, C-18/19.

CJUE, 10 mars 2022, aff. K, C-519/20

CJUE, 5 juillet 2014, aff. Bashir Mohamed Ali Mahdi, C-146/14

C. **Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme** :

CEDH, 21 juin 1988, Berrehab c/ Pays-Bas, n°138

CEDH, 7 juillet 1989, Soering, req n°14038/88

CEDH, 18 février 1999, Matthews C/ Royaume-Unis req n° 24833/94

CommEDH, CFDT c/ Communauté européenne, 10 juillet 1978, req n°8030/77

CEDH, 13 juin 1979, Marckx c. Belgique Req n° 6833/74

CEDH, 9 octobre 1979 Airey c. Irlande Req n° 6289/73

CEDH, 28 mai 1985, Abdulaziz, Cabales et Balkandali, req n° 9214/80

Cour EDH, 23 septembre 1994, Hokkanen c. Finlande Req n°19823.

Cour EDH, 9 décembre 1994, Lopez Ostra c. Espagne Req n° 16798/90

Commission, Décision du 24 avril 1965, req 1855/63.

CEDH, 28 mai 1985, Abadulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni Req n°9214/80.

CEDH, Gul c/ Suisse, 19 février 1996, req 23218/94.

CEDH, 28 novembre 1996, Ahmut c/ Pays-Bas, req 21702/93

CEDH, Gul c/ Suisse, 19 février 1996, op cit, note 156.

CEDH, 21 décembre 2001, Sen c/ Pays-Bas, req 31465/96.

CEDH, 1 décembre 2005, Tuquabo-Tekele c/ Pays-Bas, req 60665/00

CEDH, 21 décembre 2001, Sen c/ Pays-Bas, req 31465/96.

CEDH, 28 novembre 1996, Ahmut c/ Pays-Bas, req 21702/93

CEDH, 28 mai 1985, Abdulaziz, Cabales, Balkandali c/Royaume-Uni, req 9214/80 ; 9473/81 ; 9474/81.

CEDH, 26 avril 2007, Kontatinov c/ Pays-Bas, req n° 16351/03.

CEDH, 21 juin 2005, Aristimuno Mensdizabal, c/ France, req, 51431/99

CEDH, 30 juin 2016, Taddeucci et McCall c/ Italie, req n° 51362/09

CEDH, 3 octobre 2014, Jeunesse c/ Pays-Bas, req n°12738/10

CEDH, 8 juillet 2004, Ilascu et autres c/ Moldova et Russsie, req n°48787/99

CEDH, 29 mars 2010, Medvedyev et autres c/ France, n°3394/03

Cour EDH, 21 janvier 2011, M.S.S c. Belgique et Grèce, Req n° 30696/09

Cour EDH, 26 octobre 2000, Kudla c. Pologne Req n°30210/96

Cour EDH 22 avril 2014, aff. A.C et autres c. Espagne Req n°6528/11

CEDH, 2 février 2012, I M c/ France req n° 9152/09

CEDH, 16 septembre 1996, Gaygusuz c/ Autriche, n° 17371/90

CEDH, 30 septembre 2003, n°40892/98 Poirrez c/France

CEDH, 29 mai 1986, Deumelant/ Allemagne, Req 9384/81

CEDH, 1er octobre 2015, n° 75860/11 et 51354/13, Okitaloshima Okonda Osungu contre France et Selpa Lokongp contre France

Commission. EDH, décision du 17 décembre 1966 sur la recevabilité de la req n° 2116/64, Recueil 23

CEDH, 27 septembre 2011, Bah c/ Royaume-Uni, req n°56328/07

Rapport de la Commission. EDH, du 1er octobre 1975 sur la recevabilité de la req n° 5849/72
Commission EDH, Décision du 16 décembre 1974, sur la recevabilité de la requête n° 6849/72
Commission EDH, Décision du 14 mai 1984, sur la recevabilité de la requête n° 10094/82

Commission 10 juillet 1985 Hendrika Sophia SOS c/Pays-Bas, n°10971/84

CEDH, 24 octobre 1979, Winterwerp c/ Pays-Bas, req n° 6301/73

CEDH, 25 juin 1996, Amuur c/ France, req n° 19776/92

Commission européenne des droits de l'homme, 2ème chambre, 26 février 1996, Samie Alie c/ Suisse, req n°24881/94, Samie Ali.
CEDH, 29 janvier 2008, Saadi c/ Royaume-Uni, req n° 13229/03, point 74.

CDH, 6 décembre 1976, Lynas c/ Suisse, req n° 7317/75

CEDH, 19 mai 2016, J.N c/ Royaume-Uni, req n° 37289/12

CEDH, 15 novembre 1996, affaire Chahal c/ Royaume-Uni, précitée.

CEDH, 19 janvier 2012, affaire Popov c/ France, req n° 39472/07, 39474/07, point 119

CEDH, 12 octobre 2016, affaire A.B et autres c/France, req n° 11593/12

CEDH, 21 octobre 1986, Sanchez-Reisse c/ Suisse, série A n° 107.
CEDH, 20 juin 2002, Al Nashif c/ Bulgarie, req n° 50963/99.
CEDH, 15 novembre 1996, Chahal c/ Royaume-Uni, op. cit, point 130.

CEDH, 19 mai 2016, J.N c/ Royaume-Uni, req n° 37289/12.

CEDH, 12 juillet 2016, A. M c/ France, req n° 56324/

CEDH, 5 février 2002, Conka c/ Belgique/ requête n°51564/99, point 50.

CEDH, 30 aout 1990, Fox, Campell, Hartley c/ Royaume-Uni, requete n° 12245/86, 12383/86

CEDH, 8 juin 2006, Lupsa c/ Roumanie req n° 103337/04

CEDH, 5 octobre 2000, Maaouia c/ France req n° 39652/98

CEDH, 9 novembre 2000, Shebashov c/ Lettonie, 50065/99

CEDH, Cour (Deuxième Section), SHEBASHOV contre la LETTONIE, 9 novembre 2000, 50065/99.

CEDH, 9 novembre 2000, Shebashov c/ Lettonie, 50065/99.

CEDH, Kumar c/ France, 17 juin 2008, req n° 1892/06 et 1908/06 ; CEDH, aff jeunesse c/ Pays-Bas, 3 octobre 2014, req n° 12738/10

CEDH, 29 janvier 1997, affaire Boulchelkia contre France, req n°23078/93.

CEDH, 29 décembre 1997, Karker, req n°1680/42.

CEDH, 19 janvier 1998, affaire Dalia contre France, req n°26102/95.

CEDH, 8 décembre 1998, Benrachid contre France req, n°39528/28.

CEDH, 29 janvier 1997, affaire Boulchelkia contre France, req n°23078/93

CEDH, 15 novembre 2012, req n° 63896/12.

CEDH, 23 octobre 2018, req n° 7841/14.

CEDH, 19 mars 2016, Kolonja contre Grèce, requête 49441/12

CEDH, 6 juin 2013, M.E. c/ France, requete n°50094/10

CEDH, 29 avril 2019, A. Mc/ France, req n° 12148/18…..

CEDH, 30 aout 2022, R c/ France, req n°49857/20.

TABLE DES MATIERES

Sommaire 2
Principaux sigles et abreviations 4
Résumé de la thèse 5
Remerciements 7
Introduction générale 8
PARTIE I. L'APPROCHE FRAGMENTEE DE L'ADMISSION AU SEJOUR DES RESSORTISSANTS D'ÉTATS TIERS 34

TITRE I. DES CONSIDERATIONS FONCTIONNELLES ET HUMANISTES EN FAVEUR DE L'ADMISSION AU SEJOUR DES RESSORTISSANTS D'ETATS TIERS 37

Chapitre I. La reconnaissance d'un droit de séjour au profit des ressortissants des Etats tiers AFIN de protéger les droits du citoyen européen 38

Section I. Les droits dérivés des membres de la famille du citoyen européen, outil d'accompagnement des mouvements migratoires 38

§ I. Le droit de séjour dérivé des membres de la famille du citoyen européen dans un État membre d'accueil 40

A. L'ambivalence de la notion de membre de la famille du citoyen européen bénéficiaire du droit de séjour dérivé 41

1) Les ressortissants d'Etats tiers bénéficiaires d'un droit de séjour dérivé 41

a. La notion de conjoint et de partenaire du citoyen européen 41

b. Les ascendants et descendants directs du citoyen et de ceux son conjoint ou partenaire 47

2) Les ressortissants d'Etats tiers dont le séjour doit être favorisé 49

B. La catégorisation des membres de la famille selon le statut du citoyen regroupant 51

1) La prééminence des considérations économiques en matière d'admission au séjour des ressortissants d'États tiers, membres de la famille du citoyen européen 52

2) Le droit de séjour des membres de la famille du citoyen non actif à l'épreuve de considérations financières de l'État membre d'accueil 54

§ II. Le droit dérivé de la famille du citoyen dans l'État membre d'origine, outil de protection de la mobilité ou de la dimension intra-européenne de l'activité 57

A. La dimension intra-européenne de l'activité économique comme fondement du droit de séjour dérivé des membres de la famille 57

B. Le droit de séjour dérivé des membres de la famille du citoyen lors du retour ou lorsqu'il se rend quotidiennement dans un autre État membre 60

Section II. Les droits dérivés de la famille du citoyen européen, outil de protection des droits attachés à la citoyenneté européenne 63

§ I. La protection des droits attachés à la citoyenneté européenne par la reconnaissance d'un droit de séjour dérivé : l'apport et les limites postérieures de l'arrêt Zambrano 64

A. L'espoir suscité par l'arrêt Zambrano 64

B. Les limites apportées à l'arrêt Zambrano par la jurisprudence postérieure 66

§ II. La volonté nationale de circonscrire l'approche extensive du droit de séjour 69

A. Le durcissement des conditions d'attribution de la nationalité 70

B. Les difficultés juridiques liées au droit du sol différé : le cas de la France 71

Section III. Les conditions du maintien du droit de séjour dérivé des membres de la famille, entre insécurité juridique et protection 71

Conclusion du premier chapitre 75

Chapitre II. Le droit de séjour base sur des considérations axiologiques biaisées 76

Section I. Le droit au regroupement familial, un droit malmené lorsque le regroupant est le ressortissant d'un Etat tiers 76

§ I. Le droit au regroupement familial des étrangers à l'épreuve des souverainetés nationales 78

A. L'étendue du droit au regroupement familial des étrangers en droit de la CEDH : les obligations positives de l'article 8 ... 78

B. L'étendue du droit au regroupement familial des étrangers en droit de l'Union européenne ... 82

§ II. Les tentatives d'encadrement des souverainetés étatiques en droit de l'Union européenne ... 85

A. L'exigence d'une application conforme de la directive 2003/86 à son objectif et aux droits fondamentaux ... 86

B. Les instruments européens relatifs à la bonne application de la directive 2003/86 ... 89

§ III. Les résistances étatiques à l'encadrement de leur marge d'appréciation ... 90

A. La résistance étatique manifestée par une conception restrictive des bénéficiaires et des conditions d'exercice du regroupement familial ... 91

1) Une conception restrictive de la famille du regroupant étranger ... 91

2) Des conditions strictes d'exercice du regroupement familial propres aux ressortissants des pays tiers ... 94

B. Le droit au regroupement familial à l'épreuve du comportement individuel du regroupant ... 97

C. Le caractère extensif de la notion d'ordre public lorsque le regroupant est le ressortissant d'un pays tiers ... 101

Section II. L'admission au séjour des bénéficiaires d'une forme de protection internationale, une protection limitée ... 102

§ I. Les restrictions liées à l'accès au territoire du pays d'accueil ... 105

A. L'absence de procédures légales d'accès au territoire, incitation au franchissement illégal des frontières ... 106

B. La solidarité à l'épreuve du franchissement illégal des frontières extérieures ... 111

C. La relocalisation, une tentative de restauration de la solidarité ... 113

§ II. Les concepts empêchant un examen approfondi de la demande de protection internationale ... 114

A. L'irrecevabilité de la demande de protection internationale ... 115

B. La procédure accélérée ... 118

§ III. Le développement d'une protection alternative et d'une interprétation souple en faveur de l'admission au séjour des demandeurs de la protection internationale ... 121

A. Une interprétation extensive de la notion de persécution en faveur de l'admission des demandeurs de la protection internationale. ... 122

B. Le développement d'une protection alternative en droit de l'Union européenne ... 128

Conclusion du chapitre II ... 131

TITRE II. LA PRISE EN COMPTE DES INTERETS DE L'UNION EUROPEENNE ... 132

Chapitre I. L'admission au bénéfice des intérêts de l'Union : l'immigration de travail, l'immigration de savoir et la procédure de régularisation ... 134

Section I. Attirer les étrangers intéressants : « l'immigration choisie » ... 134

§ I. Les conditions plus ou moins favorables d'admission au séjour des étudiants et des chercheurs étrangers 135

A. Des facilités d'admission consolidées par la directive 2016/801 136

B. La réduction de la marge d'appréciation des États par la jurisprudence de la Cour de justice 139

§ II. L'admission des migrants économiques : une nécessité commune, une harmonisation lacunaire 141

A. L'admission des migrants économiques : une nécessité commune 141

B. L'admission des migrants économiques : une harmonisation lacunaire 143

1) Le maintien des compétences nationales en matière d'immigration économique 144

2) L'approche par catégorie des migrants économiques 148

Section II. Le caractère utilitariste des régularisations des étrangers 150

§ I. Les régularisations visant à obtenir des informations sur les réseaux de trafics : l'admission au séjour des victimes de la traite des êtres humains 151

§ II. Les régularisations basées principalement sur des critères économiques et accessoirement sur des critères humanitaires 154

A. La montée en puissance des critères économiques en matière de régularisation 154

B. Le recul du critère de fait accompli : l'exemple français 159

C. Le maintien du critère de protection 160

D. L'hétérogénéité des bases juridiques de régularisations 164

Conclusion du chapitre I 166

Chapitre II. Les accords d'association et de partenariat comme fondement du droit de séjour des ressortissants d'États tiers 167

Section I. Les accords établissant des liens particuliers et privilégiés avec des États tiers en matière de libre circulation 168

§ I. Les accords visant à réaliser graduellement la libre circulation des personnes : l'entrée et le séjour des ressortissants turcs dans les États membres de l'Union 168

A. L'entrée et le premier séjour des ressortissants turcs : une compétence nationale encadrée 169

1) L'encadrement des compétences nationales relatives à l'entrée et au premier séjour des ressortissants turcs par les clauses de « standstill » 170

2) Le régime privilégié applicable à l'entrée et au séjour des ressortissants turcs au titre du regroupement familial 174

B. Le droit de séjour des ressortissants turcs : un droit dérivé de l'exercice d'une activité professionnelle 178

§ II. Les accords incluant les ressortissants des pays tiers dans le régime de la libre circulation des personnes 182

A. L'inclusion totale des ressortissants des États membres de l'AELE dans le régime de la libre circulation des personnes 183

B. L'inclusion partielle des ressortissants Suisses dans le régime de la libre circulation des personnes 185

§ III. L'entrée et le séjour des ressortissants du Royaume-Uni depuis le Brexit 186

Section II. La participation à la gestion des flux migratoires : une conditionnalité de l'immigration légale *189*

§ I. La conditionnalité de l'immigration légale prévue par des accords bilatéraux et multilatéraux 191

A. Le rôle initial des clauses de conditionnalité 192

B. La transposition des clauses de conditionnalité en matière migratoire 195

1) Les accords bilatéraux visant à conditionner l'immigration légale à la gestion des flux migratoires 195

2) De la conditionnalité politique à la conditionnalité migratoire : le partenariat pour la mobilité 199

§ II. La conditionnalité organisée par le code des visas : le nouvel article 25 bis 204

§ III. La participation des pays tiers à la gestion des flux migratoires : une contrepartie quasi-inexistante 206

§ IV. L'incohérence entre les pratiques nationales et européennes en matière migratoire 209

Conclusion du chapitre II 212

Conclusion de la première partie 213

PARTIE II. LE STATUT JURIDIQUE AMBIVALENT ET CATEGORISE DES RESSORTISSANTS DES PAYS TIERS PRESENTS SUR LE TERRITOIRE DES ÉTATS MEMBRES DE L'UNION 215

TITRE I. LE STATUT JURIDIQUE HETEROGENE DES REGULIERS 217

Chapitre I. L'accès des réguliers à l'exercice d'une activité professionnelle dans les États membres de l'Union 218

Section I. L'accès des étrangers aux activités économiques dans le premier État membre d'accueil *220*

§ I. Les obstacles nationaux discutables à l'accès des étrangers aux activités économiques .. 221

A. Les activités fermées aux ressortissants des États tiers 222

1) L'exigence de la condition de nationalité pour l'exercice de certaines professions : une exclusion illégitime 222

2) Le recul progressif mais insuffisant de la condition de nationalité 227

B. Les autorisations de travail, un obstacle potentiel aux droits économiques des étrangers 228

§ II. L'incidence limitée du droit de l'Union sur l'accès des étrangers aux activités professionnelles 233

A. L'apport du droit de l'Union : un apport fragmentaire 233

B. Les limites de l'apport des normes européennes 238

Section II. Le statut juridique hétérogène des étrangers en matière de mobilité intra-européenne *239*

§ I. L'exclusion initiale des étrangers du bénéfice des dispositions relatives à la libre circulation des personnes 240

A. La liberté de circulation avant la suppression des contrôles aux frontières intérieures : un droit des actifs communautaires et des membres de leurs familles 241

B. Les hésitations issues de la suppression des contrôles aux frontières intérieures 244

1) Le débat sur l'inclusion des ressortissants des pays tiers de la libre circulation au sens de l'article 8 A CEE 245

2) La libre circulation des personnes au sens de l'article 8 TCEE : un droit d'accès au territoire dépourvu de droits économiques 250

§ II. La reconnaissance sous contrôle d'un droit à la mobilité au profit de certaines catégories de réguliers 253

A. La mobilité intra-européenne des résidents de longue durée : un facteur d'intégration inachevé 253

1) L'évolution des conditions d'acquisition du statut de résident de longue durée : des directives 2003/109, 2011/51 à la proposition du 27 avril 2022 254

2) Les conditions restrictives entourant la mobilité intra-européenne des résidents de longue durée 256

B. La mobilité intra-européenne des travailleurs détachés : un droit visant à assurer l'effectivité de la libre prestation de services 257

C. La mobilité intra européenne des titulaires de la carte bleue européenne, des chercheurs et des étudiants : un droit visant à atteindre les objectifs du Conseil de Lisbonne de 2000 264

§ III. L'exclusion de certains étrangers du bénéfice de la mobilité intra-européenne : une remise en cause de la confiance mutuelle ? 267

Conclusion du chapitre I 272

Chapitre II. L'accès des étrangers à la protection sociale 273

Section I. L'accès des ressortissants des pays tiers à la protection sociale avant le traité d'Amsterdam : une compétence des États membres progressivement soumise aux exigences des droits fondamentaux 275

§ I. Les ressortissants des pays tiers en marge du droit européen de la protection sociale 276

A. La protection sociale des ressortissants des pays tiers sous le règne des droits nationaux : l'exemple du droit français 277

1) La reconnaissance de certaines prestations en faveur des travailleurs étrangers 278

a. L'étranger et les assurances sociales : un traitement différencié fondé sur la nationalité 279

b. Le plan de 1945 : une amélioration des droits sociaux des travailleurs étrangers ... 282

. Les prestations familiales : un instrument de régulation du regroupement familial 293

2) Une discrimination initialement approuvée par la Cour de justice en matière d'accès des étrangers aux prestations non contributives 297

B. Les droits de l'homme et le principe constitutionnel d'égalité en faveur des étrangers 300

1) Le principe constitutionnel d'égalité en faveur de la protection sociale des étrangers 301

2) La Convention européenne des droits de l'Homme en faveur de la protection sociale des ressortissants des pays tiers quelle que soit la nature de la prestation : contributive ou non contributive 305

3) La substitution de la condition de séjour régulier et stable à celle de la nationalité ... 310

a. Un lien discutable entre la maitrise de l'immigration et l'accès à la protection sociale 310

b. La condition de séjour régulier et stable compatible avec la constitution et la Conv. EDH 313

§ II. L'inclusion de certains étrangers dans le champ d'application des normes communautaires relatives à la protection sociale 317

A. La protection sociale des ressortissants des pays tiers sur le fondement des accords conclus entre l'Union et des pays tiers 322

1) Une conception variable du principe d'égalité à l'égard des travailleurs ressortissants de pays tiers bénéficiaires des accords 323

2) Le traitement différencié des membres de la famille 327

Section II. L'accès des ressortissants des pays tiers à la protection sociale depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam 331

§ I. La reconnaissance de l'égalité de traitement dans le premier État membre d'accueil 332

A. La reconnaissance textuelle d'un principe non absolu d'égalité de traitement en faveur de certains ressortissants de pays tiers 333

B. Une interprétation restrictive des dérogations textuelles par la Cour de justice 335

§ II. L'extension du règlement de coordination aux ressortissants des pays tiers 339

A. Le statut social amélioré des ressortissants des pays tiers depuis l'extension du règlement de coordination aux ressortissants des pays tiers 339

B. Les limites de l'extension de la coordination aux ressortissants de pays tiers 342

Conclusion du chapitre II 344

TITRE II. LE STATUT JURIDIQUE DES IRREGULIERS ETABLIS DANS L'UNION 345

Chapitre I. La répression nationale du séjour irrégulier, partiellement encadrée par des normes communes de l'Union 349

Section I. Les sanctions visant les irréguliers : l'éloignement et la privation de certains droits sociaux économiques 349

§ I. La politique de retour : une compétence nationale partiellement harmonisée 350

A. L'intervention de l'Union initialement limitée à l'appui des actions étatiques 351

B. La directive retour : une harmonisation partielle consacrant des progrès et des régressions 359

1) Le caractère partiel de l'harmonisation de la procédure de retour par la directive 2008/115 360

a. Les éléments non harmonisés de la procédure de retour des irréguliers 360

b. Les éléments harmonisés de la procédure de retour 363

2) Une harmonisation plus complète des droits et des garanties consacrés 364

§ II. Les droits sociaux économiques des irréguliers 372

A. Le statut économique des travailleurs étrangers en séjour irrégulier : le silence du droit de l'Union face à une protection insuffisante des législations nationales 373

1) La rupture du contrat de travail du salarié étranger en séjour irrégulier : une rupture non soumise aux règles protectrices contre le licenciement en droit français 373

2) L'assimilation du travailleur irrégulier au travailleur régulier au regard des obligations de l'employeur : en droit français et en droit de l'Union 376

B. Le statut social du travailleur étranger en séjour irrégulier : exemple du droit d'accès aux prestations de sécurité sociale 378

Section II. L'harmonisation plus approfondie du dispositif régressif visant des personnes autres que les irréguliers *382*

§ I. L'apport de la réglementation européenne au délit d'aide à l'entrée, au transit et au séjour irrégulier 382

A. Le délit d'aide à l'entrée et au séjour irrégulier : un dispositif répressif initié en France et étendu aux autres États membres de l'Union 383

B. La résistance française à transposer le cadre d'immunité prévu par le dispositif européen 384

§ II. Les mesures visant les employeurs des travailleurs irréguliers 387

A. Les obligations de l'employeur 387

B. Les sanctions en cas d'inobservation des obligations 388

C. La non prise en compte de la vulnérabilité du travailleur irrégulier dans la stratégie de l'Union 390

Conclusion du chapitre I 392

Chapitre II. L'encadrement de la répression du séjour irrégulier par la Convention européenne des droits de l'Homme 394

Section I. La protection directe des étrangers en situation irrégulière par la Conv EHD *396*

§ I. Les garanties relatives à la privation de liberté 396

A. Le contrôle de la légalité des rétentions administratives par la Cour EDH : les garanties de fond 397

B. Le contrôle du respect des garanties entourant la rétention administrative par la Cour EDH : « les garanties de l'étranger retenu » 400

§ II. Les garanties relatives à l'exécution des mesures d'éloignement 404

A. Les exigences relatives à l'adoption et à la mise à exécution des décisions d'éloignement 404

B. Le caractère relatif des garanties consacrées en faveur de la personne visée par une mesure d'éloignement 406

1) L'applicabilité immédiate voire rétroactive de la loi nouvelle 406

2) L'inapplicabilité de l'article 6 de la Conv EDH au contentieux d'éloignement 408

Section II. La protection indirecte : de la protection contre l'éloignement à la consécration d'un droit de séjour *412*

§ I. L'impossibilité d'éloigner en application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme 413

A. La portée juridique de l'article 8 de la Conv EDH en matière de reconduite à la frontière 414

B. La portée juridique de l'article 8 de la Conv EDH en matière d'expulsion 417

§ II. L'impossibilité d'éloigner en application de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme 419

A. La protection contre l'éloignement en raison d'un traitement contraire à l'article 3 dans le pays de destination 420

B. L'extension du champ d'application de l'article 3 à la situation des étrangers malades 423

C. L’impossibilité d’éloigner non assortie de droit de séjour 426
D. L’impossibilité d’éloigner assortie d’un droit de séjour par le Conseil d’État..... 426
1) Avant 2018, l’impossibilité d’éloigner en raison d’un traitement contraire à l’article 3 de la Conv EDH, cause de réexamen de la demande de protection internationale..... 427
2) Depuis 2018, l’impossibilité d’éloigner sur le fondement de l’article 3 de la Conv EDH est assortie de la reconnaissance d’un droit de séjour 428
Conclusion du chapitre II 430
Conclusion de la deuxième partie 431
Conclusion générale 432
Bibliographie 436
Table des matières 473