strada lex

Doctrine

LE DEVENIR DE LA LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES DANS L'UNION EUROPÉENNE : REGARD SUR LA DIRECTIVE 2004/38

PAR

Jean-Yves CARLIER
Professeur à l'Université catholique de Louvain
Avocat

TABLE DES MATIÈRES

I. — **Le champ d'application** 14
A. — Temporel 14
B. — Spatial 15
C. — Matériel et personnel 15
II. — **Le déplacement : droit de sortie et d'entrée** 21
III. — **Le droit de séjour** 23
A. — Séjour de courte durée 23
B. — Séjour de longue durée 24
1. — *Bénéficiaires* 24
2. — *Acquis de la jurisprudence* 25
3. — *Formalités et conditions réduites* 27
4. — *Le maintien du droit de séjour* 27
a) En cas de défaut de moyens de subsistance 27
b) En cas de rupture des liens de famille 28
IV. — **Le droit de séjour permanent** 28
V. — **Les limitations au droit d'entrée et de séjour** 29
A. — Possibilités d'expulsion 30
B. — Motifs d'expulsion 30
C. — Portée de la mesure 31
VI. — **Le futur** 32

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.180.127)
Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regard sur la directive 2004/38
Éditions Larcier - © Larcier - 25/09/2020

strada lex

Le présent article porte principalement sur la directive 2004/38 CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union européenne et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (1). L'examen de la directive se fait en six points qui, outre les questions de champ d'application (I), marquent les trois temps de la libre circulation : le déplacement par sortie et entrée (II), le séjour (III) et le séjour permanent (IV). Un cinquième point (V) examine les limites de cette libre circulation et des considérations générales permettent de poser quelques questions pour le futur (VI).

Comme les premiers commentateurs l'ont relevé, la directive 2004/38 porte bien son surnom de « directive refonte » (2). Elle procède d'une part à une synthèse de différents textes (3) et de jurisprudences, d'autre part à une réforme fondamentale, par la création d'un droit de « séjour permanent » offrant à tout citoyen européen un droit de séjour inconditionnel après cinq ans de résidence dans un autre État membre. Plus qu'il n'y paraît, la citoyenneté européenne, liée à la nationalité, est ainsi complétée par une citoyenneté de résidence.

I. — **Le champ d'application**

A. — Temporel

Entrée en vigueur le 30 avril 2004, date de sa publication au journal officiel, la directive doit être transposée pour le 30 avril 2006 (art. 40, 41). Il est trop tôt pour analyser les transpositions réalisées par les États membres, mais l'on peut préciser que certains États avaient déjà procédé à la transposition formelle en 2004 (Portugal, Finlande), cer-

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

(2) Parmi les premiers commentaires approfondis, voy. A. Iliopoulou, « Le nouveau droit de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leur famille : la directive 2004/38/CE », *R.D.U.E.*, 2004, p. 523; M. Candela Soriano, « Libre circulation et séjour dans l'U.E. : la directive 2004/38 au regard des droits de l'homme », *J.T.D.E.*, 2005, p. 193; Ph. De Bruycker, « La libre circulation des citoyens européens entre codification et réforme. Présentation générale de la directive 2004/38 », in J.-Y. Carlier et E. Guild (dir.), *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne. The future of free movement of persons in the European Union*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 21.

(3) La directive 2004/38 abroge, au 30 avril 2006, les directives CEE 64/221, 68/360, 72/194, 73/148, 75/34, 75/35, 90/364, 90/365 et 93/96 ainsi que les articles 10 et 11 du règlement CEE 1612/68 (art. 38).

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.180.127)
Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regard sur la directive 2004/38
Éditions Larcier - © Larcier - 25/09/2020

strada lex

tains étaient en voie de le faire en 2005 (Slovaquie, Slovénie) (4). En Belgique, un avant projet de loi, qui n'est pas encore publié, est en élaboration en février 2006.

B. — Spatial

La directive couvre tous les États membres de l'Union. Certaines dispositions relatives aux seuls travailleurs (art. 7, § 1, a) pourraient faire l'objet de limitations dans les pays qui prolongeraient la période transitoire de suspension de la libre circulation des travailleurs de ou vers huit nouveaux États membres à la suite de l'élargissement.

C. — Matériel et personnel

La directive concerne la libre circulation des citoyens de l'Union et des membres de leur famille. Tant le champ matériel de la « libre circulation » que le champ personnel des « citoyens de l'Union et des membres de leur famille » méritent précision.

La notion de libre circulation vise le fait, pour un citoyen, de se rendre ou de séjourner sur le territoire d'un *autre* État membre, qualifié d'État membre d'accueil. La directive ne s'applique pas aux droits liés au séjour sur le territoire de son État membre d'origine. En d'autres termes, la directive ne supprime pas l'exclusion des situations purement internes du champ d'application des droits liés à la libre circulation des citoyens. En conséquence, les discriminations à rebours peuvent subsister si les États ne les condamnent pas dans leur loi nationale, comme l'a fait la Belgique (*infra*, note 26). Si cela paraît normal du point de vue de la libre circulation, cela eût pu être modifié du point de vue de la citoyenneté européenne comme statut fondamental. En 1982, dans *Morson et Jhanjan* (5), l'avocat général Sir Gordon Slynn constatait que « comme les droits qui découlent du traité reposent sur le principe de la libre circulation des travailleurs, et non sur un droit de séjour sur tout le territoire de la Communauté, il est à tout le moins possible, et peut-être inévitable, qu'il y ait des lacunes ». Or, actuellement, l'article 18 CE, qui sert de base juridique à la directive 2004/38, reconnaît à tout citoyen le droit « de séjourner librement sur le territoire *des* États membres » et non *d'un autre* État

(4) Renseignements tirés du rapport établi pour la Commission européenne en novembre 2005, pour l'année 2004, par l'observatoire européen de la libre circulation des travailleurs regroupant des professeurs d'université des différents États membres et basé à l'Université de Nijmegen sous la direction du Prof. K. Groenendijk et du Dr. P. Minderhoud.

(5) C.J.C.E., 27 octobre 1982, aff. jointes 35 et 36/82, *Morson et Jhanjan, Rec.*, p. 3723.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.180.127)
Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regard sur la directive 2004/38
Éditions Larcier - © Larcier - 25/09/2020

strada lex

membre. En conséquence, la directive eût pu éviter la formule utilisée à l'article 3 qui limite les bénéficiaires « à tout citoyen de l'Union qui se rend ou séjourne dans un État membre *autre* que celui dont il a la nationalité ». Cette formulation maintient l'exclusion des situations purement internes qui peuvent concerner les citoyens sédentaires qui représentent plus de 95 % des citoyens. Certaines juridictions nationales avaient tenté d'infléchir la jurisprudence de la Cour en estimant « douteux que les principes fondamentaux d'une Communauté se trouvant sur la voie de l'Union européenne permettent encore qu'une disposition nationale contraire à l'article [39 § 2 CE] puisse continuer à être appliquée par un État membre à l'encontre de ses propres ressortissants » (6). Il reste que la Cour, tout en maintenant l'exclusion des situations purement internes, a assoupli sa jurisprudence en acceptant des situations de circulation virtuelle (7) voire de circulation purement fictive, s'agissant de personnes n'ayant pas franchi une frontière intérieure mais ayant la nationalité d'un autre État membre (8). Au demeurant, en visant le citoyen « qui se rend ou séjourne dans un État membre autre que celui *dont il a la nationalité* » la formulation de l'article 3 de la directive 2004/38 est incorrecte en ce qu'elle ne tient pas compte de l'hypothèse du citoyen qui a la nationalité de différents États membres et qui de ce fait, soit parce qu'il se déplace, soit simplement parce qu'il possède la nationalité d'un autre État membre que celui où il est né et a toujours résidé, a suffisamment de liens avec le droit communautaire que pour entrer dans le champ d'application de la libre circulation. Ainsi en va-t-il, en matière de nom, de jeunes belgo-espagnols nés et résidents en Belgique (9). Le fait qu'un citoyen espagnol séjourne en Belgique, État membre dont il a la nationalité, ne le soustrait pas au champ d'application de la directive contrairement à ce que la formulation de l'article 3, § 1 pourrait laisser entendre. De même, en utilisant l'indicatif présent pour désigner le citoyen « qui se rend ou séjourne » dans un autre État membre, la directive oublie la situation nationale, mais non purement interne, du

(6) C.J.C.E., 5 juin 1997, aff. jointes C-64/96 et C-65/96, *Uecker et Jacquet, Rec.*, p. I-3171, point 12.

(7) C.J.C.E., 11 juillet 2002, aff. C-60/00, *Carpenter, Rec.*, p. I-6279.

(8) C.J.C.E., 19 octobre 2004, aff. C-200/02, *Chen, Rec.*, p. I-9925; *C.M.L.Rev.*, 2005, p. 1121. Voy. aussi sur les situations purement internes N. SHUIBHNE, « Free movement of persons and the wholly internal rule; time to move on? », *C.M.L.Rev.*, 2002, p. 731; R.-E. PAPADOPOULOU, « Situations purement internes en droit communautaire : un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant? », *C.D.E.*, 2002, p. 95; J. DE BEYS, « Le droit européen est-il applicable aux situations purement internes? A propos des discriminations à rebours dans le marché unique », *J.T.D.E.*, 2001, p. 137.

(9) C.J.C.E., 2 octobre 2003, aff. C-148/02, *Garcia Avello, Rec.*, p. I-11613.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.180.127)
Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regard sur la directive 2004/38
Éditions Larcier - © Larcier - 25/09/2020

strada lex

national qui se trouve dans l'État de sa nationalité, mais après s'être rendu ou avoir séjourné dans un autre État membre (10). Malgré ces maladresses, il est clair que la directive s'applique tant aux situations de plurinationalité intra-européenne qu'aux situations nationales après déplacement. Selon la formule de l'avocat général Geelhoed, il « convient de n'appliquer le concept de situation interne qu'aux cas les plus évidents [... car cela ...] met la question de la conformité avec le droit communautaire des dispositions qui les régissent à l'abri de tout contrôle » (11).

Comme par le passé, la directive étend le champ d'application personnel aux membres de la famille nucléaire du citoyen, quelle que soit leur nationalité : le conjoint, le descendant direct de moins de vingt-et-un ans ou à charge, les ascendants directs à charge (12). S'agissant du conjoint, selon la jurisprudence classique, la cohabitation n'est pas exigée (13). A l'inverse, en cas de dissolution du lien conjugal, dans plusieurs hypothèses, un droit de séjour autonome sera accordé à l'ancien membre de la famille (*infra*). Toutefois, aussi longtemps que la relation familiale perdure, elle doit être réelle. Ainsi, parmi les abus de droit qui permettent de « refuser, annuler ou retirer tout droit conféré par la directive », l'article 35 cite expressément « les mariages de complaisance ». S'agissant des ascendants à charge, on notera qu'un étudiant ne peut pas les faire bénéficier du droit de séjour (14). Mais la directive élargit la notion de famille, au regard des textes antérieurs, en y ajoutant « le partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a contracté un partenariat enregistré, sur la base de la législation d'un État membre, si, conformément à la législation de l'État membre d'accueil, les partenariats enregistrés sont équivalents au mariage » (art. 2, § 2, b). Ce faisant la directive intègre la jurisprudence *Reed* (15). Elle laisse toutefois plusieurs questions ouvertes. Qu'entendre par des partenariats enregistrés équivalents au mariage? Cela ne vise plus tout

(10) C.J.C.E., 7 juillet 1992, aff. C-370/90, *Singh, Rec.*, p. I-4267; 31 mars 1993, aff. C-19/92, *Kraus, Rec.*, p. I-1663; 11 juillet 2002, aff. C-224/98, *D'Hoop,* p. I-6191.

(11) C.J.C.E., 12 juillet 2005, aff. C-403/03, *Schempp*, non encore publié au *Recueil*, conclusions, point 15.

(12) La proposition de directive présentée par la Commission, suivant les recommandations du rapport du groupe de haut niveau sur la libre circulation des personnes, présidé par madame Simone Veil, avait supprimé toute condition d'âge pour les descendants et toute condition de dépendance financière tant pour les descendants que pour les ascendants (COM/2001/0257 final, *J.O.,* 2001, C 270 E/150).

(13) C.J.C.E., 13 février 1985, aff. 267/83, *Diatta, Rec.*, p. 567.

(14) Art. 7, § 4, qui permet toutefois la faveur de séjour en renvoyant à l'art. 3 § 2, et non § 1 comme indiqué dans la version française de la directive.

(15) C.J.C.E., 17 avril 1986, aff. 59/85, *Reed, Rec.*, p. 128.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.180.127)
Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regard sur la directive 2004/38
Éditions Larcier - © Larcier - 25/09/2020

strada lex

partenaire non marié, comme le prévoyait la proposition initiale mais uniquement le partenariat enregistré. Deux verrous, l'un de droit international privé, l'autre de droit matériel sont ajoutés. Le verrou de droit international privé est double en ce qu'il conditionne doublement la validité du partenariat enregistré, au sens de la directive, à la législation d'un État membre, en pratique souvent l'État d'origine, pour l'enregistrement et à la législation de l'État d'accueil pour la reconnaissance. Le verrou de droit matériel exige que le partenariat enregistré ait des effets équivalents au mariage. La prééminence accordée à la loi du pays d'accueil sur la loi du pays d'origine posera des questions au regard du principe de non-discrimination tant en matière de nationalité (art. 12 CE, visé par la directive) que sur d'autres bases (art. 13 CE), particulièrement depuis que la Cour, en grande chambre, a érigé le principe de non-discrimination inscrit à l'article 13 CE en « principe général de droit communautaire » (16). Certes la Cour l'a fait dans une affaire qui ne concernait que l'âge mais rien n'indique que cet enseignement ne doit pas s'étendre aux autres facteurs de discrimination. N'y a-t-il pas risque de discrimination si un couple constitué d'un Suédois et d'une Américaine, dont le partenariat a été enregistré en Suède se voyait refuser la reconnaissance des effets de ce partenariat en Italie, alors qu'un couple constitué d'un Italien et d'une Américaine pourrait enregistrer un partenariat en Suède et y séjourner ?

Par ailleurs, qu'en est-il de la répartition entre la notion de « conjoint » et de « partenariat enregistré » ? Si la notion de conjoint vise bien le mariage, dans les pays qui ont introduit dans leur législation le mariage de personnes de même sexe (Pays-Bas, Belgique, Espagne), il faut considérer qu'il y va de conjoints. Tel mariage devrait être reconnu dans un autre État membre sauf à exciper de l'exception d'ordre public. Ainsi, le nom acquis dans un État membre, dans le respect du droit applicable, semble devoir être reconnu dans un autre État membre même s'il n'est conforme ni à la loi de cet État

(16) C.J.C.E., 22 novembre 2005, aff. C-144/04, *Mangold,* non encore publié au *Recueil*, point 75. D. MARTIN, « Vers une hiérarchie inversée du droit à l'égalité en droit communautaire », *J.T.T.*, 2006, à paraître. Sur le principe d'égalité en droit communautaire, voy. K. LENAERTS, « L'égalité de traitement en droit communautaire — Un principe unique aux apparences multiples », *C.D.E.*, 1991, pp. 3 et 34; D. MARTIN, « Discriminations, entraves et raisons impérieuses dans le traité CE : trois concepts en quête d'identité », *C.D.E.*, 1998, pp. 260 et 561; D. MARTIN, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste,* Bruxelles, Bruylant, 2006, à paraître; P. DOLLAT, « Vers la reconnaissance généralisée du principe de l'égalité de traitement entre les personnes dans l'Union européenne », *J.T.D.E.*, 2002, p. 57; G. DAVIES, *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, The Hague, Kluwer, 2003.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.180.127)
Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regard sur la directive 2004/38
Éditions Larcier - © Larcier - 25/09/2020

strada lex

ni à la loi nationale des intéressés (17). Le mariage de deux homosexuels Italiens en Belgique, conformément au droit international privé belge si l'un d'eux a une résidence en Belgique, devrait être reconnu en Italie, sauf exception d'ordre public. Cela aurait-il une incidence sur le droit de séjour selon la directive ? Il ressort en effet des travaux préparatoires de la directive que les mots « quel que soit son sexe » que le Parlement proposait d'ajouter à la notion de « conjoint » n'ont pas été retenus. La Commission, qui avait refusé l'amendement du Parlement dans sa proposition modifiée, précise que le but est de ne pas imposer un droit nouveau dont l'adoption ou la reconnaissance relève de la compétence des États, mais que le but n'est pas d'imposer, à l'inverse, une exclusion définitive. Selon les termes de la proposition modifiée, « la Commission préfère limiter la proposition à une notion de conjoint s'entendant, en principe, comme conjoint de sexe différent, sauf évolution future » (18). Comme le relève M. Candela Soriano, l'évolution des droits positifs dans les États membres soulèvera toutefois des problèmes de droit international privé (19). En voici quelques exemples. Le code de droit international privé belge permettant, par une clause d'ordre public positif, tel mariage à toute personne ayant un lien de nationalité ou de résidence avec un pays connaissant le mariage de personnes de même sexe, les hypothèses sont très larges (20). Un Italien, résidant en Belgique, peut y épouser une personne de même sexe, quelque soit sa nationalité. Retournant en Italie, après avoir usé de sa liberté de circulation, son époux, indien par exemple, devrait y bénéficier du droit de séjour selon la jurisprudence *Singh* précitée. Cette question des mariages de personnes de même sexe pourra également être examinée en cas de

(17) Aff. en cours C-96/04, *Standesamt Stadt Niebüll*, conclusions de l'avocat général Jacobs du 30 juin 2005. A propos du refus de reconnaissance par l'Allemagne du double nom *Grunkin-Paul* attribué à un enfant allemand au Danemark.

(18) COM (2003) 199, précitée, p. 11 commentaire des amendements 14, 15 et 16 rejetés.

(19) *Op. cit. J.T.*D.E., 2005, p. 196.

(20) Loi belge du 16 juillet 2004, *M.B.*, 27 juillet 2004, art. 46, § 2 : « L'application d'une disposition du droit [normalement] désigné [c'est-à-dire la loi nationale] est écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un État ou a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État dont le droit permet un tel mariage ». Voy. Fr. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 521 ; J.-Y. CARLIER, « Le code belge de droit international privé », *Rev. crit. d.i.p.*, 2005, p. 31. En Espagne, une circulaire du 29 juillet 2005 sur les mariages civils entre personnes de même sexe (*B.O.E.*, n° 188 du 8 août 2005) précise que « le mariage entre étrangers de même sexe résidant en Espagne est valable même si la loi nationale du membre étranger du couple ne permet pas le mariage » ou n'en reconnaît pas la validité. Voy. A. QUIÑONES ESCAMEZ, *Rev. crit. d.i.p.*, 2005, p. 855.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.180.127)
Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regard sur la directive 2004/38
Éditions Larcier - © Larcier - 25/09/2020

strada lex

double nationalité. Si l'on étend la jurisprudence *Garcia Avello* à l'ensemble du statut personnel, un Belgo-Italien pourrait revendiquer le droit d'épouser un Espagnol de même sexe, en Italie, en application de son statut personnel belge. Si des États excipent de l'ordre public pour refuser de telles situations, la Cour devra trouver de délicats équilibres entre l'ordre public national propre à certains États et les droits fondamentaux. Si les jurisprudences de Strasbourg et de Luxembourg n'établissent pas qu'en l'état actuel du droit, le droit au mariage impliquerait le droit au mariage de personnes de même sexe lorsque la loi nationale ne le permet pas ; la situation est plus délicate lorsque leur loi nationale le permet et, plus encore, lorsqu'il s'agit de reconnaître un mariage déjà célébré dans le respect du droit applicable. Pour cette interprétation il faudra aussi tenir compte de l'évolution des textes de protection des droits de l'homme. Si l'article 12 CEDH vise « l'homme et la femme », l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'U.E. prévoit le « droit de se marier » sans distinction de sexe. Certes, le commentaire de cet article par le Presidium et la jurisprudence de la Cour n'en déduisent pas un droit au mariage de personnes de même sexe (21). Il reste que ce droit au mariage, dans le même article 9, est « garanti selon les lois nationales qui en régissent l'exercice ». Dans les hypothèses précitées il y aurait des lois nationales qui permettraient ou auraient permis tels mariage, rendant le refus de leur célébration ou de leur reconnaissance peu compatible avec la Charte sauf à rappeler, en l'état actuel du droit communautaire, son caractère non contraignant.

En installant certains verrous et en laissant certaines ombres d'interprétation, la directive ouvre des questions. La Cour sera appelée à y répondre. Les États peuvent aussi les résoudre en donnant suite à l'invitation qui leur est faite de « favoriser » le séjour des personnes qui sont écartées du cercle communautaire des membres de la famille. Il s'agit des personnes qui sont à charge du citoyen ou font partie de son ménage ou encore sont partenaires dans le cadre d'une relation durable (art. 3, § 2). Un séjour peut également être accordé pour des raisons de santé graves. En revanche, les « motifs humanitaires », introduits dans la proposition modifiée de la Commission, n'ont pas été maintenus dans le texte final (22).

(21) C.J.C.E., 31 mai 2001, aff. jointes C-122/99 et 125/99, *D. et Suède c. Conseil, Rec.,* p. I-4319. Il convient toutefois de souligner qu'en l'espèce il n'y allait pas d'un mariage entre personnes de même sexe mais précisément d'un partenariat enregistré pour lequel les intéressés, et la Suède, revendiquaient un statut équivalent à celui du mariage.

(22) COM (2003) 199 du 15 avril 2003.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.180.127)
Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regard sur la directive 2004/38
Éditions Larcier - © Larcier - 25/09/2020

strada lex

II. — Le déplacement : droit de sortie et d'entrée

Première étape de toute circulation, la sortie du territoire d'origine est affirmée comme droit pour le citoyen et les membres de sa famille sur simple présentation d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité. « Aucun visa de sortie ni obligation équivalente ne peuvent être imposés » (art. 4, § 2). A dire vrai, ce droit de sortie ne fait que confirmer le droit pour toute personne de quitter n'importe quel pays, y compris le sien, inscrit dans les textes internationaux de protection des droits de l'homme (23). Du point de vue des droits de l'homme, ce droit de quitter n'est que le complément du droit à ne pas être privé arbitrairement de sa liberté car « entre privation et restriction de liberté, il n'y a qu'une différence de degré ou d'intensité non de nature ou d'essence » (24). Toutefois, en droit international, le droit de sortie n'implique pas un droit d'entrée autre que dans « son propre pays » par interdiction du bannissement. La Cour européenne des droits de l'homme ne manque pas de rappeler que « les États ont, en vertu d'un principe de droit international bien établi, le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux » (25). Ici, pour le droit d'entrée, l'apport d'une intégration régionale est fondamental. La Communauté, dès 1957, et l'Union depuis, reconnaissent un droit d'entrée au ressortissant d'un autre État membre qui, avant même d'être reconnu citoyen européen, n'était déjà plus un « non-national » *sensu stricto*. L'article 5, § 1 de la directive confirme que « les États membres admettent sur leur territoire le citoyen de l'Union muni d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité ainsi que les membres de sa famille qui n'ont pas la nationalité d'un État membre et qui sont munis d'un passeport en cours de validité ». Pour le citoyen comme pour le membre de la famille qui dispose déjà d'un droit de séjour dans un autre État membre et possède de ce fait, une « carte de séjour de membre de la famille d'un citoyen de l'Union » un visa d'entrée ne pourra pas plus être exigé qu'un visa de sortie (art. 5, § 1, al. 2). En revanche, pour les membres de la famille, ressortissants d'États tiers qui ne disposent pas d'un droit de séjour dans un autre État membre, en principe comme dans les textes antérieurs, un visa d'entrée pourra être exigé (art. 5, § 2). Cependant,

(23) Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 12.2. Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Protocole 4, art. 2.2.

(24) Cour eur. D.H., 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italie*, point 93; 22 juin 1996, *Amuur c. France*, point 42.

(25) Par exemple, Cour eur. D.H., 2 mai 1997, *D.c. Royaume-Uni*, point 46.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.180.127)
Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regard sur la directive 2004/38
Éditions Larcier - © Larcier - 25/09/2020

strada lex

la directive tient compte de la jurisprudence *MRAX* (26). Si un membre de la famille « ne dispose pas du document de voyage requis ou du visa nécessaire, l'État membre concerné accorde à ces personnes tous les moyens raisonnables afin de leur permettre d'obtenir ou de se procurer, dans un délai raisonnable, les documents requis ou de faire confirmer ou prouver par d'autres moyens leur qualité de bénéficiaires du droit de circuler et de séjourner librement, avant de procéder au refoulement » (art. 5, § 4). La jurisprudence *MRAX* avait en effet estimé que le refoulement ou l'expulsion d'un membre de la famille, étranger, était une sanction disproportionnée au regard du respect de la vie familiale imposé par l'article 8 CEDH. Seule la preuve du lien de famille peut être exigée.

S'agissant du citoyen, tant pour le droit de sortie que pour le droit d'entrée, la simple exigence de production de la carte d'identité pourrait elle-même être jugée disproportionnée. Dans l'affaire *Oulane*, ayant fait mention de la directive 2004/38, la Cour rappelle que « à défaut de présentation d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité, [il suffit que] l'intéressé [soit] néanmoins en mesure d'établir, sans aucune équivoque, sa nationalité par d'autres moyens » (27)? Dans ses conclusions, l'avocat général Léger considérait que la possession de la carte d'identité ou du passeport est plus une « formalité », qu'une « condition ». Déjà en 1976, dans l'affaire *Royer* la Cour avait imposé une nette distinction entre le droit et le titre, document qui le matérialise (28). En outre, même si la directive n'entend pas porter préjudice « aux dispositions applicables aux contrôles aux frontières nationales » (considérant 7), en l'état actuel du droit communautaire, le contrôle d'identité, qui peut toujours se faire sur le territoire, ne paraît plus, sauf exception, justifiable lors du franchissement des frontières intérieures. En 1999, dans l'affaire *Wij-*

(26) C.J.C.E., 23 juillet 2002, aff. C-459/99, *MRAX, Rec.*, p. I-6591. En Belgique, pour éviter la discrimination à rebours, cette jurisprudence s'étend au ressortissant d'État tiers, membre de la famille d'un Belge (loi du 15 décembre 1980, art. 40 § 6 et circulaire *MRAX* du 21 octobre 2002, *M.B.*, 29 octobre 2002). Prolongeant cette extension, la Cour d'Appel de Liège avait estimé que « la même philosophie [de la jurisprudence *MRAX*] doit être appliquée à une ressortissante non CE ayant épousé un ressortissant non CE admis au séjour ». Cassant l'arrêt, la Cour de cassation refuse cette extension (Cass. b., 15 décembre 2005, n° C 04.0157 F, *Banyammouh*, non encore publié). Voy. aussi C.J.C.E., 14 avril 2005, aff. C-157/03, *Commission c. Espagne, Rec.*, p. I-2911 (condamnation en manquement de l'Espagne pour exigence de visa et délivrance tardive de titres de séjour à des membres de la famille); C.J.C.E., 27 octobre 2005, aff. C-165/05, *Commission c. Luxembourg*, non encore publié au *Recueil*, (condamnation du Luxembourg pour exigence d'un permis de travail du membre de la famille).

(27) C.J.C.E., 17 février 2005, aff. C-215/03, *Oulane, Rec.*, p. I-1215, point 25.

(28) C.J.C.E., 8 avril 1976, aff. 48/75, *Royer, Rec.*, p. 497, point 33.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.180.127)
Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regard sur la directive 2004/38
Éditions Larcier - © Larcier - 25/09/2020

strada lex

senbeek des contrôles aux frontières intérieures, ne donnant pas lieu à des sanctions disproportionnées, étaient acceptés au motif que la suppression totale des contrôles aux frontières intérieures « présuppose l'harmonisation des législations des États membres en matière de franchissement des frontières extérieures de la Communauté, d'immigration, d'octroi de visas, d'asile » (29). Presque inexistante à l'époque, la politique migratoire commune fait actuellement l'objet de nombreux textes adoptés dans le cadre du titre IV du traité : « Visa, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes » (30). Le Royaume-Uni et l'Irlande ne participant qu'à la carte à la politique migratoire (par *opting in*), maintiennent les contrôles à leurs frontières.

III. — **Le droit de séjour**

Trois types de droit de séjour caractérisés par leur durée sont reconnus au citoyen et aux membres de sa famille. Le court séjour, jusqu'à trois mois (A), le séjour de trois mois à cinq ans (B), le séjour permanent, au delà de cinq ans. Innovation majeure, ce dernier type fait l'objet d'un chapitre distinct dans la directive et d'un examen séparé dans le présent texte (IV).

A. — Séjour de courte durée

Le premier type, ouvrant un droit de séjour de moins de trois mois est en réalité lié au droit d'entrée. Il correspond en droit international, au court séjour touristique, de la durée du visa accordé et d'un maximum de trois mois. Dans le cadre de l'Union, il pourra toujours atteindre trois mois. La proposition initiale, et la proposition modifiée de la Commission, fixaient la durée de ce séjour à une période plus longue de six mois, affirmant, sans justification, qu'en principe « une personne est considérée comme domiciliée dans un pays lorsqu'elle y

(29) C.J.C.E., 21 septembre 1999, aff. C-378/97, *Wysenbeek, Rec.*, p. I-6207, point 40.

(30) Voy. K. Hailbronner, *Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union,* La Haye, Kluwer, 2000; H. Labayle, « Le bilan du mandat de Tampere et l'espace de liberté, sécurité et justice de l'Union européenne », *C.D.E.*, 2004, p. 591 et « L'espace de liberté, sécurité et justice dans la Constitution pour l'Europe », *R.T.D.E.*, 2005, p. 437; Fr. Julien-Laferrière et H. Labayle (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq années après le traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 2005. Adde l'ensemble des travaux du réseau Odysseus : www.ulb.ac.be/assoc/odysseus et les chroniques régulières de S. Peers, « Key legislative developments in migration in the European Union », in *E.J.M.L.*

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.180.127)
Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regard sur la directive 2004/38
Éditions Larcier - © Larcier - 25/09/2020

strada lex

vit au moins six mois par an » (31). Le délai a été réduit à la durée classique du séjour touristique de trois mois. Ce court séjour ne requiert pas d'autre formalité que celles évoquées ci-dessus pour l'entrée, avec les réserves déjà émises notamment quant à l'obligation pour un citoyen de présenter la carte d'identité ou pour un membre de la famille ressortissant d'un État tiers, d'être en possession d'un visa. Pour ces motifs, l'expression « sur présentation » des documents requis, utilisée dans les anciennes directives, a été remplacée par « munis » des documents requis, ce qui ne supprime pas toute difficulté d'interprétation (32).

B. — Séjour de longue durée

1. — *Bénéficiaires*

Le droit de séjour de longue durée permet à tout citoyen et aux membres de sa famille « de séjourner sur le territoire d'un autre État membre pour une durée de plus de trois mois » (art. 7). Curieusement, la directive qui veut « dépasser l'approche sectorielle et fragmentaire du droit de circuler et de séjourner librement » (considérant 4) ne se contente pas de reconnaître ce droit à tout citoyen et aux membres de sa famille, mais reprend une énumération sectorielle à l'article 7, en visant le travailleur (a), l'étudiant (c), le citoyen disposant de ressources suffisantes (b) et, séparément, à l'article 8, l'ancien travailleur en incapacité ou au chômage involontaire. Bien qu'elle soit incomplète et eut pu être évitée, cette énumération s'explique par deux séquelles du passé. D'une part, et c'est regrettable, d'un point de vue administratif, au sein de la Commission européenne ces compétences demeurent partagées entre directions générales distinctes (33). D'autre part, et c'est plus compréhensible, la distinction permet à certaines catégories de personnes, particulièrement les travailleurs, de bénéficier de droits sociaux qui ne sont pas encore reconnus à toute personne, à

(31) COM/2001/257 précitée, exposé des motifs, sous article 6, § 5. La durée de ce court séjour est expressément visée à la clause de rendez-vous de l'article 39 et pourrait donc être reproposée à six mois.

(32) Pour l'entrée, la directive prévoit d'être « muni d'une carte d'identité » (art. 5), pour le court séjour, il est autorisé « sans autres conditions ou formalités que l'exigence d'être en possession d'une carte d'identité ». Selon l'avocat général Léger dans *Oulane* précité : « nous pensons qu'il s'agit uniquement d'une formalité à respecter dans le cadre de l'exercice du droit de séjour » (conclusions du 21 octobre 2004, note 28).

(33) DG Emploi pour les travailleurs, DG Justice, liberté, sécurité pour la circulation européenne liée à la politique migratoire. Ceci explique également le maintien du règlement 1612/68 dont seuls les articles 10 et 11, relatifs aux membres de la famille, ont été abrogés. Voy. Ph. De Bruycker, *op. cit.*, p. 25.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.180.127)
Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regard sur la directive 2004/38
Éditions Larcier - © Larcier - 25/09/2020

strada lex

défaut de liens suffisants avec le pays de résidence. Ce compromis reflète l'évolution de la jurisprudence de la libre circulation des personnes, dont on ne rappellera pas ici les grandes lignes (34), mais dont on peut synthétiser l'état actuel.

2. — *Acquis de la jurisprudence*

Reconnue très vite comme liberté fondamentale, la libre circulation des personnes a connu un double élargissement, personnel et matériel. L'élargissement matériel a permis de dépasser la simple condamnation des entraves discriminatoires, directes ou indirectes pour condamner également les entraves indistinctement applicables lorsqu'elles sont disproportionnées. Un problème résultant de cet élargissement matériel est l'usage indifférencié du principe de proportionnalité pour les entraves indistinctement applicable comme pour les entraves discriminatoires. L'affaire *Bosman* en est l'archétype. Au prix d'une forte création jurisprudentielle, la Cour condamne l'entrave indistinctement applicable que représentent les conditions de transfert des joueurs professionnels de football, par le moyen du principe de proportionnalité, jugeant que ces conditions poursuivent un objectif légitime par des moyens peu efficaces et non nécessaires. Dans le même souffle, la Cour condamne les quotas de nationalité dans les compétitions, qui représentent une entrave directement discriminatoire, par la même technique de proportionnalité (35). Un affinement de ce mécanisme, reconnaissant une présomption de disproportionnalité pour les entraves discriminatoires, paraît souhaitable. Il appartiendrait alors à l'auteur de l'entrave discriminatoire, comme dans les textes de droit dérivé en matière d'égalité, d'en établir la proportionnalité en renversant la présomption.

---

(34) J.-Y. CARLIER, « Libre circulation des travailleurs, citoyenneté et circulation libre des personnes », *in* O. DE SCHUTTER et P. NIHOUL (dir.), *Une constitution pour l'Europe*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 143; O'LEARY, *The Evolving concept of Community Citizenship. From the Free Movement of Persons to Union Citizenship*, La Haye, Kluwer, 1996; CASTRO OLIVEIRA, « Workers and other persons : step-by-step from movement to citizenship — Case law 1995-2001 », *C.M.L. Rev.*, 2002, p. 77; WEISS et WOODBRIDGE, *Free Movement of Persons within the EC*, La Haye, Kluwer, 2002; N. REICH et S. HARBACEVICA, « Citizenship and family on Trial : A fairly optimistic overview of recent Court practice with regard to free movement of persons », *C.M.L.Rev.*, 2003, p. 615; G. BARETT, « Family matters : European Community Law and Third-Country family members », *C.M.L.Rev.*, 2003, p. 369; N. ROGERS et R. SCANNEL, *Free Movement of Persons in the Enlarged European Union,* London, Sweet and Maxwell, 2005; A. ILIOPOULOU, *Libre circulation et non-discrimination. Eléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Thèse multigr. Paris II, octobre 2005.

(35) C.J.C.E., 15 décembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman, Rec.*, p. I-4291.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.180.127)
Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regard sur la directive 2004/38
Éditions Larcier - © Larcier - 25/09/2020

strada lex

Le deuxième élargissement de la libre circulation est personnel. Au-delà des agents économiques, travailleurs salariés, indépendants et prestataires de services qui feront l'objet d'une définition extensive, la Cour élargira la libre circulation à certaines catégories de personnes partiellement visées par les traités, comme les demandeurs d'emploi, les retraités, les bénéficiaires potentiels de services, ou par le droit dérivé, comme les membres de la famille, voire ignorées des textes, comme les étudiants. En dernière étape, après les trois directives séjour des années nonante (retraités, étudiants et résiduaires), toutes trois abrogées par la directive 2004/38, et l'introduction de la liberté de circulation comme attribut de la citoyenneté (art. 18 CE), c'est, selon la formule *Grzelczyk*, le « statut de citoyen de l'Union [qui] a vocation à être le statut fondamental » (36). Répétée dans de nombreux arrêts, la formule est adaptée dans la directive 2004/38 affirmant que « la citoyenneté de l'Union devrait constituer le statut de base des ressortissants des États membres » (considérant 3). Sans doute est-il possible d'affirmer aujourd'hui que la citoyenneté, plus qu'une vocation ou une possibilité conditionnelle, « *constitue* le statut fondamental du ressortissant communautaire » (37).

Cet élargissement personnel a conduit à une autre question. Lorsque la personne qui circule n'est pas un agent économique, l'État d'accueil devrait être en droit d'exiger des moyens de subsistance suffisants pour qu'elle ne tombe pas à charge de son système d'aide sociale. Parallèlement, tout citoyen qui séjourne sur le territoire d'un État membre devrait, en vertu du principe de non-discrimination, bénéficier des mêmes droits que le national, en ce compris les droits sociaux. Le cercle est-il vicieux : pas de séjour sans moyens, mais s'il y a séjour il y a droit à des moyens? Depuis *Martinez Sala* (38) et plus encore depuis *Grzelczyk* précité, la Cour va tenter d'allier l'exigence individuelle de non-discrimination et l'exigence collective de charge raisonnable pour les finances publiques, par le moyen d'un principe de proximité. Si le citoyen a un « lien réel » avec le pays de résidence qui peut être un lien de nationalité (39) et/ou de durée de résidence (40)

(36) C.J.C.E., 20 septembre 2001, aff. C-184/99, *Grzelczyk, Rec.*, p. I-6193, point 31.

(37) Italiques ajoutées. Formule de l'avocat général D. Ruiz-Jarabo Colomer au point 31 des conclusions du 25 octobre 2005 sur l'affaire C-408/03, *Commission c. Belgique* dans laquelle la Belgique est attaquée en manquement pour exigence de ressources personnelles dans le chef du citoyen qui revendique le droit de séjour (ce qui est contraire à la jurisprudence *Chen* précitée).

(38) C.J.C.E., 12 mai 1998, aff. C-85/96, *Martinez Sala, Rec.*, p. I-2691.

(39) C.J.C.E., 11 juillet 2002, aff. C-224/98, *D'Hoop, Rec.* p. I-6191.

(40) *A contrario*, C.J.C.E., 23 mars 2004, aff. C-138/02, *Collins, Rec.,* p. I-2703.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.180.127)
Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regard sur la directive 2004/38
Éditions Larcier - © Larcier - 25/09/2020

strada lex

il pourra bénéficier d'une aide sociale (41). En tout état de cause, l'expulsion ne pourrait être une sanction immédiate et disproportionnée de l'absence de moyens de subsistance. La directive 2004/38 inclut la presque totalité de ces acquis, en prévoyant des formalités et conditions de séjour réduites et des hypothèses de maintien du droit de séjour.

3. — *Formalités et conditions réduites*

Les formalités sont laissées à la discrétion de chaque État membre d'accueil qui « peut imposer au citoyen de l'Union de se faire enregistrer auprès des autorités compétentes » (art. 8). Pour le reste, tout séjour du citoyen sera couvert par sa seule carte d'identité nationale éventuellement accompagnée d'une attestation d'enregistrement (art. 25, 26). En revanche, le séjour du membre de la famille, ressortissant d'État tiers, devra être couvert par une « carte de séjour de membre de la famille d'un citoyen de l'Union » valable cinq ans en principe (art. 9, 10 et 11).

La condition d'être en possession de moyens de subsistance suffisant demeure variable. Le travailleur en est dispensé. Le demandeur d'emploi, conformément à la jurisprudence *Antonissen,* qui avait fixé un délai raisonnable de six mois renouvelable (42), en est dispensé tant qu'il est « en mesure de faire la preuve qu'il continue à chercher un emploi et qu'il a des chances réelles d'être engagé » (art. 14, § 4, b). L'étudiant peut, outre la preuve de l'assurance maladie, se limiter à une simple déclaration comme le prévoyait l'ancienne directive (art. 8, § 3, 3e tiret). Les autres personnes doivent apporter une preuve de leurs ressources suffisantes, étant entendu toutefois que « les États ne peuvent fixer le montant des ressources qu'ils considèrent comme suffisantes, mais doivent tenir compte de la situation personnelle » de l'intéressé (art. 8, § 4).

4. — *Le maintien du droit de séjour*

a) *En cas de défaut de moyens de subsistance*

Tirant les enseignements de la jurisprudence *Grzelczyk* précitée, la directive prévoit que « le recours au système d'assistance sociale par un citoyen de l'Union ou un membre de sa famille n'entraîne pas

(41) *Grzelczyk précité*; C.J.C.E., 7 septembre 2004, aff. C-456/02, *Trojani, Rec.*, p. I-7573 (aide sociale); 15 mars 2005, aff. C-209/03, *Bidar, Rec.*, p. I-2119 (prêt d'étude).

(42) C.J.C.E., 26 février 1991, aff. C-292/89, *Antonissen, Rec.*, p. I-745.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.180.127)
Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regard sur la directive 2004/38
Éditions Larcier - © Larcier - 25/09/2020

strada lex

automatiquement une mesure d'éloignement » (art. 14, § 3). Selon le préambule de la directive, « l'État membre d'accueil devrait examiner si, dans ce cas, il s'agit de difficultés d'ordre temporaire et prendre en compte la durée du séjour, la situation personnelle et le montant de l'aide accordée, afin de déterminer si le bénéficiaire constitue une charge déraisonnable pour son système d'assistance sociale et de procéder, le cas échéant à son éloignement » (considérant 16). Il s'agit, en d'autres termes, d'effectuer un examen de proportionnalité. La directive précise encore que, par exception au principe d'égalité de traitement, une prestation d'assistance sociale peut être refusée pendant les trois premiers mois (art. 24, § 2). Une bourse ou un prêt d'étude peuvent être refusés tant que l'intéressé ne bénéficie pas du droit de séjour permanent, (*idem*). Cela peut poser problème lorsque des « liens réels » seraient établis avant ce délai de cinq ans. Dans l'affaire *Bidar* précitée, la Cour a admis des « liens réels » suffisants après trois ans de résidence.

b) *En cas de rupture des liens de famille*

Les liens de famille peuvent se rompre ou se détendre par décès ou départ (art. 12) ainsi que par divorce, annulation du mariage ou rupture du partenariat enregistré (art. 13). Si les membres de la famille sont eux-mêmes citoyens, ils trouveront dans cette qualité la source d'un droit au séjour autonome. Par contre, les membres de la famille ressortissants d'un État tiers risquent de perdre leur droit au séjour qui dérivait de celui du citoyen. La directive diminue ces hypothèses en reconnaissant aux membres de la famille ressortissants d'État tiers, un droit de séjour autonome moyennant une condition financière (être travailleur ou disposer de ressources suffisantes) et une condition de durée de vie commune (un an avant le décès, trois ans avant la rupture ou des circonstances spécifiques comme le droit de garde, le droit de visite, des violences intrafamiliales (art. 7 § 2)).

IV. — **Le droit de séjour permanent**

« Les citoyens de l'Union [et les membres de leur famille] ayant séjourné légalement pendant une période ininterrompue de cinq ans sur le territoire de l'État membre d'accueil acquièrent le droit de séjour permanent sur son territoire » (art. 16, § 1). Ce droit de séjour permanent est certainement l'innovation majeure de la directive. Elle introduit, après cinq ans, un droit de séjour inconditionnel qui ne permet plus l'expulsion, même si l'intéressé s'adresse au système d'aide sociale. En quelque sorte, les liens réels exigés par la jurisprudence

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.180.127)
Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regard sur la directive 2004/38
Éditions Larcier - © Larcier - 25/09/2020

strada lex

sont présumés établis après cinq ans de résidence (43). Bien sûr le critère des moyens de subsistance suffisants, ou d'autres critères comme le travail salarié, doivent être remplis durant les cinq ans qui précèdent. Pour le calcul de cinq ans, il n'y a pas lieu de tenir compte d'absences temporaires de moins de six mois, voire de moins d'un an pour « motifs importants » (études, maladie, détachement professionnel ...) ou plus longue pour service militaire (art. 16, § 3). On remarque que ce délai de cinq ans est un maximum pour tout citoyen ou assimilé, quelque soit le motif du séjour, en ce compris les études. Après cinq ans un étudiant acquiert le droit de séjour permanent. A titre dérogatoire, certains citoyens bénéficient d'un délai plus court, destiné à sauvegarder les acquis du droit de demeurer sur le territoire de l'État membre où une activité économique a été exercée, particulièrement pour les travailleurs frontaliers (art. 16) (44). Une fois acquis, le droit de séjour permanent ne se perd que par une absence de plus de deux ans consécutifs (45). Le droit de séjour permanent est formalisé par une attestation de permanence du séjour pour le citoyen (art. 19) et par une carte de séjour permanent pour les membres de la famille ressortissants d'États tiers.

V. — **Les limitations au droit d'entrée et de séjour**

Les acquis de la jurisprudence sont encadrés par une règle d'interprétation simple : la liberté de circulation est un principe qui fait l'objet d'une interprétation extensive, toute exception fera l'objet d'une interprétation restrictive. Le refus d'accès au territoire et le refus de séjour ne peuvent être fondés que sur des motifs d'ordre public, de

(43) Selon l'exposé des motifs cette forme d'intégration du citoyen favorise également « la cohésion sociale, objectif fondamental de l'Union ». La proposition de la Commission avait fixé un délai plus court, de quatre ans, afin de le distinguer du droit de séjour des étrangers résidents de longue durée [COM (2001) 257 et COM (2003) 199, art. 14 § 1). L'avant-projet de loi de transposition en Belgique envisage de réduire le délai à trois ans.

(44) *Trois ans* pour le retraité qui demeure dans le pays où il a travaillé (art. 17, § 1, a) ou qui « chaque jour ou au moins une fois par semaine » travaille dans un autre État membre (art. 17, § 1, c). *Deux ans* pour le travailleur en incapacité de travail (art. 17, § 1, b). *Aucun délai* si l'incapacité résulte d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle (art. 17, § 1, b, al. 2) ou si le conjoint ou le partenaire est originairement national de l'État d'accueil (art. 17, § 2).

(45) La formulation anglaise montre bien qu'il s'agit d'une seule absence de plus de deux ans, non de plusieurs absences brèves qui atteindraient un total de deux ans. La proposition initiale avait fixé un délai équivalent au délai d'acquisition de quatre ans proposé, COM (2001) 257 et COM (2003) 199, art. 14, § 3.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.180.127)
Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regard sur la directive 2004/38
Éditions Larcier - © Larcier - 25/09/2020

strada lex

sécurité publique ou de santé publique (art. 39 § 3 CE, art. 46 CE et art. 55 CE). La directive 64/221 avait coordonné « les mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique » (46). La directive 2004/38 abroge cette directive et précise, à la lumière de la jurisprudence, la possibilité d'une mesure d'expulsion (a), ses motifs (b) et sa portée (c).

A. — Possibilités d'expulsion

La proposition initiale de directive supprimait toute possibilité d'expulsion du bénéficiaire du droit de séjour permanent, l'assimilant parfaitement au national considérant « que ces personnes ont développé avec l'État membre d'accueil des liens d'intégration très étroits, qui rendent une mesure d'éloignement injustifiable » (47). Les États s'y sont opposés. Sont seuls protégés contre toute expulsion, hormis pour « motifs graves de sécurité publique », les citoyens européens séjournant dans un État membre depuis plus de dix ans et les mineurs (art. 28, § 3) (48). Le citoyen ou assimilé qui, après cinq ans, bénéficie du séjour permanent ne peut être expulsé que « pour des raisons impérieuses d'ordre public ou de sécurité publique » (art. 28, § 2). Les autres, bénéficiant du court ou du long séjour, peuvent être expulsés ou se voir refuser l'accès pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique (art. 27, § 1).

B. — Motifs d'expulsion

C'est le motif d'ordre public qui a reçu le plus de précisions dans la jurisprudence (49). La directive en reprend les principaux enseignements. La mesure doit être proportionnée (art. 28), poursuivre un

(46) *J.O.*, 1964, L 56/850.

(47) COM (2001) 257, exposé des motifs sous art. 26 § 2.

(48) Il s'agit bien des seuls citoyens, malgré la mention, à la version française de l'article 28 § 3 de la directive « des citoyens de l'Union quelle que soit leur nationalité ». La version anglaise mentionne plus correctement les « Union citizens ». Toutefois, la Convention européenne d'établissement du 13 décembre 1995, signée par les États membres du Conseil de l'Europe (E.T.S., 19) prévoit déjà l'interdiction absolue d'expulsion, sauf motif de sécurité nationale ou atteinte à l'ordre public revêtant « un caractère particulier de gravité », de tout ressortissant d'un État partie résident régulièrement sur le territoire d'un autre État partie depuis dix ans (art. 3, § 3).

(49) Notamment, C.J.C.E., 28 octobre 1975, aff. 36-75, *Rutili, Rec.*, p. 1219; 27 octobre 1977, aff. 30-77, *Bouchereau, Rec.*, p. 1999; 18 mai 1982, aff. Jointes 115 et 116/81, *Adoui et Cornuaille, Rec.*, p. 1665; 19 janvier 1999, aff. C-348/96, *Calfa, Rec.*, p. I-11; 20 novembre 2001, aff. C-268/99, *Jany, Rec.*, p. I-8615; 11 novembre 2004, aff. C-467/02, *Cetinkaya, Rec.*, p. I-10895.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.180.127)
Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regard sur la directive 2004/38
Éditions Larcier - © Larcier - 25/09/2020

strada lex

objectif légitime, non des « fins économiques » (art. 27, § 1), se fonder sur un examen, *in concreto* du « comportement personnel de l'individu concerné » en ce qu'il représente « une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société » (art. 27, § 2) en manière telle que s'il s'agit d'un éloignement à titre de peine ou de mesure accessoire « l'actualité et la réalité de la menace » doivent être vérifiées si l'exécution de la mesure intervient plus de deux ans après la décision (art. 33).

La santé publique est plus un motif de refus d'accès au territoire que d'expulsion, dans la mesure où l'objectif poursuivi est de lutter contre un risque de pandémie. Pour cette raison « la survenance de la maladie après une période de trois mois suivant l'arrivée ne peut justifier l'éloignement du territoire » (art. 29 § 2). Les maladies concernées seront définies « dans les instruments pertinents de l'Organisation mondiale de la santé ». Une liste, confiée aux instances internationales, se substitue ici à une définition comme celle de l'ordre public. Toutefois, « d'autres maladies infectieuses ou parasitaires contagieuses » pourraient y être ajoutées « pour autant qu'elles fassent dans le pays d'accueil, l'objet de dispositions de protection à l'égard des ressortissants de l'État membre » (art 29, § 1). Cette formulation, figurant déjà en annexe de la directive 64/221, avait suscité quelques débats à propos du VIH/Sida.

Quels que soient les motifs, des garanties procédurales devront être respectées (art. 31, § 2). La jurisprudence y a déjà insisté (50) et a précisé que, pour l'expulsion tant d'un citoyen que d'un Turc qui bénéficie de l'accord d'association, à défaut d'avis préalable à l'expulsion donné par une instance indépendante, le recours juridictionnel doit être suspensif et ne peut se limiter à un contrôle de légalité qui exclurait le contrôle d'opportunité (51).

C. — Portée de la mesure

La mesure doit être limitée dans le temps, elle peut être limitée dans l'espace.

Dans le temps, il ne peut y avoir de mesure d'expulsion définitive, emportant interdiction à vie du territoire (art. 32 § 1). Dans l'espace, après une première jurisprudence excluant des limitations partielles du séjour à certaines zones, sans expulsion vers le pays d'origine (52), la

(50) C.J.C.E., 5 mars 1980, aff. 98/79, *Pecastaing, Rec.*, p. 691.

(51) C.J.C.E., 2 juin 2005, aff. C-136/03, *Dörr et Ünal*, aff. C-136/3, non encore publié au *Recueil*.

(52) C.J.C.E., 28 octobre 1975, aff. 36-75, *Rutili, Rec.*, p. 1219.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.180.127)
Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regard sur la directive 2004/38
Éditions Larcier - © Larcier - 25/09/2020

strada lex

Cour les a admises (53). La directive fait de même, prévoyant que « des limitations territoriales au droit de séjour et au droit de séjour permanent peuvent seulement être établies par les États membres dans les cas où elles sont prévues également pour leurs propres ressortissants » (art. 22). La jurisprudence *Olazabal* a précisé que ces restrictions à la liberté de circuler sur le territoire de l'État membre d'accueil ne sont possibles que lorsque des motifs suffisants pour permettre l'expulsion sont réunis. Cette approche est plus conforme à une notion de citoyenneté européenne et à une conception européenne de l'ordre public qu'une approche de souveraineté nationale qui consiste à renvoyer à un autre État membre son national qui pose problème.

VI. — **Le futur**

La libre circulation des personnes dans l'Union trouve désormais une assise solide dans la directive 2004/38. Des questions se poseront encore. Plusieurs questions concernent le difficile lien entre citoyenneté et non-discrimination (54). La non-discrimination à raison de la nationalité trouve, au sein de l'Union, deux terrains d'exercice. L'un, qui peut être qualifié d'endogène, confronte le citoyen européen au national. L'assimilation est forte sans être totale, selon le vœu même de la définition inscrite à l'article 17 CE. Si l'accès à la citoyenneté européenne est fondé sur la nationalité, son exercice repose sur la résidence. Les traitements différenciés encore acceptés concernent principalement l'aide sociale. La directive 2004/38, en instaurant le droit de séjour permanent et inconditionnel, traduit le critère de « lien réel » entre un citoyen et l'État d'accueil par une durée de résidence de cinq ans. En dessous de ce délai, l'interprétation demeurera variable selon l'ensemble des éléments de proximité. L'exercice endogène de la non-discrimination concerne également le national sédentaire et les membres de sa famille qui peuvent encore faire l'objet de discriminations à rebours. Se centrant sur la circulation entre États, non sur une notion de séjour pour l'ensemble du territoire de l'Union, la directive maintient les situations purement internes hors champ. La Convention

(53) C.J.C.E., 26 novembre 2002, aff. C-100/01, *Oteiza Olazabal, Rec.*, p. I-10981.

(54) Voy. D. MARTIN, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire — Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, 2006, à paraître et A. ILIOPOULOU, *op. cit.*, thèse Paris II, octobre 2005.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.180.127)
Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regard sur la directive 2004/38
Éditions Larcier - © Larcier - 25/09/2020

strada lex

européenne des droits de l'homme et l'ordre juridique de Strasbourg demeurent alors l'ultime recours (55).

Un autre terrain d'exercice du principe de non-discrimination, que l'on peut qualifier d'exogène confronte le citoyen européen au ressortissant d'État tiers. Quels sont les droits de cet étranger lorsqu'il ne bénéficie pas de l'assimilation en tant que membre de la famille ? S'il s'agit d'un « ressortissant de pays tiers résident de longue durée », la directive 2003/109 du 25 novembre 2003, qui devait être transposée pour le 23 janvier 2006, lui reconnaît de nombreux droits équivalents à ceux du citoyen (56). Parmi ces droits, on relève que le statut de résident de longue durée, obtenu après cinq ans (art. 4, § 1), offre désormais un droit de séjour sur le territoire des autres États membres, sinon identique, du moins équivalent à celui du citoyen (art. 14). Le champ d'application personnel de la libre circulation en est encore élargi. En cela, la citoyenneté européenne a permis, par une sorte d'effet boule de neige, d'élargir les droits des étrangers ressortissants d'États tiers dans l'Union (57). La directive sur l'égalité raciale renforce ce phénomène (58). Il est possible que la Cour en donne une interprétation large si elle prolonge l'interprétation proposée pour le critère de non-discrimination à raison de l'âge, inscrit dans la directive 2000/78 relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de

(55) Ainsi en fut-il pour l'affaire *Koua Poirrez* écartée à Luxembourg pour situation purement interne (C.J.C.E., 16 décembre 1992, aff. C-206/91, *Koua-Poirrez, Rec.*, p. I-6685) et ayant conduit à Strasbourg à la condamnation de la France pour discrimination à raison de la nationalité dans l'accès à une allocation handicapé, au titre de droit de propriété (Cour eur. D.H., 30 septembre 2003, ref. 40892/98, *Koua Poirrez c. France*). Voy. J. CALLEWAERT, « Paris, Luxembourg, Strasbourg : trois juges, une discrimination. L'interaction entre les ordes juridiques national, communautaire et conventionnel à l'épreuve de la pratique (en marge de l'arrêt *Koua Poirrez*) », *R.T.D.H.*, 2005, p. 159.

(56) *J.O.*, 2004, L 16/44. Commentaires, J. HANDOLL, « The Status of Third-Country Nationals Residing on a long-term basis », in Ph. Debruycker (dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'immigration*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 269 ; *idem*, « The long-term residents directive », in J.-Y. CARLIER et Ph. DE BRUYCKER (dir.), *Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 144 ; L. HALLESKOV, « The long-term residents directive : a Fulfilment of the Tampere Objective of Near-Equality »,*E.J.M.L.*, 2005, p. 181 ; S. BOELAERT-SUOMINEN, « Non-EU Nationals and Council Directive 2003/109/EC on the Status of Third-Country Nationals who are Long-Term Residents : Five Paces Forward and Possibly Three Paces Back », *C.M.L.Rev.*, 2005, p. 1011.

(57) K. GROENENDIJK, « Citizens and Third Country Nationals : differential treatment or discrimination ? », in J.-Y. CARLIER et E. GUILD, *op. cit.*, p. 79.

(58) Directive 2000/43 du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *J.O.*, 2000, L 180/22.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.180.127)
Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regard sur la directive 2004/38
Éditions Larcier - © Larcier - 25/09/2020

strada lex

travail (59). Dans *Mangold*, la Cour condamne une discrimination fondée sur l'âge, alors que la date de transposition de la directive n'était pas encore atteinte au moment des faits et que l'article 13 CE n'est pas formulé de manière à emporter effet direct. Pour contourner ces obstacles la Cour affirme que « le principe de non-discrimination en fonction de l'âge doit être considéré comme un principe général du droit communautaire (60). De même, la jurisprudence Strasbourgeoise souligne que seules des « considérations très fortes » permettent d'accepter des différences de traitement exclusivement fondées sur la nationalité (61).

Si l'étranger intégré bénéficie d'une équivalence croissante, à défaut d'une égalité absolue, l'étranger peu ou mal intégré demeure l'objet de traitements différenciés, notamment en matière d'expulsion, qui « reposent sur une justification objective et raisonnable, dès lors que les États membres de l'Union européenne forment un ordre juridique spécifique, ayant instauré de surcroît une citoyenneté propre »(62). Telle motivation ne serait plus adéquate aujourd'hui à l'égard d'un ressortissant d'État tiers résident de longue durée.

En codifiant et en renforçant la liberté de circulation des citoyens et des membres de leur famille, la directive 2004/38 renforce la mobilité intra-communautaire des citoyens sans en exclure les ressortissants d'États tiers résidents de longue durée. Un espace de liberté est ainsi assuré. Si l'étendue des droits sociaux qui y sont reconnus et la place qu'y trouvent les sédentaires demeurent à préciser, c'est probablement aux frontières extérieures de cet espace, entre justice et sécurité, que se poseront les grands défis futurs par la mise en œuvre d'une véritable politique migratoire commune.

(59) *J.O.,* 2000, L 303/16.

(60) C.J.C.E., 22 novembre 2005, aff. C-144/04, *Mangold*, non encore publié au *Recueil*, point 75 et les références *supra*, note 16.

(61) Cour eur. D.H., 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche* et 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c. France*.

(62) Cour eur. D.H., 7 août 1996, *C. c. Belgique*, point 38.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.180.127)
Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regard sur la directive 2004/38
Éditions Larcier - © Larcier - 25/09/2020