



**HAL**  
open science

# **DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA LIBERTE DE CIRCULATION ET DROIT DES MIGRATIONS : OU EST LA FRONTIERE ?**

Ségolène Barbou Des Places

► **To cite this version:**

Ségolène Barbou Des Places. DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA LIBERTE DE CIRCULATION ET DROIT DES MIGRATIONS : OU EST LA FRONTIERE ?. Mélanges en l'hommage de Philippe MANIN, 03, , pp.319 - 334, 2010, 9782233005762. hal-01614093

**HAL Id: hal-01614093**

**<https://hal.science/hal-01614093>**

Submitted on 10 Oct 2017

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Publié in *Mélanges en l'hommage de Philippe MANIN*, Pedone, 2010, pp. 319-334.

**DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA LIBERTE DE CIRCULATION ET  
DROIT DES MIGRATIONS : OU EST LA FRONTIERE ?**

*Sécolène BARBOU des PLACES*  
*Professeur à l'Université de Picardie*

La recherche des limites du droit communautaire est un point de focalisation de la doctrine communautariste<sup>1</sup>. La question de la frontière entre le droit communautaire et le droit national est en effet inséparable de l'étude du droit d'une organisation internationale régie par le principe de spécialité. Les arrêts *Metock*<sup>2</sup> et *Payir*<sup>3</sup>, deux arrêts rendus par la Cour de Justice des Communautés européennes en 2008, sont précisément relatifs à ce que l'on pourrait nommer les confins du droit communautaire de la libre circulation des personnes<sup>4</sup>. Ils mettent

---

<sup>1</sup> Voir pour une réflexion récente sur la limitation du droit de l'Union, C. Barnard et O. Odudu, *The Outer Limits of European Union Law*, Hart Publishing, 2009.

<sup>2</sup> CJCE arrêt de grande chambre, 25 juillet 2008, Blaise Baheten Metock, aff. C- 127/08.

<sup>3</sup> CJCE 24 janvier 2008, The Queen, à la demande de Ezgi Payir, Burhan Akyuz, Birol Ozturk contre *Secretary of State for the Home department*, aff. C- 294/06.

<sup>4</sup> Le droit de la liberté de circulation visé ici est le corps de règles de droit originaire et dérivé, adopté sur le fondement du titre III de la troisième partie du traité instituant la Communauté européenne, qui régit la mobilité des citoyens de l'Union. Nous avons choisi de définir ici le droit de la libre circulation des personnes par son contenu, c'est-à-dire les droits qui en découlent. C'est pourquoi nous classons dans cet article le droit applicable aux

en question la frontière qui sépare ce droit de la libre circulation et le droit de l'immigration, ce dernier étant entendu comme le droit permettant aux Etats de contrôler les déplacements des ressortissants d'Etats tiers vers ou dans l'Union européenne.

Les affaires *Metock* et *Payir* sont toutes deux relatives à des ressortissants d'Etats tiers cherchant à séjourner sur le territoire d'un Etat membre. Dans l'affaire *Metock*, la *High Court* irlandaise interrogeait la Cour sur l'interprétation de la directive 2004/38, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et séjourner librement sur le territoire des Etats membres<sup>5</sup>. Les faits de cet arrêt concernent des ressortissants camerounais et nigériens qui ont déposé des demandes d'asile en Irlande. Ayant entre temps épousé des citoyennes européennes installées en Irlande et obtenu le statut de conjoint de citoyen européen, les requérants ont demandé un titre de séjour. Mais ils se sont heurtés à la condition de l'article 3 du règlement irlandais de 2006, transposant la directive 2004/38, qui imposait aux ressortissants des pays tiers une condition de séjour légal préalable dans un autre Etat membre<sup>6</sup>. Les autorités irlandaises ont donc refusé d'accorder une autorisation de séjour aux requérants. La *High Court* a alors posé deux questions à la CJCE. Par la première, elle demandait si la directive 2004/38/CE s'opposait à la réglementation d'un Etat membre qui exige du ressortissant d'un pays tiers, conjoint d'un citoyen de l'UE séjournant dans cet Etat membre dont il n'a pas la nationalité, d'avoir au préalable séjourné légalement dans un autre Etat membre avant son arrivée dans le pays d'accueil afin de

---

ressortissants Turcs découlant de l'accord d'Ankara, qui relève d'un autre fondement juridique, celui de l'action extérieure européenne. Mais ce droit est interprété par la Cour à la lumière des développements des normes du titre III et d'une façon très extensive. C'est pourquoi, dans les lignes qui suivent, le droit de la libre circulation inclut la décision 1/80 du Conseil d'association, du 19 septembre 1980 relative au développement de l'association entre la Communauté européenne et la Turquie.

<sup>5</sup> JO L 158, p. 77. Voir le commentaire très complet de Jean-Yves Carlier, « Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regard sur la directive 2004/38 », *Cahiers de Droit européen*, 2006, N°1-2, pp.13-34.

<sup>6</sup> L'article 3 de ce règlement ne s'applique en effet à un membre de la famille « que si ce membre de la famille séjourne légalement dans un autre Etat membre et, a) s'il entend entrer dans l'Etat en compagnie d'un citoyen de l'Union dont il est un membre de la famille ou, b) s'il entend rejoindre un citoyen de l'Union dont il est un membre de la famille, qui est légalement présent dans l'Etat ».

bénéficier des droits accordés par cette directive. Par la deuxième question, elle souhaitait savoir si le conjoint d'un citoyen de l'UE qui a exercé son droit de libre circulation en s'établissant dans un État membre dont il n'a pas la nationalité, rejoignant ou accompagnant ce citoyen, peut bénéficier des dispositions de la directive, indépendamment du lieu et de la date du mariage, ainsi que des circonstances dans lesquelles il est entré dans l'État membre d'accueil. Revenant sur sa jurisprudence *Akrich*<sup>7</sup>, la CJCE indique tout d'abord que l'État membre ne saurait exiger d'un ressortissant d'État tiers qu'il séjourne légalement dans un autre État membre préalablement à l'arrivée sur le territoire national de ce qui va devenir l'État d'accueil. La Cour estime ensuite que ce ressortissant d'État tiers relève de la directive de 2004, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon qu'il est entré dans l'État d'accueil avant ou après le citoyen de l'Union dont il est le conjoint, ou avant ou après être devenu membre de la famille.

L'affaire *Payir* se situe dans le cadre particulier du système d'Ankara organisant, depuis 1963, l'association entre la Communauté européenne et la Turquie. Une question préjudicielle a été posée par le juge britannique dans le cadre de deux litiges opposant Mme Payir d'une part, et MM. Akyuz et Ozturk, d'autre part, au *Secretary of State for the Home Department* au sujet du refus de ce dernier de proroger leur autorisation de séjour. Les requérants sont des ressortissants turcs, autorisés à entrer au Royaume Uni en qualité de personne au pair ou d'étudiants, leur autorisation d'entrée ayant été assortie d'une condition. Mme Payir n'était pas autorisée à occuper un emploi autre que celui de personne au pair ; MM. Akyuz et Ozturk n'étaient pas autorisés à travailler plus de 20 heures par semaine en période scolaire. S'étant progressivement intégrés, les requérants ont sollicité une autorisation de séjour plus étendue en se fondant sur l'article 6-1 de la décision 1/80 du Conseil d'association, du 19 septembre 1980<sup>8</sup>, relative au développement de l'association. Au titre de cet article 6-1, un travailleur turc, appartenant au marché régulier de l'emploi d'un État membre, a droit, après un an d'emploi régulier, au renouvellement de son permis de travail auprès du même employeur, s'il dispose d'un emploi.

---

<sup>7</sup> CJCE 23 septembre 2003, *Akrich c. Royaume-Uni*, Aff. C-109/01.

<sup>8</sup> Le conseil a été institué par l'accord d'Ankara du 12 septembre 1963 créant une association entre la Communauté européenne et la Turquie.

Le juge britannique nourrissait des doutes sur la possibilité dont disposent les requérants de se prévaloir de l'article 6-1 de la décision 1/80. Il souhaitait savoir si la circonstance qu'un ressortissant turc a été autorisé à entrer sur le territoire d'un Etat membre en qualité de personne au pair ou d'étudiant le prive de la qualité de « travailleur » et l'empêche d'appartenir au « marché régulier de l'emploi » de cet Etat au sens de l'article 6, de sorte qu'il ne puisse obtenir le renouvellement de son permis de travail et bénéficier du droit de séjour corrélatif à celui-ci. La Cour considère que la circonstance qu'un Turc soit entré sur le territoire d'un Etat en qualité de personne au pair ou d'étudiant ne saurait le priver de la qualité de « travailleur » et l'empêcher d'appartenir au « marché régulier » de l'emploi de l'Etat d'accueil au sens de l'article 6-1 de la décision 1/80. Est donc indifférente la circonstance que cette personne ait indiqué, au moment de l'entrée, qu'elle ne souhaitait pas rester dans l'Etat d'accueil plus de deux ans ou entendait quitter cet Etat à l'issue de ses études, ce qui a conduit l'Etat à accorder un permis de séjour pour une durée limitée.

Analysées au prisme de la jurisprudence sur le droit des membres de la famille d'un citoyen de l'Union et des travailleurs turcs en Europe<sup>9</sup>, les solutions des arrêts *Metock* et *Payir* sont classiques<sup>10</sup>. Ces arrêts retiennent donc surtout l'attention pour ce qu'ils dévoilent : l'anxiété des gouvernements qui, fait suffisamment rare pour qu'on le signale, ont tenté d'obtenir une modification de la directive 2004/38 suite à l'arrêt *Metock*<sup>11</sup>. Le lecteur est en effet frappé par l'étendue du désaccord entre

---

<sup>9</sup> Pour une analyse doctrinale récente, voir Romain Schintgen, « Le statut juridique en matière d'emploi et de séjour des travailleurs turcs ainsi que de leur famille dans les Etats membres de l'Union européenne », in *La France, l'Europe, le monde, Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Pedone, 2008, pp. 467-480 ; E. Scharpston, « Different but (Almost) Equal – The Development of Free Movement Rights under EU Association, Co-Operation and Accession Agreements », in *A True European, Essays for Judge David Edward*, Hart Publishing, 2003, pp. 233-245, T. Theele, « Rights of Turkish Workers on the basis of the EEC/Turkey Association Agreement », in *Migration, integration and citizenship, A Challenge for Europe's future*, Edited by Hildegard Schneider, Forum Maastricht 2005, Vol. II, pp. 139-165.

<sup>10</sup> C'est la position de Jean-Yves Carlier dans sa chronique consacrée à « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne (1<sup>er</sup> janvier-31 décembre 2008) », *JTDE*, 2009, sp. p. 79.

<sup>11</sup> Voir *Migration News Sheet*, septembre 2008, pp. 1-4 et janvier 2009, p. 2.

gouvernements et Cour sur la qualification d'une situation simple : celle d'un ressortissant d'Etats tiers, entré sur le territoire communautaire et demandant un titre de séjour à l'Etat d'accueil. Alors que la Cour se place exclusivement sur le terrain du droit de la libre circulation, les gouvernements utilisent les arguments et la sémantique de la politique migratoire : irrégularité du séjour, ressortissants en provenance de l'extérieur de l'Union, pouvoir discrétionnaire d'imposer une condition de séjour légal, maîtrise de l'immigration.

En outre, alors que la Cour concentre son analyse sur les droits des requérants, les gouvernements intervenant dans les deux affaires raisonnent principalement en termes de compétence migratoire. Ils expriment leur crainte à l'égard des possibles stratégies de migrants tentant d'échapper aux rigueurs du contrôle migratoire et indiquent leur crainte du « contournement » de la loi nationale par le recours au droit communautaire. Une telle position peut être analysée comme un « retour excessif au protectionnisme national »<sup>12</sup>. Les arguments nationaux cherchent, par certains aspects, à maintenir en l'état la possibilité de déroger à la liberté de circulation et il n'est pas indifférent que les litiges soient nés dans deux Etats qui, par leur situation d'*opt-out* aux normes du titre IV, tentent d'échapper aux contraintes des normes communautaires pesant sur leur capacité de régir les migrations. On peut donc se réjouir de la vigilance de la Cour qui tente de verrouiller certaines pratiques restrictives contraires à la directive 2004/38<sup>13</sup>.

Mais il faut convenir que ces deux affaires se situent dans ce que le commissaire Barrot appelle une « zone grise ». La situation est ambiguë car, résume Jean-Yves Carlier, « en ce qu'elle est relative à des ressortissants d'Etats tiers, l'affaire Metock concerne la politique migratoire. En ce que ceux-ci sont membres de la famille d'un citoyen européen séjournant dans un autre Etat membre que celui de sa nationalité, l'affaire concerne

---

<sup>12</sup> Jean-Yves Carlier, « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne (1<sup>er</sup> janvier-31 décembre 2008) », *JTDE*, 2009, p. 79.

<sup>13</sup> La forte réaction politique au Danemark à l'arrêt Metock, exprime bien l'inquiétude d'un Etat qui a instauré en droit national un test de langue ou d'intégration et l'applique aux membres de la famille des citoyens de l'Union, en toute illégalité par rapport au droit de la circulation des membres de la famille des citoyens de l'Union.

le droit communautaire de la libre circulation »<sup>14</sup>. Les affaires *Metock* et *Payir*, relatives à la zone grise, révèlent la difficulté que rencontre celui qui tente de distinguer avec certitude le droit de la liberté de circulation et le droit des migrations. Cet article, en hommage au professeur Manin, cherche une cartographie lisible du droit applicable à la mobilité des personnes sur le territoire communautaire. Parce qu'il tente de trouver une frontière, il s'attelle à une tâche impossible. Nous souhaitons montrer ici que la frontière entre ces deux droits, si elle est nécessaire (I), est pour l'heure introuvable (II).

## I. UNE FRONTIERE NECESSAIRE

Une frontière entre le droit de la libre circulation et le droit des migrations est nécessaire pour au moins deux raisons. L'enjeu est l'identification des contours du droit de la libre circulation (A) et la « protection » du territoire étatique (B).

### **A- Le territoire du droit de la liberté de circulation à identifier**

La question du « territoire » du droit de la libre circulation s'est posée dès son application parce que le droit communautaire de la libre circulation, qui garantit un principe de libre circulation aux travailleurs communautaires, déroge fondamentalement aux droits nationaux des étrangers. Les affaires *Metock* et *Payir* le montrent bien. Mais elles sont plus complexes car, étant relatives à des ressortissants d'Etats tiers, elles visent une situation qui se trouve hors du domaine naturel du droit de la circulation. Surtout, ces arrêts montrent que la question de la frontière entre les régimes juridiques n'est pas uniquement une question de niveau (national ou communautaire) de réglementation de la mobilité des personnes en Europe. Bien plutôt, la frontière s'avère nécessaire parce que les deux droits en présence sont en substance incompatibles. En réalité, il y a une tension due à la différence d'objet et de nature des deux ensembles normatifs.

Si le droit communautaire était à l'origine un droit international de la migration des travailleurs, nul ne songerait

---

<sup>14</sup> Jean-Yves Carlier, « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne (1<sup>er</sup> janvier-31 décembre 2008) », *JTDE*, 2009, p. 80.

plus à le classer aujourd'hui dans le registre des droits de l'immigration. Consacrée « droit fondamental et individuel » et « liberté fondamentale du marché intérieur »<sup>15</sup>, la liberté de circulation s'est émancipée de son caractère économique et est devenue un attribut de la personne, un droit du citoyen et une liberté constitutionnelle. La première conséquence du rattachement d'une situation au droit de la libre circulation est donc l'accès à un statut très privilégié : le droit de la libre circulation garantit en effet un droit à la liberté de circulation sans précédent, qui recouvre le droit à la mobilité physique (droits de sortie, d'entrée et de séjour), le droit à la mobilité professionnelle (droit d'accès à l'emploi salarié et non salarié, égalité dans les conditions d'exercice de ces activités), mais aussi un nombre importants de droits économiques et sociaux.

A l'inverse, le droit de l'immigration, qu'il soit national ou international, n'a jamais consacré un quelconque droit à la libre circulation ou principe de libre mobilité et d'établissement entre populations d'Etats différents. Analysant les normes internationales relatives au droit des étrangers, Monique Chemilier-Gendreau considère même que « la pensée a été déviée de manière à imposer l'idée que le droit pour l'Etat de contrôler les mouvements de personnes à l'entrée de son territoire était la règle » et « l'ouverture à certaines catégories et en certaines circonstances est ramené au statut d'exception »<sup>16</sup>. A l'évidence, le droit positif de l'immigration est le droit du contrôle par l'Etat souverain des déplacements des personnes et de l'accès des étrangers au(x) droit(s)<sup>17</sup>. Le droit des étrangers prend la forme presque exclusive d'une police administrative spéciale qui « ambitionne de sauvegarder l'ordre public par un contrôle de l'accès au territoire et un encadrement du séjour des ressortissants étrangers »<sup>18</sup>. Quoi donc de commun entre le droit de la libre circulation et le droit de l'immigration ? L'on comprend donc sans peine l'enjeu de la qualification juridique d'une mobilité.

---

<sup>15</sup> Par la directive 2004/38 du 29 avril, considérant 1.

<sup>16</sup> Monique Chemilier-Gendreau, « La virtualité de la libre circulation », *Plein droit*, n° 36-37, décembre 1997.

<sup>17</sup> Voir Vincent Chetail, « Migration, droits de l'Homme et souveraineté : le droit international dans tous ses états », in Vincent Chetail (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'Homme : le droit international en question*, Volume II, Collection de l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève, Bruylant, 2007, pp. 14-132.

<sup>18</sup> Vincent Tchen, *Droit des étrangers*, ellipses, 2006, p. 7.

Dans les affaires *Metock* et *Payir*, l'équation était très simple : en cas de rattachement au droit de la libre circulation, les requérants se voyaient garantir un droit au séjour ; en cas de rattachement au droit national des étrangers, ils risquaient l'expulsion.

On objectera que les politiques d'immigration varient fortement dans le temps, et que le droit de l'immigration peut à l'occasion être généreux, s'employant à favoriser l'intégration des étrangers dans l'Etat d'accueil et le regroupement familial, un accès ouvert à l'emploi etc. Dès lors, l'opposition entre droit communautaire de la libre circulation et droit national de l'immigration serait relative, variable, dépendant du caractère généreux ou au contraire restrictif de la politique migratoire à l'instant *t*. Mais il faut convenir que les droits des migrations des Etats membres de l'UE ont pris une tournure clairement restrictive ces dernières décennies. Et surtout, la différence entre le droit de la libre circulation et le droit de l'immigration ne nous semble pas tant être une différence de degré qu'une différence de nature.

Le statut du droit de la libre circulation des personnes est en effet complexe. La liberté de circulation est un droit subjectif<sup>19</sup> et même une liberté fondamentale. De la fundamentalité de la libre circulation, énoncée à de nombreuses reprises par le juge communautaire, il en découle, pour la personne, la capacité d'opposer à l'Etat, avec des garanties importantes, son droit à faire écarter des normes nationales de rang inférieures qui porteraient atteinte à sa liberté de circulation. Le droit à la liberté de circulation est donc un droit de la personne, opposable et fortement garanti. Mais la liberté de circulation est également considérée comme un « principe fondamental ». Cette dernière qualité tient au lien particulièrement étroit qui existe entre la liberté de circulation et l'objectif de réalisation du marché intérieur, au point que l'on conclut au caractère « constitutif »<sup>20</sup> de la liberté de circulation.

---

<sup>19</sup> La Cour admet même, dans deux affaires abondamment commentées par la doctrine, que ce droit est invocable dans les rapports entre particuliers : affaires *Viking* (CJCE 11 décembre 2007, aff. C-438/05) et *Laval* (CJCE 18 décembre 2007, C-341/05).

<sup>20</sup> Jean-Sylvestre Bergé et Sophie Robin-Olivier, *Introduction au droit européen*, Themis droit, PUF, 2008, p. 102. En effet, le marché intérieur n'est pas un état des choses naturel, mais une construction soutenue par le droit. Il

Ce statut de principe emporte des conséquences importantes : il va justifier et fonder une mise en œuvre et une interprétation très spécifiques du droit de la libre circulation. On observe en effet que le juge privilégie toujours une application effective du droit de la liberté de circulation des personnes, finalisée (au service de la réalisation du marché intérieur), objective (car ne se résumant pas à la question du statut de la personne) et impérative car sa réalisation sert la réalisation des objectifs communautaires. Le caractère « fondamental » de ce principe-liberté conduit donc à faire systématiquement primer la norme garantissant la circulation sur toute autre norme.

Les arrêts *Metock* et *Payir* illustrent bien le mode d'interprétation extensif du droit de la libre circulation. La Cour, qui applique le principe de liberté de circulation, suit un raisonnement mécanique. Dès lors que les requérants sont des ressortissants d'Etats tiers qui remplissent les conditions de rattachement à la norme sur la libre circulation (membres de la famille ou travailleur), aucune autre exigence ne saurait être admise. Cela suffit à exclure la prise en compte d'éléments intentionnels, subjectifs (l'intention de ne pas travailler dans l'arrêt *Payir*), le contexte (les éventuelles stratégies des personnes pour contourner les normes sur l'immigration). La Cour privilégie une approche syllogistique : les normes sur la libre circulation garantissent à une personne ayant la qualité X le droit de liberté de circulation ; M.Z a cette qualité ; donc M. Z a droit à la liberté de circulation.

On ajoutera que la nature particulière du droit de la liberté de circulation va induire (ou justifier) son expansion. L'on sait que depuis 1957, le champ d'application de ce droit est en constant développement: extension à de nouveaux bénéficiaires (étudiants, demandeurs d'emplois, citoyens, salariés, membres de la famille, etc) et à de nouveaux droits, limitation des exceptions au principe de liberté. Ce phénomène d'expansion tient à deux éléments. Tout d'abord, parce qu'elle est conçue comme un principe, la liberté de circulation peut difficilement être limitée à certaines catégories de personnes. D'où la généralisation d'un droit conçu en 1957 pour les seuls travailleurs. La logique parcellaire et

---

repose sur des instruments juridiques qui permettent son existence et son développement.

catégorielle d'origine a été abandonnée, notamment par le rattachement de la liberté de circulation à la citoyenneté de l'Union. Ensuite, sous l'effet combiné du droit dérivé écrit et de la jurisprudence, la liberté de circulation a été, non seulement garantie, mais surtout renforcée et promue, l'objectif étant de favoriser la mobilité intra-européenne. La Cour ne signale-t-elle pas que la directive 2004/38 a pour objet de « renforcer » la liberté de circulation ?<sup>21</sup>

Quoi de commun, dès lors, avec un droit des migrations qui veut contrôler ou cantonner, voire empêcher la mobilité des personnes ? Quoi de commun avec un droit qui découle d'une « prérogative régaliennne historique »<sup>22</sup> ? A ce stade apparaît la difficulté principale : dès lors que la réalisation d'un principe de liberté est si essentielle à l'intégration communautaire, il n'est pas interdit de penser que l'expansion de la liberté de circulation (et du champ d'application du droit qui la garantit) est potentiellement illimitée. Par conséquent, la liberté de circulation, en Europe, apparaît moins comme un droit de la personne, que comme un ordre public. Et si le droit de la libre circulation est un droit expansif par nature, on mesure combien une frontière claire devient nécessaire à la préservation de la compétence migratoire.

## **B- Un territoire national à protéger**

En dépit de leur diversité, les politiques migratoires des Etats reposent sur un ensemble de moyens, de règles, de catégories juridiques et notions qui permettent aux Etats de contrôler les mouvements des étrangers sur leur territoire. Or, les solutions de la Cour, qui privilégient l'effectivité du droit communautaire de la liberté de circulation, remettent en cause certains de ces moyens d'action. Nous avons choisi les arrêts *Metock* et *Payir* parce qu'ils entraînent des conséquences directes sur les politiques migratoires des États européens et illustrent bien le dessaisissement possible des Etats.

L'arrêt *Payir* conduit la Cour à ignorer un point nodal du droit des étrangers: le contrôle des motifs de la migration. Le plus souvent, les Etats accordent le droit d'entrée ou de séjour sur la

---

<sup>21</sup> Point 59 de l'arrêt *Metock*.

<sup>22</sup> Vincent Tchen, *Droit des étrangers*, ellipses, 2006, p. 7.

base d'une intention ou objectif personnel annoncé : l'étranger souhaite entrer pour étudier, travailler, rejoindre sa famille, etc. C'est aussi en fonction du type de perspective professionnelle visé que les Etats octroient ou non le droit de travailler. Dans l'affaire Payir, le Royaume Uni a autorisé les trois requérants à séjourner sur le territoire national en raison de leur intention de ne pas travailler : le motif du séjour était donc non économique et c'est bien pourquoi le Royaume Uni a accordé le droit d'entrée et la première autorisation de séjour. D'où l'impact considérable de la solution de la Cour sur la politique migratoire britannique. C'est ce que précisent les gouvernements quand ils énoncent que le fait de considérer que les requérants puissent se prévaloir des dispositions de l'article 6-1 de la décision 1/80 entraînerait « de graves conséquences »<sup>23</sup>. Il en résulterait tout d'abord que les Etats membres « ne seraient pas libres de déterminer les conditions régissant l'entrée de ressortissants turcs sur leur territoire. Ensuite, le contournement des législations nationales serait encouragé, les personnes concernées ayant intérêt à se présenter comme étudiants ou personnes au pair afin d'intégrer le marché de l'emploi de l'Etat membre sur le territoire duquel elles sont entrées »<sup>24</sup>. Ces arguments sont sérieux, si on les considère du point de vue du contrôle migratoire. Ils expriment la crainte des Etats face à une solution qui les prive d'une des traditionnelles voies de contrôle et d'organisation des migrations sur leur territoire.

Un deuxième élément clé de la politique migratoire nationale est affecté par l'arrêt Payir : la maîtrise par l'Etat des catégories d'étrangers. Tout droit des étrangers repose en effet sur une logique de catégorisation des personnes, les étrangers étant répartis en catégories distinctes de personnes qui se voient attribuer un régime spécifique<sup>25</sup>. La politique migratoire se dessine en décidant, pour chaque groupe d'étrangers, quels droits seront accordés. C'est ainsi que les travailleurs ne sont pas traités comme les étudiants qui n'ont pas le même statut que les demandeurs d'asile et ainsi de suite. Seul l'Etat décide des conditions d'accès à l'une ou l'autre des catégories, car il décide

---

<sup>23</sup> Point 25 de l'arrêt.

<sup>24</sup> *Idem.*

<sup>25</sup> Voir Ségolène Barbou des Places, « Les étrangers « saisis » par le droit, Enjeux de l'édification des catégories juridiques de migrants », Migrations Société, à paraître, mars-avril 2010.

discrétionnairement des conditions requises pour relever de ces catégories (il définit qui sont les membres de la famille, ce qu'est un étudiant, un travailleur, etc). De même, le passage d'une catégorie à l'autre est toujours une opération complexe, sous contrôle de l'Etat. On sait combien il sera délicat pour un étudiant d'accéder à un statut de travailleur ou pour un demandeur d'asile de devenir réfugié. Or dans l'arrêt Payir, la Cour ignore l'importance du contrôle du passage d'une catégorie à l'autre car elle rend automatique le passage de la catégorie d'étudiant à la catégorie de « travailleur » au sens de la décision 1/80. Elle admet en effet le rattachement des requérants au champ d'application de la décision 1/80 sans considération pour le contrôle préalable des motifs de l'accès au territoire national. Il suffit donc aux étudiants turcs d'affirmer ne pas vouloir être travailleur pour accéder à un statut conduisant ensuite mécaniquement au droit de travailler. Ce faisant, le juge communautaire remet en cause une des modalités principales du contrôle étatique sur les étrangers : la maîtrise des catégories juridiques. La Commission avait entendu l'argument des Etats et répondu à l'audience à la question des conséquences résultant de l'effet combiné de la décision n° 1/80 et de la directive 2004/114. Elle avait ainsi fait valoir à titre de solution, qu'il faudrait refuser la qualité de travailleur en présence d'une activité de 10 heures par semaine. Mais la Cour, comme son avocat général, estimeront qu'il n'y a pas lieu de retenir cette argumentation. Selon la jurisprudence constante, une activité de 10 heures par semaine suffit à caractériser une activité comme « réelle et effective ». Elle entraîne donc la qualification des étudiants comme « travailleurs » au sens du droit communautaire.

L'arrêt Metock remet en question un troisième aspect du contrôle des migrations par l'Etat : le traitement -et la sanction- de l'irrégularité de la présence sur le territoire national. Dans de nombreux Etats, la régularité fonde une ligne de partage en droit des étrangers. C'est la situation régulière de l'étranger qui lui ouvre accès à un nombre importants de droits alors que la situation irrégulière justifie l'exclusion d'un nombre important de droits (notamment des droits sociaux en France), et peut fonder la décision d'éloignement du territoire.

On comprend donc aisément que l'arrêt Metock, qui interdit à l'Etat de poser une condition de séjour légal préalable dans un autre Etat membre, ait entraîné la réaction des gouvernements.

D'autant que l'intention du juge n'est pas limpide. En imposant un séjour légal préalable comme condition d'accès au droit de séjour pour les membres de la famille, l'Irlande posait une double condition : celle d'un séjour *préalable* dans un autre Etat membre, et celle d'un séjour *légal*. Cette condition du séjour légal ne surprend pas car elle a été validée par la Cour dans l'arrêt Akrich. Mais il est permis de penser que, dans l'arrêt Akrich, c'est la question de la régularité du séjour qui importait à la Cour, afin d'empêcher M. Akrich de se soustraire abusivement au droit britannique de l'immigration. Il nous semble que dans l'arrêt Metock, la Cour se focalise plutôt sur le deuxième aspect de la condition de séjour légal : celui d'un séjour *préalable*. Elle répond en cela aux Etats qui invoquaient une répartition de la compétence entre les Etats, compétents pour régir la circulation externe des ressortissants d'Etats tiers, et la circulation interne qui relève du droit communautaire de la liberté de circulation. Les Etats considéraient qu'une interprétation de la directive, interdisant à un Etat d'exiger un séjour légal préalable dans un autre Etat membre, « saperait le pouvoir des Etats membres de maîtriser l'immigration à leurs frontières externes »<sup>26</sup>. Une telle interprétation risquerait, selon eux, d'avoir de graves conséquences pour les Etats, en entraînant une énorme augmentation du nombre de personnes pouvant bénéficier d'un droit de séjour dans la Communauté. Mais la Cour ne souhaite pas qu'une hypothèse de circulation externe échappe par principe au champ d'application du droit de la libre circulation des personnes. C'est pourquoi elle pose que la condition nationale de « séjour légal » est contraire au droit communautaire, le séjour légal devant ici être entendu comme séjour préalable. Mais en énonçant cette solution, la Cour favorise la circulation des ressortissants d'Etats tiers, y compris ceux qui sont en situation irrégulière. Elle soustrait donc un certain nombre de ressortissants d'Etats tiers à la compétence des Etats de refuser le séjour au motif de l'irrégularité.

La seconde partie de l'arrêt Metock aborde la question de la « régularisation », qui est un aspect très sensible de la politique migratoire. En admettant que le conjoint d'un citoyen de l'Union qui accompagne ou rejoint de citoyen relève de la directive 2004/38 « quels que soient le lieu et la date de leur mariage ainsi que la manière dont ce ressortissant d'un pays tiers est entré dans

---

<sup>26</sup> Point 71 de l'arrêt.

l'Etat d'accueil », la Cour permet la régularisation de sa situation par le biais du mariage. Elle prolonge la position amorcée avec l'arrêt MRAX<sup>27</sup> selon laquelle le mariage avec un citoyen de l'Union permet, malgré l'irrégularité de la présence sur le territoire national, de protéger le séjour. Une telle solution remet donc en cause le pouvoir discrétionnaire des Etats qui, d'ordinaire, contrôlent le passage de l'irrégularité à la régularité, notamment par la régularisation (individuelle ou collective).

La Cour n'ignore pas que le contrôle de l'entrée et du séjour irréguliers, ainsi que la possibilité de tirer des conséquences de l'irrégularité du séjour, sont des points cardinaux des politiques migratoires européennes. C'est pourquoi elle mentionne trois voies de contrôle de la régularité compatibles avec les exigences du droit de la libre circulation. La première est la voie du contrôle de l'ordre public qui permet de restreindre la liberté de circulation et le séjour pour des raisons d'ordre public, selon des conditions strictes énoncées aux articles 27 et suivants de la directive 2004/38. Cela revient à interdire aux Etats de fonder une expulsion ou un refus de séjour sur le seul fondement de l'irrégularité. La deuxième voie est la possibilité de prendre à l'encontre de l'étranger en situation irrégulière « d'autres sanctions, non attentatoires à la liberté de circulation et de séjour, telles une amende, à condition qu'elle soit proportionnée »<sup>28</sup>. Enfin, la Cour indique que les Etats, au titre de l'article 35 de la directive, peuvent retirer le bénéfice des droits garantis en cas d'abus de droit ou de fraude, tels que les mariages de complaisance.

En somme, la lutte contre l'irrégularité, qui est au cœur de la politique migratoire nationale et communautaire<sup>29</sup> est strictement

---

<sup>27</sup> CJCE 25 juillet 2002, Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) contre Belgique, aff. C-459/99. La Cour considère dans cet arrêt que « les articles 4 de la directive 68/360 et 6 de la directive 73/148 doivent être interprétés en ce sens qu'ils n'autorisent pas un État membre à refuser de délivrer un titre de séjour et à prendre une mesure d'éloignement à l'encontre du ressortissant d'un pays tiers, qui est en mesure de rapporter la preuve de son identité et de son mariage avec un ressortissant d'un État membre, au seul motif qu'il est entré irrégulièrement sur le territoire de l'État membre concerné ».

<sup>28</sup> Point 97 de l'arrêt.

<sup>29</sup> Comme en témoigne le « Pacte européen pour l'immigration et l'asile » adopté par le Conseil européen du 16 octobre 2008

encadrée et limitée à des modes d'action déterminés, dès lors que les ressortissants concernés sont susceptibles de relever du champ d'application du droit communautaire. Dès que la Cour déplace le curseur du champ d'application du droit de la libre circulation des personnes, elle limite donc le pouvoir des Etats de contrôler les flux migratoires. La Cour n'ignore pas ce fait, lorsqu'elle répond à l'Irlande, peut être pour minimiser les effets de sa jurisprudence, que son interprétation concerne « uniquement ceux qui sont membres de la famille »<sup>30</sup>, comme si cet argument quantitatif pouvait être significatif.

Toute expansion du domaine du droit de la libre circulation a un impact direct sur la capacité des Etats de contrôler l'entrée et le séjour sur leur territoire national. Elle les dessaisit d'éléments clés du contrôle migratoire : contrôle des motifs du déplacement des étrangers, maîtrise des catégories d'étrangers, sanction de l'irrégularité du séjour. L'on comprend donc la résistance des Etats qui tentent de protéger les frontières de leur droit de l'immigration. Mais il faut maintenant convenir que cette frontière est introuvable.

## **II. L' INTROUVABLE FRONTIERE**

La préservation de leur capacité migratoire est un tel enjeu que les Etats sont très attentifs au respect des limites du droit de la libre circulation. Mais une frontière, pour être respectée, doit au préalable être définie. Or en l'absence de marqueurs stables, cette frontière est mobile et largement indéterminée (A). Toutefois, le besoin de frontière étant impératif pour les Etats, ceux-ci s'efforcent de recomposer des points de contrôle (B).

### **A- Un frontière mobile et incertaine**

C'est surtout l'absence de marqueurs précis et stables qui rend l'opération de délimitation de la frontière délicate. Les marqueurs que l'on cherche sont les critères qui permettraient de délimiter, a priori, le champ d'application des deux droits de la

---

<http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/08/st13/st13440-co04.fr08.pdf> adopté sous présidence française. Le Conseil européen prend cinq engagements fondamentaux. Le deuxième consiste à lutter contre l'immigration irrégulière, le troisième à renforcer l'efficacité des contrôles aux frontières.

<sup>30</sup> Point 73 de l'arrêt.

libre circulation et des migrations. Un tel marqueur existait en 1957, le critère de nationalité servant à désigner avec précision les bénéficiaires du droit de liberté de circulation. Mais l'on sait qu'au fur et à mesure de l'expansion du droit de la libre circulation, la condition de nationalité a été écartée. Jean-Yves Carlier<sup>31</sup> classe les exceptions au critère de nationalité en plusieurs catégories : les exceptions de temps, de personnes et les exceptions dans l'espace. L'exception de temps concerne les étrangers qui sont exclus de la libre circulation au sens classique du séjour de longue durée, mais disposent du droit de se déplacer dans l'Union pour un court séjour, qualifié de touristique. L'exception de personnes est certainement la plus importante quantitativement : elle désigne les ressortissants d'Etats tiers qui, sur le fondement des normes de droit dérivé, bénéficient de la libre circulation (membres de la famille du citoyen de l'Union par exemple<sup>32</sup>). Jean-Yves Carlier ajoute une exception de personnes limitée dans le temps : il s'agit des travailleurs étrangers d'une entreprise européenne qui prestent des services dans un autre Etat et pourront bénéficier d'un droit de séjour pour la durée de ces prestations<sup>33</sup>. Quant à l'exception de personnes limitée dans l'espace, elle vise ceux qui, en vertu de certains accords d'association, bénéficient du droit d'accès au marché de l'emploi

---

<sup>31</sup> Jean-Yves Carlier, « La circulation des personnes dans l'Union européenne. Libre circulation des travailleurs, citoyenneté et circulation libre des personnes », in O. de Schutter et Paul Nihoul (dir.), *Une Constitution pour l'Europe, Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Chapitre 1, Larcier, 2004, pp. 164 et 165.

<sup>32</sup> Voir, parmi une très riche bibliographie, Cédric Chenevière, « Régime juridique des ressortissants d'Etats tiers membres de la famille d'un citoyen de l'Union », in D. Hanh et R. Munoz, *La libre circulation des personnes, Etats des lieux et perspectives*, Cahiers du Collège d'Europe, PIE P. Lang, 2007, pp. 125-142 ; E. Guild, « Family Migration in EU Law », Chapitre 6 de l'ouvrage *The legal elements of European Identity, EU Citizenship and Migration Law*, Kluwer Law International, 2004, pp. 95-124 ; Gavin Barrett, « Family matters : European Community law and third-country family members », *Common Market Law Review*, 2003, 40, pp. 369-421 ; N. Reich, « Citizenship and Family on Trial : a fairly Optimistic Overview of Recent Court Practice with regard to Free Movement of Persons », *Common Market Law Review*, 2003, 40, pp. 615-638.

<sup>33</sup> On pense bien sur ici aux affaires *Rush Portuguesa* (CJCE du 27 mars 1990, *Rush Portuguesa contre Office national d'immigration*, Aff. C-113/89), *Vander Elst*, (CJCE 9 août 1994, *Vander Elst*, aff. C-43/93).

et bénéficient du droit de séjour (les ressortissants turcs ou suisses par exemple)<sup>34</sup>.

Cette liste d'exceptions nous semble constituer plus que des « petits pas vers l'inclusion des étrangers ressortissants d'Etats tiers dans le champ de la libre circulation des personnes »<sup>35</sup>. Nous y voyons une évolution beaucoup plus substantielle, le critère de nationalité n'étant plus à même de fonder une ligne de partage claire entre les bénéficiaires du droit de la libre circulation et les individus relevant du droit de l'immigration. L'application limitée du droit de la liberté de circulation aux nationaux des Etats ayant rejoint l'Union européenne en 2004 et 2007<sup>36</sup> confirme cette position, parce que les dérogations adoptées permettent aux Etats membres de régir la situation de citoyens de l'Union par le biais de leurs règles migratoires. Certes il ne s'agit que de dérogations temporaires, mais nous y voyons un exemple supplémentaire de la relativisation du critère de nationalité comme marqueur opérationnel de la séparation entre droit de la libre circulation et droit des migrations.

A défaut du critère de nationalité, le critère territorial peut-il alors fonder la distinction entre droit communautaire de la libre circulation et droits des migrations ? Peut-on, comme le suggérait l'Irlande dans l'affaire Metock, rattacher la circulation « interne » à la compétence communautaire et la circulation « externe »<sup>37</sup> à la compétence migratoire nationale?<sup>38</sup> La première

---

<sup>34</sup> Elspeth Guild, "EU Identity ? The Third Country Agreements", chapitre 8 de l'ouvrage *The legal elements of European Identity, EU Citizenship and Migration Law*, Kluwer Law International, 2004, pp. 148-164.

<sup>35</sup> Jean-Sylvestre Bergé et Sophie Robin-Olivier, *Introduction au droit européen*, Themis droit, PUF, 2008, 157.

<sup>36</sup> Voir Adelina Adinolfi, "Free Movement and Access to Work of Citizens of the New Member States: The Transitional Measures," *Common Market Law Review*, 2005, 42, pp. 469-498 ; Kirstyn Inglis, « Treading the Tightrope between Flexibility and legal certainty. The Temporary derogations from the Acquis on the Freedom of Movement of Workers and safeguard Measures under the Accession Treaty », in D. Hanh et R. Munoz, *La libre circulation des personnes, Etats des lieux et perspectives*, Cahiers du Collège d'Europe, PIE P. Lang, 2007, pp. 99-122.

<sup>37</sup> Nous empruntons ici la dichotomie très explicite de Jean-Yves Carlier dans sa chronique consacrée à la libre circulation des personnes au *Journal de Droit européen*, développée dans son ouvrage *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Larcier, 2007.

désigne le déplacement interne à l'Europe communautaire, la seconde le franchissement d'une frontière extérieure, c'est-à-dire l'accès à l'Europe. Si elle a le mérite de la clarté, cette distinction n'a jamais été entérinée en droit écrit, et l'arrêt Metock en conteste la validité. La Cour refuse en effet la répartition de compétence proposée par l'Irlande, considérant que le conjoint d'un citoyen de l'Union arrivant de l'extérieur de l'Union et n'ayant jamais séjourné dans un autre Etat membre relève de la directive 2004/38. Pourtant, la proposition irlandaise présentait une certaine cohérence et offrait un critère clair de séparation des deux droits de la mobilité. En outre, une partie du désaccord dans l'arrêt Metock semble provenir de la conviction des Etats qu'une telle séparation est implicite et aurait été présente lors de la rédaction de la directive 2004/38. Mais l'on admettra, en appui de la solution retenue par la Cour, qu'un tel découpage se heurte à la garantie de l'effectivité du droit à la libre circulation du citoyen. Quid de la perspective de circulation interne du citoyen de l'Union, s'il ne peut avoir la garantie que son conjoint, résidant hors de l'Union, pourra le rejoindre dans un Etat membre ? Il n'en faut pas plus à la Cour pour décider que le droit communautaire de la libre circulation est applicable à l'espèce.

On ajoutera que la solution est cohérente avec l'article 63§4 du titre IV TCE qui donne compétence au Conseil pour arrêter des mesures définissant les « droits des ressortissants d'Etats tiers en situation régulière de séjour dans un Etat membre de séjourner dans les autres Etats membres et les conditions dans lesquelles ils peuvent le faire ». Cette disposition, qui relève du champ du droit de l'immigration, vise explicitement à régir l'hypothèse d'une circulation « interne » des ressortissants d'Etats tiers. Sur son fondement, plusieurs normes, adoptées depuis 2003, garantissent aux ressortissants d'Etats tiers un droit à la circulation interne<sup>39</sup>. C'est même l'une des évolutions les

---

<sup>38</sup> Au point 44 de l'arrêt, l'on apprend que, pour l'Irlande, « il existerait un partage de compétences entre les Etats et la Communauté, en vertu duquel les Etats membres sont compétents en matière d'admission dans un Etat membre des ressortissants d'Etats tiers en provenance de l'extérieur du territoire communautaire, tandis que la Communauté est compétente pour régir la circulation des citoyens de l'Union et des membres de leur famille à l'intérieur de l'Union ».

<sup>39</sup> Directive 2003/109 du conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée. La directive est fondée

plus surprenantes du droit communautaire de l'immigration qui ne se limite plus à régir la migration d'un ressortissant d'Etat tiers dans un seul Etat membre, mais envisage désormais la mobilité, la circulation des ressortissants d'Etats tiers d'un Etat à un autre. Il ressort de cette évolution que l'hypothèse selon laquelle le franchissement de la frontière externe de l'UE serait le marqueur de la séparation entre une circulation interne, appartenant au droit de la liberté de circulation, et une circulation externe, relevant exclusivement du droit des migrations, est inopérante.

Faut-il donc renoncer à identifier un marqueur de la frontière ? La réponse est difficile. A l'évidence, plusieurs critères de distinction coexistent. Outre que le critère de nationalité permet toujours de distinguer entre citoyens de l'Union et non citoyens, ce qui constitue la *summa divisio*, on observe que la frontière n'est pas rectiligne. Elle passe par des

---

sur l'idée que « l'intégration des ressortissants de pays tiers qui sont installés durablement dans les Etats membres est un élément clé pour promouvoir la cohésion économique et sociale, objectif fondamental de la Communauté, énoncé dans le traité » (point 4 du préambule). De même, le préambule précise que (point 18), « l'établissement des conditions auxquelles est soumis le droit de séjour dans un autre Etat membre des ressortissants de pays tiers qui sont résidents de longue durée devrait contribuer à la réalisation effective du marché intérieur en tant qu'espace où la libre circulation de toutes les personnes est assurée. Il pourrait aussi constituer un facteur de mobilité important, notamment sur le marché du travail de l'Union ». L'apport principal de la directive, selon nous, est donc dans son chapitre III qui garantit le séjour dans les autres Etats membres que l'Etat d'accueil. L'article 14 dispose ainsi que « un résident de longue durée acquiert le droit de séjourner sur le territoire d'Etats membres autres que celui qui lui a accordé son statut de résident de longue durée, pour une période dépassant trois mois. » On voit ici l'objectif : organiser la circulation interne de ces ressortissants d'Etats tiers intégrés dans un Etat membre. Le même objectif est poursuivi par la proposition de Directive du Conseil établissant les conditions les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, COM(2007)637 final, dont le but est la mise en place de la carte bleue. La proposition de directive lie expressément l'absence d'attractivité de l'Union au fait que les immigrants hautement qualifiés « sont confrontés à 27 systèmes d'admission différents et il ne leur est pas possible de se déplacer facilement d'un pays à l'autre pour travailler » (point 120 de l'exposé des motifs). Aussi, la Commission propose, pour faciliter la mobilité au sein de l'Union européenne, de garantir au travailleur (et à sa famille), après deux ans de séjour légal dans un premier Etat membre en tant que titulaire d'une carte bleue européenne, le droit de se rendre dans un autre Etat membre, et, sous certaines conditions, d'y séjourner et travailler. Il s'agit bien, là encore, d'organiser une mobilité européenne.

points variés, qui sont autant de « qualités » posées en droit écrit ou jurisprudentiel pour relever du champ d'application du droit communautaire. Il faut donc être « travailleur » turc, « membre de la famille », « salarié d'un travailleur communautaire », pour accéder au droit de la liberté de circulation. L'ensemble ressemble moins à un partage linéaire qu'à une zone frontalière. Le droit de la libre circulation des personnes est un patchwork de régimes juridiques différents, accordant à des groupes spécifiques tout ou partie des droits constituant le droit à la liberté de circulation en Europe.

De plus, la frontière entre les deux régimes juridiques est mobile. Non seulement le nombre de bénéficiaires du droit de la libre circulation augmente avec les élargissements de l'Union, ou au fur et à mesure de l'activité conventionnelle de l'Union, quand celle-ci passe des accords favorisant la mobilité des personnes. Mais la jurisprudence donne aussi à voir un juge communautaire qui, soucieux de l'effectivité du droit de la liberté de circulation ou du droit au regroupement familial, rattache au droit de la libre circulation un nombre croissant de personnes : les membres de la famille n'ayant pas résidé préalablement en Europe<sup>40</sup>, les Turcs étudiants ou au pair<sup>41</sup>, les membres de la famille sans ressources personnelles suffisantes<sup>42</sup>, etc. Depuis 1957, la jurisprudence participe constamment au déplacement de la frontière, qui s'ajoute et répond aux évolutions écrites du champ d'application au droit de la libre circulation des personnes.

Quoi qu'il en soit, le lent mais constant déplacement de la ligne de démarcation entre les deux régimes juridiques doit être considéré avec sérieux. Certes, on peut se réjouir d'une extension du droit qui favorise la mobilité des personnes en général, et favorise celle des Européens en particulier. Mais on regrettera l'absence de clarté qui nuit à la sécurité juridique. Pour le ressortissant d'Etat tiers qui demande le bénéfice du droit de séjour et risque l'éloignement, il importe de connaître avec une certaine prévisibilité où se trouve la ligne de séparation entre le

---

<sup>40</sup> CJCE arrêt de grande chambre, 25 juillet 2008, Blaise Baheten Metock, affaire C- 127/08.

<sup>41</sup> CJCE 24 janvier 2008, The Queen, à la demande de Ezgi Payir, Burhan Akyuz, Birol Ozturk contre Secretary of State for the Home department, affaire C- 294/06.

<sup>42</sup> CJCE 9 janvier 2007, Jia, aff. C-1/05.

principe de liberté de circulation et le droit qui soumet son mouvement à une appréciation discrétionnaire. Cette remarque est renforcée par la constatation que, en réponse au déplacement de la zone frontalière par la Cour, les Etats reconstituent des points de contrôle des migrations ; ils recomposent une frontière.

## **B- Une frontière recomposée**

La présence de plusieurs gouvernements intervenant à l'affaire, dans les arrêts *Metock* et *Payir*, montre l'enjeu de la fixation des limites de leur compétence migratoire. Certains arguments traduisent surtout la volonté étatique de conserver la capacité de contrôler ces ressortissants d'Etats tiers que la Cour place dans le giron du droit de la libre circulation. Les Etats réagissent au déplacement de la frontière en décalant le lieu ou le moment de leur contrôle.

Plusieurs voies s'offrent à eux, certaines étant explicitement énoncées. La première est le déplacement du moment du contrôle et son intensification. Répondant à la Cour qui lui impose de considérer comme un bénéficiaire de l'article 6-1 de la décision 1/80, l'étudiant turc qui a travaillé, le gouvernement britannique annonce que les Etats seront « conduits à restreindre leur politique d'accueil des étudiants et des personnes au pair de nationalité turque, au détriment de ces deux groupes intéressés »<sup>43</sup>. Il fait donc valoir que, en matière de politique de l'emploi, le seul moyen normatif qui reste à sa disposition vis-à-vis des étudiants turcs et de leur éventuelle entrée sur le marché du travail serait de contrôler plus rigoureusement, et le cas échéant de réduire dès l'origine, le nombre de ressortissants turcs autorisés à venir étudier. Cette annonce n'est pas une formule rhétorique. Au contraire, elle témoigne de la capacité des Etats à reconstituer des points de contrôle des populations étrangères. L'argument est d'autant plus fort que cela conduit au résultat exactement opposé à celui que poursuivait la Cour.

Les Etats peuvent également être tentés de recouvrer une capacité de contrôle en maîtrisant l'accès aux « qualités » essentielles qui ouvrent l'accès au droit de la libre circulation des

---

<sup>43</sup> Point 25 de l'arrêt.

personnes. C'est ainsi qu'ils peuvent être tentés de poser des conditions strictes à l'accès à la qualité d'étudiant, jouant des marges que leur donne la directive étudiant<sup>44</sup>. Ils peuvent aussi tenter de maîtriser l'accès à la qualité de « membre de la famille ». Certes, les Etats sont tenus par la définition des membres de la famille que pose la directive 2004/38. Mais la directive les autorise à lutter contre les mariages non authentiques. A défaut d'harmonisation communautaire des droits nationaux applicables au mariage des étrangers, les Etats peuvent être conduits à resserrer les conditions de validité du mariage d'un(e) citoyen(e) de l'Union avec un(e) ressortissant d'Etat tiers. Comme le souligne très justement Alice Jaume, « inévitablement, le rôle de l'Etat s'en trouve déplacé vers un contrôle de la réalité du mariage et peut faire craindre une plus grande immixtion dans la vie familiale »<sup>45</sup>.

Il n'est pas non plus exclu que les Etats décalent leur contrôle migratoire dans le temps, privilégiant une approche a posteriori, qui prend la voie de la sanction, *ex post*, de toute forme d'irrégularité. Plutôt que d'empêcher les comportements irréguliers, les Etats peuvent favoriser la pénalisation de la fraude et de l'irrégularité, envoyant un signal fort aux étrangers tentés par l'entrée et le séjour irréguliers. La directive 2004/38 prévoit la possibilité de refuser, annuler ou retirer des droits de circulation et de séjour en cas d'abus de droit, tels que les mariages de complaisance. Mais dans l'arrêt *Metock*, la Cour va plus loin, indiquant que l'Etat reste en droit de prendre, à l'encontre de l'étranger en situation irrégulière, « d'autres sanctions non attentatoires à la liberté de circulation, telle une

---

<sup>44</sup> Directive 2004/114 du Conseil du 13 décembre 2004 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, JO L 375/12. Cette directive, dont le but est de favoriser la mobilité des ressortissants de pays tiers étudiants vers l'Europe, harmonise les conditions d'admission de ces ressortissants d'Etats tiers sur le territoire des Etats membres. Mais elle laisse aux Etats le soin de définir les conditions d'accès à un établissement d'enseignement supérieur. Ainsi un ressortissant d'Etat tiers demandant à être admis dans un Etat aux fins d'études doit selon l'article 7 a), avoir été admis dans un établissement d'enseignement supérieur pour y suivre un cycle d'études ». On voit bien la discrétion dont dispose l'Etat d'accueil pour contrôler l'accès à la qualité « d'étudiant » telle que définie par la directive.

<sup>45</sup> Alice Jaume, « Arrêt *Metock* : le séjour des ressortissants de pays tiers entrés sur le territoire communautaire avant de devenir conjoints d'un citoyen de l'Union », *JTDE*, 2008, p. 272.

amende<sup>46</sup>. Pour Alice Jaume<sup>47</sup>, la consécration de l'idée d'une amende pour séjour irrégulier est novatrice, les sanctions pécuniaires à l'égard des individus n'étant pas pratique courante en matière d'immigration. Elle estime que le paiement d'une amende au moment d'une régularisation n'est pas dénuée d'intérêt dès lors qu'il apparaît comme une mesure davantage pragmatique qu'exiger un retour au pays. Il reste que cela permet d'observer un déplacement du « point de contrôle » des migrations en réponse à la jurisprudence et dans le cadre qu'elle a fixé. Il faudra également observer quel usage sera fait du pouvoir de prendre des amendes.

Enfin, la restauration des points de contrôle peut prendre un tour plus inattendu et se manifester dans le développement des normes communautaires sur l'immigration et l'asile. Contrairement aux apparences, la mise en place d'une politique communautaire d'immigration, sur la base du titre IV, participe de la volonté de recouvrer des capacités de contrôles émoussées par la logique circulatoire impulsée dans le cadre

---

<sup>46</sup> La question des amendes avait évoquée dans l'arrêt MRAX. Le MRAX faisait en effet valoir que, si la Cour ne s'est jamais prononcée sur la sanction devant être appliquée à un ressortissant d'un pays tiers entré irrégulièrement sur le territoire d'un État membre, elle a toutefois jugé qu'un ressortissant d'un État membre qui n'est pas en possession du document requis pour pouvoir résider sur le territoire d'un autre État membre peut être condamné au paiement d'une amende pénale. Le MRAX suggérait donc que les infractions à l'entrée et au séjour sur le territoire d'un État membre puissent être sanctionnées par une amende administrative ou pénale, sanction qui serait plus adaptée aux principes de la libre circulation et du droit au respect de la vie privée qu'un refus de séjour. La Cour n'accueille pas cette proposition directement, mais elle rappelle que le droit communautaire n'empêche pas les États membres de rattacher à la méconnaissance des prescriptions nationales relatives au contrôle des étrangers toutes sanctions appropriées qui seraient nécessaires en vue d'assurer l'efficacité de ces dispositions, à condition que ces sanctions soient proportionnées. En revanche, une décision de refus de titre de séjour ainsi qu'une mesure d'éloignement fondées exclusivement sur un motif tiré du non-accomplissement par l'intéressé de formalités légales relatives au contrôle des étrangers, porteraient atteinte à la substance même du droit de séjour directement conféré par le droit communautaire et seraient disproportionnées à la gravité de l'infraction.

<sup>47</sup> Alice Jaume, « Arrêt Metock : le séjour des ressortissants de pays tiers entrés sur le territoire communautaire avant de devenir conjoints d'un citoyen de l'Union », *JTDE*, 2008, p. 272.

communautaire<sup>48</sup>. Les Etats tentent, par la coopération, de restaurer certaines capacités de contrôle d'une population mouvante qui peut jouer des différences de législations. Les Etats peuvent également, en mettant en place des normes restrictives de l'immigration, convenir d'une logique collective largement axée sur la maîtrise des flux migratoires. Par de très nombreux aspects, c'est d'ailleurs la configuration des normes adoptées depuis le traité d'Amsterdam. A défaut, les Etats peuvent multiplier, dans les normes communes, les clauses de flexibilité qui leur donne une marge de manœuvre dans un cadre harmonisé. En somme, les Etats peuvent souhaiter adopter une norme communautaire sur l'immigration qui sera plus à même de cantonner l'expansion du droit communautaire de la libre circulation. Ils déplacent donc le conflit de frontière. La démarcation n'a plus à être faite entre droit communautaire de la libre circulation et droit national des étrangers, mais entre droit communautaire de la libre circulation et droit communautaire de l'immigration, c'est-à-dire entre deux normes et deux compétences communautaires.

Ces multiples stratégies de recomposition de points de contrôles démontrent l'impossibilité de fixer la frontière entre les deux régimes juridiques. A l'extension du droit de la libre circulation, les Etats réagissent pour recouvrer leur capacité migratoire. Le constat de la frontière introuvable conduit selon nous à la question essentielle : est-il tenable, en Europe, de développer parallèlement deux régimes, qui ont pour objet d'appréhender la mobilité des personnes sur un même territoire, et qui sont radicalement opposés dans leur objet, leur nature, leur contenu ? C'est oublier que le droit de la libre circulation des personnes et le droit des migrations sont indissociablement « liées », comme l'atteste la formulation du titre IV<sup>49</sup>. Les arrêts *Metock* et *Payir* nous semblent illustrer les contorsions que la coexistence de ces deux logiques contradictoires imposent aux Etats, à la Cour de justice et aux individus.

---

<sup>48</sup> Voir Ségolène Barbou des Places et Hélène Oger, "Making the European Migration Regime: Decoding Member States' Legal Strategies", *European Journal of Migration and Law*, 2005, n°6, pp. 353-379.

<sup>49</sup> Le Titre IV s'intitule en effet : « visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes ».