



HAL
open science

SOLIDARITÉ ET MOBILITÉ DES PERSONNES EN DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE : DES AFFINITÉS SÉLECTIVES ?

Ségolène Barbou Des Places

► To cite this version:

Ségolène Barbou Des Places. SOLIDARITÉ ET MOBILITÉ DES PERSONNES EN DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE : DES AFFINITÉS SÉLECTIVES ?. La solidarité dans l'Union européenne Éléments constitutionnels et matériels, Dalloz, pp.218 - 244, 2011, 978-2247105113. <hal-01615575>

HAL Id: hal-01615575

<https://hal.science/hal-01615575v1>

Submitted on 12 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.



HAL Authorization

Article publié in Chahira BOUTAYEB (dir.), *La solidarité dans l'Union européenne, pierre angulaire d'un système juridique*, Dalloz, 2011, pp.218-244.

**SOLIDARITE ET MOBILITE DES PERSONNES EN DROIT DE L'UNION EUROPEENNE:
DES AFFINITES SELECTIVES ?**

Ségolène BARBOU des PLACES
Professeur à l'Université Paris-Est Créteil

Les Français sont-ils tenus, au nom de la solidarité européenne, d'accueillir sur leur territoire des *Roms* sans ressources, parce qu'ils sont citoyens de l'Union ? Cette question a été formulée, avec la brutalité que l'on sait, lors de la polémique de l'été 2010, qui a opposé le gouvernement français, ayant décidé l'éloignement du territoire national de *Roms* Bulgares et Roumains, à la Commission sous la voix de sa Commissaire en charge de la Justice, des droits fondamentaux et de la citoyenneté, madame Reding.

Il est vrai que les imprécisions du cadre juridique applicable¹ permettaient aux interlocuteurs de moduler la réponse à la question de l'existence d'un devoir de solidarité à l'égard des citoyens européens sans travail ni ressources. Se fondant sur une analyse littérale de la directive 2004/38², le gouvernement français arguait des limites posées par l'article 14 au titre duquel les citoyens de l'Union « *ont un droit de séjour tel que prévu à l'article 6 tant qu'ils ne deviennent pas une charge déraisonnable pour le système d'assurance sociale de l'Etat membre d'accueil* »³. La liberté de circulation des citoyens de l'Union garantie par le droit de l'Union européenne trouverait donc sa

¹ Voir, pour les débats juridiques soulevés par cette affaire, la contribution de Jean-Philippe LHERNOULD, « L'éloignement des *Roms* et la directive 2004/38 relative au droit de séjour des citoyens de l'UE », *Droit social*, N°11, novembre 2010, pp. 1-13 ; Anatasia ILIOPOULOU, « 'Le temps des gitans' : à propos de la libre circulation des *Roms* dans l'Union », *Europe*, n° 1, janvier 2011, pp. 5-10.

² Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement no 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, JO L 158 du 30 avril 2004.

³ Cette disposition concerne le séjour de courte durée. Quant au séjour de longue durée, le gouvernement français rappelait l'article 14-2 au titre duquel les citoyens de l'Union et les membres de leur famille ont un droit de séjour tel que prévu à l'article 7 tant qu'ils répondent aux conditions énoncées dans ces articles. Les conditions posées par l'article 7 sont des ressources suffisantes et une assurance maladie complète.

limite dans la nécessaire protection des finances sociales des Etats, aucun devoir d'accueil – et encore moins de solidarité- n'étant imposée par l'Union européenne à l'égard des citoyens de l'Union s'ils ne sont pas en mesure de subvenir à leurs besoins.

Cette lecture est pertinente si l'on occulte le fait que depuis Maastricht, le traité institue une liberté de circulation désormais liée à la citoyenneté de l'Union et si l'on excepte la jurisprudence de la Cour de justice, notamment dans l'affaire *Grzelczyk*⁴, où la Cour a énoncé que la directive 93/96 admet à l'égard d'un étudiant temporairement sans ressources « *une certaine solidarité financière des ressortissants de cet État avec ceux des autres États membres, notamment si les difficultés que rencontre le bénéficiaire du droit de séjour sont d'ordre temporaire* ». C'est donc bien à une liberté fondamentale que la France décidait de porter atteinte s'agissant des *Roms*.

Ce débat sur la licéité de l'expulsion des *Roms* sans ressources a éclairé d'une lumière très crue les tensions qui peuvent surgir entre les exigences de solidarité et la mobilité des personnes. Le gouvernement français a énoncé sans euphémisme sa volonté de préserver les finances sociales de la France, au point d'empêcher la mobilité des personnes, fut-elle celle de citoyens de l'Union. Plus généralement, cette affaire témoigne de la crainte des Etats membres face à un « tourisme social » qui mettrait en péril, sous couverte du principe communautaire de libre circulation, la pérennité de leurs systèmes d'assurance sociale. Dans l'affaire *Bressol*, la Belgique n'hésite d'ailleurs pas à évoquer « les effets pervers d'une mobilité absolue »⁵.

On doit donc se demander si l'Union n'est pas parvenue au point ultime de réalisation de la liberté de circulation par le biais du principe d'égalité. La non-discrimination selon la nationalité a permis de fonder l'accès des Européens aux droits de séjour, aux droits économiques et à certains droits sociaux. Mais l'égalité est un motif faible quand il s'agit de l'accès au droit de séjour des Européens sans ressources ou de fonder l'installation des ressortissants d'Etats tiers. Le prochain stade de réalisation de la mobilité en Europe ne peut être que la solidarité, qui ne postule pas l'identité de traitement des personnes placées dans la même situation, ni leur comparabilité, mais la compensation et la protection des plus faibles. Cela ramène donc à la question de savoir si un principe de solidarité européenne existe en droit de l'Union, s'il est - comme le suggère le titre de cet ouvrage- la *pièce angulaire* du droit de l'Union européenne.

La suggestion n'est pas déraisonnable si l'on en croit l'affirmation de la Cour, selon laquelle la solidarité est « *à la base (...) de l'ensemble du système communautaire* »⁶. La solidarité vit même son heure de gloire avec le traité de Lisbonne puisqu'elle y est énoncée dès le préambule

⁴ CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, Aff. C- 184/99.

⁵ Cité in Conclusions de l'Avocat général SCHARPSTON présentées le 2 juin 2009, dans l'affaire C- 73/08 *Nicolas Bressol e. a. et Céline Chaverot e. a. contre Gouvernement de la Communauté française*, pt 101.

⁶ CJCE, 10 décembre 1969, *Commission contre France*, Aff. 6 et 11/69, pt 16.

du traité sur l'Union européenne et est consacrée dans la disposition sur les valeurs de l'Union⁷. De plus, les auteurs du traité se sont accordés sur une clause de solidarité, engagement d'assistance mutuelle quand un Etat est l'objet d'une attaque terroriste ou victime d'une catastrophe naturelle ou d'origine humaine⁸. Enfin, la Charte des droits fondamentaux consacre un titre entier à la solidarité⁹ qui recouvre des droits du travailleur mais aussi un droit d'accès aux prestations de sécurité sociales¹⁰ et aux services sociaux¹¹.

Cette montée en puissance de la solidarité tient sans nul doute au fait que la solidarité est un terme fédérateur. P. Hertsch¹² considère que le principe de solidarité est l'expression « *synthétique des devoirs impliqués par l'appartenance à un système fondé sur une communauté d'intérêts, il donne à l'intégration une dimension morale (...) matrice des principes fondamentaux qui régissent le droit communautaire, il apparaît comme l'expression d'une morale collective de base, faite de la conscience permanente des responsabilités particulières qu'implique l'option communautaire* ». Cette approche est d'autant plus acceptable que « *l'idée de solidarité dérive déjà de l'appellation même de 'communauté'* »¹³.

Mais si l'on s'accorde aisément sur l'idée que la solidarité a une place importante dans le système de l'Union, on conviendra que la notion est imprécise¹⁴. En l'absence de définition en droit de l'Union européenne, la notion de solidarité doit constamment être rabattue sur les définitions de la solidarité au sens commun et au sens juridique. En droit civil, la solidarité renvoie au lien contracté par des personnes répondant en commun d'une obligation solidaire. En droit constitutionnel, la solidarité évoque la responsabilité indivisible du gouvernement. Or, ces définitions rendent peu compte de la polysémie de la notion de solidarité, qui certes évoque un mécanisme, une technique de co-responsabilité, mais renvoie aussi à un état de dépendance mutuelle. La solidarité est aussi un sentiment, une conscience d'appartenance à une même

⁷ Article 2 TUE.

³ Article 222 TFUE.

⁹ Au titre du chapitre IV sur la solidarité sont garantis les droits suivants : droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise, droit de négociation et d'action collective, droit d'accès aux services de placement, protection en cas de licenciement injustifié, conditions de travail justes et équitables, interdiction du travail des enfants et protection des jeunes au travail, vie familiale et vie professionnelle, sécurité sociale et aide sociale, protection de la santé, accès aux services d'intérêt économique général, protection de l'environnement, protection des consommateurs.

¹⁰ Plus particulièrement, l'article 34 (Sécurité sociale et aide sociale) indique que « *toute personne qui réside et se déplace légalement à l'intérieur de l'Union a droit aux prestations de sécurité sociale et aux avantages sociaux, conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales* »

¹¹ Alinéa 3 de l'article 34 : « *afin de lutter contre l'exclusion sociale et la pauvreté, l'Union reconnaît et respecte le droit à une aide sociale et à une aide au logement destinées à assurer une existence digne à tous ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes* ».

¹² P. HERTSCH, « Emergence des valeurs morales dans la jurisprudence de la CJCE », *RTDE*, 1982, pp. 553-554.

¹³ Vlad CONSTANTINESCO, « Commentaire de l'article 2 du traité sur l'Union européenne », in Vlad CONSTANTINESCO et Denys SIMON, *Traité sur l'Union européenne, Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 93.

¹⁴ Voir Marie-Claude BLAIS, *La solidarité : histoire d'une idée*, Bibliothèque des idées, Gallimard, 2007 ; Yan LAIDIE, Jean-Claude BEGUIN et Patrick CHARLOT (dir.), *La solidarité en droit public*, L'harmattan, 2005.

communauté. Devoir moral, la solidarité résulte de la prise de conscience d'une interdépendance sociale étroite entre les hommes et les porte à s'unir, à se porter entraide. Elle va au-delà de la réciprocité et s'approche de la fraternité¹⁵.

On doit à Durkheim¹⁶ d'avoir montré combien les formes de solidarité dépendent du type d'organisation de la société en cause. Il a proposé la distinction séminale entre la *solidarité mécanique*, caractère de sociétés peu différenciées, qui est donc une solidarité découlant de la similitude et la *solidarité organique*, qui se manifeste dans les sociétés où la division du travail a diversifié les tâches et les a rendues interdépendantes. Cette distinction ouvre la voie à la conceptualisation de formes très distinctes de solidarité, consenties ou obligées, instinctives ou organisées, ce qui rappelle constamment que la solidarité est à la fois un donné et un construit. En effet, l'organisation de systèmes de solidarité suppose généralement qu'existe au préalable une solidarité de fait, ressentie, éprouvée ; mais d'un autre côté, l'organisation de mécanismes de solidarité crée et renforce la solidarité comme appartenance. C'est dans le creux de cette complexité qu'il nous faut tenter de penser la solidarité en droit de l'Union européenne.

En droit de l'Union, la solidarité est d'abord un mécanisme, une technique, souvent en tant que corolaire du principe de coopération loyale¹⁷. C'est un principe organisationnel qui, en créant des devoirs, organise l'interdépendance et la coresponsabilité de ceux qui font partie d'un système. Mais la solidarité n'est pas seulement un mode d'organisation ; elle a un second sens, celui auquel cette étude renvoie principalement, qui est celui de justice sociale. Jean-Paul Jacqué¹⁸ estime qu'un « *principe* » de justice sociale existe en droit de l'Union, au moins implicitement. Certes, la concrétisation de ce principe est laissée entre les mains du législateur, mais la justice sociale serait au minimum un objectif que la Communauté doit atteindre¹⁹. L'ambition est considérable car cette acception de la solidarité, que certains qualifient de « *solidarité sociale* »²⁰, évoque l'Etat-providence, la redistribution et le partage des richesses, la péréquation et l'assurance

¹⁵ Voir la thèse de Michel BORGETTO, *La notion de fraternité en droit français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, Collection Thèses de droit public, tome 170, Paris, L.G.D.J. 1993.

¹⁶ Emile DURKHEIM, *De la division du travail social*, 1893, réédition Paris, PUF, 1998.

¹⁷ Voir Marc BLANQUET, *L'article 5 du traité CEE. Recherches sur les obligations de fidélité des Etats membres de la Communauté*, Thèses, Paris, LGDJ, 1994.

¹⁸ Jean-Paul JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, 4^{ème} édition, 2010, p. 77.

¹⁹ L'article 3 du TUE sur les objectifs de l'Union assigne à l'Union la mission de promouvoir la justice et la protection sociales. Quant à l'objectif de cohésion économique, sociale et territoriale (tel que régi par les articles 174 à 178 TFUE), il est sans doute l'expression la plus directe et la plus évidente d'un sens de la solidarité européenne : la cohésion économique, sociale et territoriale a en effet pour objet de réaliser, bien au-delà de la stricte égalité, le partage entre Européens et la fondation d'une solidarité de fait et de destin.

²⁰ Michael DOUGAN et Eleanor SPAVENTA, « 'Wish You Weren't Here...? New Models of Social Solidarity in the European Union' », in Michael DOUGAN et Eleanor SPAVENTA (dir.), *Social Welfare and EU Law*, Hart Publishing, 2005, pp. 181-218.

des plus pauvres. On peut même la définir²¹ comme un principe de subventionnement, selon lequel une partie de la richesse est placée à la disposition des institutions publiques pour la satisfaction des besoins des autres membres du groupe.

Entendue dans cette acception de justice sociale, la solidarité, disons-le immédiatement, n'est pas naturellement et nécessairement compatible avec un principe européen de mobilité des personnes²². C'est bien ce qu'a révélé la polémique de l'été 2010 car au fond, « l'affaire des *Roms* » a mis en lumière les questions auxquelles l'Union doit maintenant répondre : le droit de l'Union doit-il garantir la possibilité pour les plus pauvres de circuler en Europe ? L'Union européenne peut-elle énoncer une obligation de solidarité des sédentaires vis-à-vis des Européens mobiles ? Cette contribution s'efforce donc de saisir comment solidarité et mobilité sont articulées par le droit de l'Union européenne. Cela suppose de cerner la place de la solidarité, sa fonction, dans le développement d'un droit de la mobilité en Europe : est-ce un moyen, un obstacle, un objectif, un horizon ? L'emploi de la notion de « solidarité » renverra ici à l'idée de la justice sociale et désignera essentiellement les mécanismes de subventionnement et de partage. Parce que les domaines de la solidarité sont nombreux, cette contribution circulera – librement- entre la sécurité sociale, domaine de solidarité par excellence, et celui de la santé ou l'éducation, dès lors qu'il est question de péréquation ou de redistribution.

Dans le système juridique européen les relations qu'entretiennent la mobilité et la solidarité sont d'une extrême complexité. L'Union européenne est en effet sommée de résoudre une équation presque impossible : réaliser son projet de mobilité européenne sans solidarité européenne (I). Patiemment construit par les institutions communautaires, le droit de l'Union s'efforce de passer dans cette passe étroite. C'est par la voie - parfois sinueuse et incertaine - de la solidarité transnationale que le droit de l'Union tente de construire l'articulation de la mobilité et de la solidarité (II).

I. LA MOBILITE EUROPEENNE SANS SOLIDARITE EUROPEENNE : UNE EQUATION IMPOSSIBLE ?

Il faut immédiatement faire apparaître la situation paradoxale dans laquelle se trouve l'Union. Elle poursuit le projet d'une mobilité européenne définie comme liberté de circulation. Or une telle mobilité ne peut se réaliser sans un certain degré de solidarité entre les Européens : la

²¹ *Ibidem*.

²² Le terme *mobilité des personnes* employé ici sert à désigner la migration d'une personne dans l'Union, qu'elle relève de la liberté de circulation des personnes ou des dispositions communautaires sur l'immigration.

solidarité est en effet une condition de la mobilité (A). Mais les mécanismes de solidarité existant, nationaux, sont des sphères par nature protégées de ce qui vient de l'extérieur, donc de la mobilité européenne (B). Dès lors, l'Union est dans une passe étroite : sans mécanismes européens de solidarité, il lui faut imaginer les moyens de réaliser une mobilité européenne qui repose sur les solidarités nationales mais ne les affecte pas, ou pas excessivement. Sans quoi elle serait contrainte de renoncer à son projet de mobilité (C).

A. La solidarité entre Européens, condition de réalisation de la mobilité européenne

Il ne peut pas y avoir de mobilité des personnes en Europe sans solidarité, et ce pour deux raisons principales : celui qui se déplace a besoin de l'assurance d'un certain niveau de protection sociale (1). Quant au projet de libre circulation que poursuit l'Union, il postule la solidarité car il ne saurait se limiter aux actifs ou aux plus favorisés (2).

1. La garantie d'une protection sociale, condition de la mobilité individuelle

La mobilité dont il s'agit ici est une migration, c'est-à-dire le projet personnel d'un individu fait d'attentes, de calculs rationnels et de projections. La mobilité se décide si elle est possible, réalisable et souhaitable. Parmi les éléments qui comptent dans la décision de se déplacer, l'accès aux droits de solidarité (qui sont pour l'essentiel des droits sociaux) garantis sans être la contrepartie d'une cotisation préalable de montant équivalent à la prestation reçue.

Concrètement, le déplacement d'un Etat à un autre crée un risque pour celui qui en fait le projet car sa migration l'éloigne des mécanismes de solidarité qui lui assurent une protection contre les aléas de la vie. C'est d'abord le fait de quitter sa communauté nationale d'origine qui peut être problématique. En application du principe de territorialité, les lois de sécurité sociale ne peuvent pas recevoir application hors du territoire national. Une double conséquence en découle. En premier lieu, le bénéfice des prestations sociales est réservé aux personnes qui se trouvent sur le territoire national. Dès lors, le versement des prestations est conditionné à la résidence et les prestations ne sont en principe pas exportables. En second lieu, seuls les faits qui se situent sur le territoire national sont pris en compte. Ainsi, une période de cotisation à l'étranger ne permet pas d'acquérir des points et un traitement reçu à l'étranger n'est pas pris en compte²³. Certes, dans de

²³ Voir pour une réflexion générale sur les liens entre migration et fournitures de prestations sociales, Rachel SABATES-WHEELER et Johannes KOETTL, « Les problèmes de fourniture d'une protection sociale aux migrants dans le contexte de l'évolution des flux migratoires », *Revue internationale de sécurité sociale*, vol. 63, 3-4/2010, pp. 123-157.

nombreux Etats membres, la territorialité a été écartée au profit d'éléments de personnalité des règles applicables. Mais dans l'ensemble, le droit de la sécurité sociale est toujours organisé autour du principe de territorialité. A défaut de conventions internationales de sécurité sociale remédiant à la difficulté générée par la territorialité des mécanismes de solidarité nationale, le migrant perd donc le bénéfice d'une couverture sociale qu'il avait progressivement acquise. Par conséquent, le maintien de l'accès aux droits sociaux est la clé de l'effectivité de la mobilité. Et le paradoxe est que la solidarité doit être maintenue à l'égard de celui qui a quitté la communauté nationale, sans quoi il ne peut la quitter²⁴.

Un migrant doit ensuite faire face à un autre risque : celui de ne pouvoir accéder aux systèmes de solidarité nationale de l'Etat dans lequel il se rend. La mobilité ne désigne pas seulement le mouvement et le franchissement de frontières : la circulation renvoie aussi et surtout à l'idée d'installation. Toute mobilité contient donc une revendication d'accès à la solidarité dans la communauté d'accueil. C'est pourquoi mobilité et solidarité doivent être articulées puisque tout projet individuel de mobilité est conditionné au maintien des droits de solidarité acquis dans sa société d'origine et à l'accès aux droits équivalents dans la société de l'Etat d'accueil. De même, la réalisation d'une liberté de circulation des personnes effective et généralisée requiert un degré de solidarité entre tous les Européens.

2. La solidarité à l'égard des indigents, condition de la liberté de circulation des personnes

En droit de l'Union, la liberté de circulation n'est pas seulement le support d'un projet individuel de mobilité : c'est aussi un principe qui fonde la réalisation du marché intérieur. De cette nature, il découle que la liberté de circulation ne peut pas être durablement réservée à quelques-uns, actifs ou personnes dotées de ressources. D'où la volonté de transformer progressivement la libre circulation des travailleurs en une liberté publique des Européens, indépendamment de leur qualité de travailleur et de leurs ressources. Or, cette mobilité exige que l'Etat d'accueil consacre une partie de ses finances à subvenir aux besoins de ceux qui n'appartiennent pas à la communauté nationale.

²⁴ C'est bien ce que reconnaît la Cour de justice dans son arrêt De Cuyper, Aff. C-406/04 où la Belgique imposait aux bénéficiaires d'allocations chômage de résider en Belgique. La Cour reconnaît que la perte des droits nés dans un système de solidarité nationale, en raison d'une migration, est une forme de négation du droit à la liberté de déplacement.

Par la comparaison des exemples américains et suisse, Christoph Schönberger²⁵ éclaire le lien qui existe entre la réalisation d'une liberté de circulation généralisée et la construction d'une citoyenneté fédérale. Dans ces deux Etats, la citoyenneté s'est construite en parallèle avec l'extension des bénéficiaires de la liberté de mouvement sur le territoire fédéral. Dans un premier temps, les pauvres et vagabonds n'étaient pas admis au bénéfice d'une liberté de circulation entre les Etats fédérés. Le point névralgique de la réalisation de la citoyenneté américaine fut ce moment où deux étapes ont été franchies : le droit fédéral à la liberté de circulation fut étendu aux indigents et le droit de revendiquer le bénéfice de traitement dans un autre Etat fédéré que le sien a été rendu applicable aux droits sociaux. Le tournant de cette construction fut jurisprudentiel, avec la décision *Edwards v. California* de 1941, dans laquelle la Cour suprême décida que la liberté de mouvement des Américains ne pouvait plus être restreinte pour les pauvres et vagabonds. En Suisse, le même phénomène a été observé, mais plus tardivement car ce n'est qu'en 1975 que l'égalité totale d'accès aux droits fut reconnue aux Suisses les plus défavorisés. Ces deux expériences permettent de mesurer la relation qui se noue entre la solidarité à l'égard des indigents et la réalisation d'un projet fédéral de liberté de circulation sur un territoire sans frontières. On réalise combien l'effectivité de la liberté de circulation des personnes dépend de l'existence de mécanismes de solidarité entre Européens. Or, dans sa configuration actuelle, la solidarité institutionnalisée en Europe l'est au seul niveau national. Cela pose problème car les institutions de solidarité sont construites dans l'isolement du principe de mobilité européenne.

B- Les solidarités nationales, espaces protégés de la mobilité européenne

La difficulté du projet européen de mobilité tient ici : alors que la liberté de circulation nécessite, pour se réaliser, un (certain) accès aux mécanismes de solidarité, ceux-ci sont conçus pour une société nationale de sédentaires. La solidarité est en soi un monde clos, bordé, ce qui rend les mécanismes nationaux de solidarité inadaptés au projet européen de libre circulation (1). En outre, la solidarité est une sphère étrangère à la sphère des échanges économiques, et peut donc être régie par une logique différente des libertés économiques (2).

1. La solidarité nationale, un espace clos

²⁵ Christoph SCHÖNBERGER, « European Citizenship as Federal Citizenship. Some Citizenship Lessons of Comparative Federalism, *Revue Européenne de droit public*, vol. 19, n° 1, printemps 2007, pp. 61-81.

La solidarité renvoie nécessairement à l'idée de communauté. M. Dougan et E. Spaventa²⁶ expliquent bien cette relation ontologique entre solidarité et communauté. Pour eux, l'organisation de la solidarité – et des institutions redistributives à travers lesquelles elle se réalise, repose sur un « argument moral » suffisamment fort pour justifier les prélèvements obligatoires que requiert la solidarité. Or cet argument moral, que l'on appellera plutôt ici « principe justificatif », ne peut être que l'appartenance à une communauté donnée. A certains égards, l'intensité de la solidarité sociale reflète même le seuil d'appartenance à une communauté et l'importance de l'identité collective. Partant du même postulat, Maurizio Ferrera²⁷ rappelle combien la solidarité, concept flou, suppose toujours un haut degré d'union et de cohésion dans un groupe donné : le terme solidarité vient du latin *solidus*, un corps compact et solide. Ce sont donc les liens partagés entre les membres du corps qui justifient que l'on prélève les ressources de chacun pour des buts communs. Toute la différence avec l'assurance privée est là : alors que la solidarité suppose le paiement de contributions dépendantes des moyens de la personne, l'assurance prévoit l'acquittement de primes dépendant du risque que représente chacun. De même, seuls les membres d'une communauté peuvent concevoir la possibilité d'accorder, sans compensation, un traitement spécial aux membres désavantagés.

C'est sans doute pourquoi l'Etat providence, la forme la plus spécialisée de solidarité institutionnalisée, est historiquement consubstantiel à l'Etat-nation.²⁸ La littérature anglo-saxonne, inspirée des travaux de T.S. Marshall sur la citoyenneté, établit clairement le lien entre Etat-providence et Etat-national, en montrant combien la construction de la citoyenneté sociale est un aspect déterminant de la souveraineté nationale. Ainsi, l'Etat-nation – au moins dans l'expérience britannique – n'achève-t-il de se former qu'avec l'émergence de la citoyenneté sociale²⁹, qui complète les citoyennetés civile et politique déjà constituées. L'émergence de cette citoyenneté sociale suppose qu'il existe, entre les membres de la communauté nationale, des liens bien plus denses et plus délicats que les liens civils et politiques. Etape ultime de formation de la citoyenneté, l'incorporation des droits sociaux dans la citoyenneté se révèle surtout déterminante car elle achève de structurer la communauté nationale³⁰.

²⁶ Michael DOUGAN et Eleanor SPAVENTA, *op.cit.*, pp. 181-218.

²⁷ Maurizio FERRERA, « Towards an 'Open' Social Citizenship ? The New Boundaries of Welfare in the European Union », in G. DE BURCA (dir.), *EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity*, OUP, 2005, p. 19.

²⁸ Renan énonçait d'ailleurs ce lien entre solidarité et cadre national, lorsqu'il qualifiait la nation comme « *une grande solidarité, constituée par le sentiment des sacrifices qu'on a faits et de ceux qu'on est disposé à faire encore* » : RENAN, *Œuvres complètes*, t. 1, *Qu'est-ce qu'une nation?*, 1947 [1882], p. 904.

²⁹ Maurizio FERRERA, *op.cit.*, p. 19

³⁰ En effet, les droits sociaux engendrent des coûts élevés qui suscitent une organisation matérielle. Ensuite, la définition des frontières de ces droits – donc des titulaires des droits- exige l'identification des membres de la communauté prêts à couvrir mutuellement leurs risques. Enfin, les droits sociaux des uns ne peuvent pas exister sans les obligations des autres : c'est pourquoi l'obligatorité joue un rôle central dans la mise en place de droits sociaux.

Quel que soit le lieu ou niveau d'organisation de la solidarité (Etat-nation ou cadre infra-étatique), cette dernière ne peut donc éclore que dans le cadre d'une communauté disposant d'une certaine identité. La solidarité est le mode de fonctionnement d'un groupe qui s'est identifié. Il en résulte que la solidarité n'existe et n'est réalisée que dans un espace ceint et défini: celui de la communauté qui a ses frontières, un dedans et un dehors. La solidarité se meut donc dans un espace bordé ; elle est une sphère délimitée. C'est pourquoi il est si malaisé de penser dans le même temps la solidarité nationale et la mobilité des Européens. En effet, l'espace de solidarité nationale est par nature protégé de l'entrée de ceux qui ne font pas partie de la communauté nationale. Les mécanismes de solidarité nationale sont conçus pour une société de sédentaires et sont fermés aux personnes venues d'une autre communauté nationale. Historiquement, la clôture des systèmes d'assurance sociale a donc pris une double forme: ceux-ci sont à la fois nationalisés et territorialisés³¹.

Les systèmes nationaux de protection sociale ont toujours été territorialisés car l'Etat a très vite aligné les frontières de droits sociaux sur ceux de l'Etat-nation. Maurizio Ferrera rappelle comment, entre le 19^{ème} et le 20^{ème} siècle, la plupart des Etats ont créé des filtres pour limiter l'accès à leurs espaces sociaux de redistribution, le tournant étant le moment où ils ont commencé à contrôler leurs frontières. La solidarité s'est également développée sur un modèle national. Juridiquement, la plupart des systèmes de solidarité ont eu recours au critère de nationalité pour définir les membres de la communauté solidaire. Certes, le critère de nationalité s'est émoussé, les étrangers résidant légalement accédant peu à peu à certains droits de solidarité. Mais l'ouverture ne s'est faite que progressivement et par exception à un principe qui continue à lier droits de solidarité et appartenance à la communauté nationale. On mesure combien, en exerçant sa mobilité, un étranger passe à la fois les frontières de l'Etat souverain et celles de l'Etat-providence.

Assurément, cette double clôture nationale et territoriale de la solidarité heurte le projet européen dont l'objectif est le passage d'un espace national à un autre. A défaut de solidarité organisée au niveau de l'Union européenne, l'organisation de la solidarité en espaces nationaux entrave la circulation des personnes en Europe. Le droit de l'Union prend acte de cette réalité et admet que la solidarité est une sphère spécifique, distincte de celle des échanges économiques.

³¹ C'est bien ce qu'admet la CJCE dans son arrêt *Frilli contre Etat belge*, Aff. 1/72, pt 20 : attendu que les difficultés que pourrait soulever au regard de la réglementation communautaire l'application des systèmes globaux de protection sociale, conçus pour l'ensemble d'une population et reposant sur des conditions de nationalité et de résidence, sont inhérentes à la nature même de tels systèmes qui visent à protéger simultanément les travailleurs salariés, assujettis comme tels à la sécurité sociale, et les personnes qui n'y sont pas assujetties.

2. La solidarité, une sphère « étrangère à la sphère des échanges économiques »

La mobilité et la solidarité semblent relever de deux univers distincts. La solidarité renvoie à une réalité statique car il ne peut y avoir de solidarité de fait, exprimant un sentiment d'appartenance, que dans le cadre d'une entité suffisamment pérenne pour que ses membres puissent s'identifier au groupe et ressentir qu'ils en font partie. La solidarité suppose également un système institutionnalisé car elle suppose des mécanismes qui la concrétisent, des institutions par lesquels transitent les prélèvements et les prestations versées. A l'inverse, la mobilité évoque la dynamique, le passage d'un système ou d'un territoire à un autre. Elle est, - on parle ici de migration-, nécessairement transnationale alors que les mécanismes de solidarité sont généralement nationaux. Enfin, la mobilité est fondamentalement individuelle alors que la solidarité est par essence collective.

La mobilité des personnes et la solidarité renvoient également à deux philosophies politiques distinctes. La mobilité des personnes relève essentiellement d'un projet libéral, qui suppose la liberté des échanges et le déplacement libre et suppose que les nationaux d'un Etat accèdent aux ressources et marchés des autres Etats. De plus, la réalisation de la mobilité passe principalement par la reconnaissance de droits individuels. Pour sa part, la solidarité - au sens de justice sociale - renvoie à l'idée de mécanismes correcteurs du marché et de redistribution, ce qui justifie un certain degré d'interventionnisme public. La solidarité passe par le prélèvement obligatoire de ressources qui permettent de financer les mécanismes d'assurance collective ; elle requiert donc généralement la présence de mécanismes publics.

Cette présentation dialectique mérite certainement d'être nuancée. Elle révèle toutefois la difficulté de penser dans un même projet la mobilité et la solidarité. Il ne s'agit pas d'une difficulté incontournable mais cela indique qu'il y a une différence de nature entre la solidarité et la mobilité des travailleurs. La Cour de justice a d'ailleurs progressivement esquissé la frontière entre le droit marchand de l'Union (droit du marché intérieur et de la concurrence) et la sphère de solidarité des Etats, qu'elle qualifie dans l'arrêt *Wouters*³², de « *sphère (...) étrangère à la sphère des échanges économiques* »³³. Dans l'affaire *Poucet*³⁴, la Cour admet ainsi que le droit de la concurrence n'affecte pas les organisations impliquées dans la gestion des systèmes nationaux de sécurité

³² CJCE, 19 février 2002, *Wouters c. Algemene Raad van de balies van de Europese Gemeenschap*, Aff. C- 309/99.

³³ Pt 63 de l'arrêt.

³⁴ CJCE, 17 février 1993, *Christian Poucet c. Assurances générales de France et D. Pistre c. Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans*, Aff. C- 159/91 et 160/91.

sociale qui ont une fonction exclusivement sociale, basée sur le principe de solidarité nationale³⁵. De même, dans l'arrêt Sodemare³⁶, la Cour admet le particularisme des mécanismes de solidarité. La région Lombardie refusait à la société Sodemare un subventionnement pour le remboursement de prestations d'assurance sociale à caractère sanitaire. La demande fut rejetée en raison du but lucratif poursuivi par la société car le système d'assistance sociale et sanitaire créé pour aider les personnes âgées et dépendantes, subventionné, devait fonctionner selon une pure logique de solidarité. Seule la condition d'absence de but lucratif, selon l'Italie, pouvait garantir la cohérence du système au regard de ses finalités exclusivement sociales. Les choix effectués en termes d'organisation et de fourniture d'assistance par les opérateurs privés ne poursuivant pas de but lucratif ne seraient en effet pas influencés par l'exigence de tirer des bénéficiaires de la prestation de services afin que ces opérateurs poursuivent à titre prioritaire les finalités sociales. La Cour admet que les articles 52 et 58 du traité ne s'opposent pas à ce qu'un État membre permette aux seuls opérateurs privés ne poursuivant pas de but lucratif de concourir à la réalisation de son système d'assistance sociale par la conclusion de conventions qui donnent droit au remboursement des coûts de services d'assistance sociale à caractère sanitaire. Elle consacre donc une analyse de la solidarité comme sphère suffisamment spécifique, suffisamment étrangère à la logique du profit et de la rentabilité pour échapper, sous certaines conditions, à la logique concurrentielle³⁷ ou à une application intégrale des libertés de circulation. Dès lors, la conciliation de ces deux univers est un projet ambitieux. L'Union européenne navigue dans une passe très étroite, entre absence de solidarité européenne et exigence de préservation des solidarités nationales.

C- La passe étroite du projet européen de mobilité

La difficulté du projet européen tient à ce que la solidarité est essentiellement réalisée au niveau national (1). Or, la mobilité ne peut être effective que si elle s'adosse sur des mécanismes

³⁵ Les requérants contestaient le principe de l'affiliation obligatoire au système de sécurité sociale. La Cour conclut que les régimes en cause obéissent au principe de la solidarité pour plusieurs raisons : ils visent à assurer à l'ensemble des personnes qui en relèvent une couverture des risques, indépendamment de leur condition de fortune et de leur état de santé lors de l'affiliation ; le régime est financé par des cotisations proportionnelles aux revenus, alors que les prestations sont identiques pour tous les bénéficiaires. En outre, la solidarité implique une redistribution du revenu entre les plus nantis et les plus démunis. Les caisses de maladie ou les organismes qui concourent à la gestion du service public de la sécurité sociale remplissent donc une fonction de caractère exclusivement social. Cette activité est fondée sur le principe de la solidarité nationale et dépourvue de tout but lucratif : elle n'est donc pas une activité économique.

³⁶ CJCE, 17 juin 1997, *Sodemare SA c. Regione Lombardia*, Aff. C-70/95.

³⁷ Voir Nina BOEGER, « Solidarity and EC Competition Law », *European Law Review*, 32, 2007, pp. 319-340.

de solidarité. D'où l'enjeu et la difficulté : promouvoir le développement d'une liberté de circulation qui repose sur les solidarités nationales mais sans les affecter (2).

1. L'introuvable solidarité européenne

L'absence de mécanismes européens de solidarité –au sens de redistribution- tient surtout à l'absence de compétences de l'Union. Les compétences sociales de l'Union restent limitées et l'Union n'a pas reçu les compétences nécessaires pour créer des mécanismes redistributifs d'assurance sociale. Le choix fait en 1957 de ne procéder qu'à une coordination des législations nationales sur la sécurité sociale montre bien l'absence d'accord pour l'établissement de mécanismes de solidarité gérés par les institutions communautaires. Et dans les autres domaines, - comme l'assistance sociale- l'Union n'a aucune compétence. En résumant grossièrement, on peut considérer que les compétences sociales de l'Union lui permettent – au mieux- une activité régulatrice et non l'institutionnalisation d'éléments de solidarité.

Une alternative pourrait consister à s'accorder, non pas sur des mécanismes de solidarité sociale entre tous les Européens, mais sur un principe de « partage de la charge » que représente, pour l'Etat membre d'accueil, la mobilité des Européens exerçant leur droit à la liberté de circulation. C'est ce que réalisent progressivement les institutions communautaires dans le cadre de la politique communautaire d'immigration et d'asile. Sur la base de l'article 80 TFUE qui établit que la politique d'immigration et d'asile est régie par le « *principe de solidarité et de partage équitable des responsabilités entre les Etats membres, y compris sur le plan financier* », l'Union crée progressivement les instruments d'une solidarité financière entre les Etats membres. Ce sont en réalité des fonds européens³⁸ organisant une solidarité à destination des Etats membres supportant la plus lourde « charge » de réception de ressortissants d'Etats tiers ou le coût le plus lourd dans la lutte contre l'immigration clandestine. S'ils expriment une solidarité financière prometteuse en tant que mécanique de partage, ces mécanismes sont nettement défensifs³⁹ et manifestement inadaptés à la réalisation d'un projet de réaliser une liberté de circulation. Les

³⁸ Voir en particulier la décision 574/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2007 portant création du Fonds pour les frontières extérieures pour la période 2007-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires » et la Décision du Conseil du 28 septembre 2000 portant création d'un Fonds européen pour les réfugiés (2000/596).

³⁹ Sur le partage de la charge à l'égard des bénéficiaires de protection temporaire, voir Gregor NOLL et Jens VEDSTED-HANSEN, « Temporary Protection and Burden-Sharing : Conditionalising Access suspending Refugee Rights », in Elspeth GUILD et Carol HARLOW (dir.), *Implementing Amsterdam. Immigration and asylum Rights in EC Law*, Hart publishing, 2001, pp. 195-223. Sur le partage de la charge en matière d'asile, voir Ségolène BARBOU des PLACES, « Burden Sharing in the Field of Asylum. Legal Motivations and Implications of a Regional Approach », *European University Institute Series*, EUI RSC 2002/66.

fonds mis en place ont pour objet de permettre aux Etats de traiter ensemble une migration conçue comme couteuse, de collaborer pour la maîtriser et la limiter. A l'évidence, un tel mécanisme de solidarité interétatique ne convient pas à la liberté de circulation des Européens. En outre, il n'a jamais été question, au niveau européen, de créer de tels mécanismes de solidarité financière pour compenser les coûts de la mobilité des Européens.

Au fond, l'absence de compétence pour fonder une solidarité interétatique n'est que la face visible d'une absence de solidarité de fait entre les Européens. L'Union bute donc ici sur le fait que la solidarité est dans le même temps un donné et un construit. Le construit (les mécanismes redistributifs qui permettent l'assistance aux plus faibles) ne pourra être réalisé que s'il s'appuie sur un donné, la solidarité de fait, c'est-à-dire un sentiment d'appartenance à une communauté de pairs qui rende acceptable l'idée de payer pour les plus démunis. Il n'y a pas de mécanismes de solidarité qui ne soient précédés d'une solidarité matérielle acceptée par les membres de la communauté solidaire. Mais le paradoxe est que la mobilité des Européens a pour but de rapprocher les Européens et de nourrir un sentiment d'appartenance à l'Union. Or cette mobilité requiert l'accès à une certaine forme de solidarité de la part des Européens.

En l'absence de mécanismes européens de solidarité existant ou à venir dans un avenir prévisible, l'Union ne peut que recourir à une forme décentralisée de solidarité européenne qui transite par les mécanismes nationaux de solidarité nationale. Cette méthode de la responsabilité indirecte n'est pas exempte de difficultés dès lors que les nouvelles attentes de solidarité sociale sont engendrées au niveau supranational mais sont payées par les budgets des Etats.

2. Le défi d'une solidarité nationale ouverte aux Européens mobiles

Le paradoxe de la construction européenne est ici très fort : elle prétend réaliser la mobilité grâce à la solidarité des Etats. Or, la solidarité décentralisée n'est pas l'évidence. Rappelons pour commencer que les systèmes d'assurance sociale des Etats étant par essence délimités, les prestations que servent ces mécanismes ne sont pas spontanément offertes aux citoyens de l'Union. Il faut donc une contrainte européenne pour que les personnes sédentaires consentent à la solidarité avec les citoyens des autres Etats. Incidemment, l'on rejoint la difficulté rencontrée précédemment : celle de l'absence de compétences de l'Union en matière sociale.

Mais surtout, l'enjeu est d'accorder aux citoyens européens les prestations de solidarité nécessaires à leur mobilité intra-européenne, tout en préservant l'équilibre des systèmes nationaux de solidarité. La question de l'ouverture des mécanismes de solidarité aux étrangers est toujours une question politique complexe car l'élargissement de la solidarité risque de la diluer ; il y a une

limite naturelle à l'universalisation des prestations sociales. Et au-delà de l'aspect purement quantitatif, on conviendra que la possibilité d'entrée dans les systèmes nationaux de redistribution a une incidence sur le contrat social national⁴⁰. Si elle apparaît comme souhaitable du point de vue de la réalisation d'une mobilité européenne, l'ouverture des systèmes nationaux de solidarité par la construction européenne peut remettre en cause, selon les termes de M. Ferrera⁴¹, l'architecture spatiale de la citoyenneté sociale, c'est-à-dire la base territoriale de la solidarité et l'identité de la communauté. C'est pourquoi M. Dougan et E. Spaventa suggèrent qu'avant de penser à ouvrir la solidarité nationale aux autres citoyens de l'Union, il conviendrait de trouver un argument moral convaincant pour justifier l'élargissement des frontières⁴². Les Etats ne disent pas autre chose lorsqu'ils expriment, par l'éloignement des *Roms* ou l'introduction de conditions au droit de séjour dans la directive 2004/38, les limites de l'extension de la solidarité nationale à laquelle ils sont prêts à consentir.

C'est donc dans cette passe étroite, sans solidarité européenne et craignant d'affaiblir les mécanismes nationaux de solidarité nationale, que le droit de l'Union tente de se frayer un chemin. Les voies empruntées ne sont pas exemptes de difficultés car il a une tension forte entre un projet de libre circulation totale dans l'Union européenne et sa garantie décentralisée. Si l'Union manque de soutien suffisamment explicite pour se voir confier des fonctions redistributrices, jusqu'où peut aller une solidarité européenne qui, n'étant pas distributrice mais régulatrice, emprunte le canal des solidarités nationales ? Le droit de l'Union construit progressivement la voie d'un compromis délicat, fondé sur l'idée d'une solidarité transnationale.

II. LES COMPROMIS DE LA SOLIDARITE TRANSNATIONALE

Pour réaliser la liberté de circulation des personnes sans affecter l'essence des systèmes de protection sociale des Etats, l'Union a dû emprunter des voies sinueuses. La voie de la « solidarité européenne », fondée sur des mécanismes de redistribution européens, ayant été immédiatement abandonnée, la seule issue praticable était celle de la « solidarité transnationale »⁴³. Le terme décrit la formation d'un espace de solidarité au-delà de l'Etat ou par-delà l'Etat. La notion exprime donc l'idée d'une solidarité entre ressortissants d'Etats membres par le biais d'un accès transnational

⁴⁰Avec Maurizio FERRERA, *op. cit.*, p. 22

⁴¹ *op. cit.*, p. 24.

⁴² Michael DOUGAN et Eleanor SPAVENTA, « 'Wish You Weren't Here...' New Models of Social Solidarity in the European Union », in Michael DOUGAN et Eleanor SPAVENTA (dir.), *Social Welfare and EU Law*, Hart Publishing, 2005, pp. 181-218

⁴³ Nous empruntons à Catherine BARNARD cette formule de « solidarité transnationale » : Catherine BARNARD, « EU Citizenship and the Principle of Solidarity », in Michael DOUGAN et Eleanor SPAVENTA (dir.), *Social Welfare and EU Law*, Hart Publishing, 2005, pp. 157-180.

aux systèmes nationaux de solidarité. C'est une solidarité entre les Européens mais non pas une solidarité européenne.

A de nombreux égards, ce qui a été réalisé est considérable. En partant de l'existant – les solidarités nationales –, le droit de l'Union a construit une véritable « exigence de solidarité »⁴⁴ à l'égard des Européens mobiles. Cette solidarité a été formée par « extension » des solidarités nationales (A), ce qui a produit un phénomène de recombinaison des solidarités (B). Mais ce mouvement d'ouverture n'est pas l'équivalent d'un processus d'universalisation des droits de solidarité. C'est par une extension graduée et catégorielle de la solidarité transnationale que les institutions de l'Union ont procédé. La solidarité à l'égard des nationaux des Etats membres est catégorielle, variable et conditionnée : elle est une solidarité modulée (C).

A. Une solidarité par extension des solidarités nationales

La clôture des systèmes de solidarité nationale passe essentiellement par les principes de territorialité et de nationalité. Par conséquent, la consécration d'un droit d'accès transnational aux régimes de protection sociale nécessitait leur dénationalisation et leur déterritorialisation. En réalité, l'extension procède d'un double mouvement concomitant : une ouverture par étirement des solidarités nationales (1) et une extension par agrégation de nouveaux membres dans le cercle des bénéficiaires de la solidarité (2).

1. L'étirement de l'aire des solidarités nationales

C'est d'abord par la remise en cause du principe de territorialité des législations sociales que le droit de l'Union a adapté les solidarités nationales aux exigences de la libre circulation. La déterritorialisation a été réalisée dans le cadre de la sécurité sociale dès 1957, sur le fondement de l'article 51 qui prévoyait la coordination des régimes nationaux de sécurité sociale. Il s'agissait de contraindre la loi de sécurité sociale à tenir compte des faits qui se localisent ou sont localisés sur le territoire d'un autre Etat membre. Ainsi, la technique de la totalisation des périodes d'assurance permet au migrant de ne pas être pénalisé par sa mobilité entre plusieurs pays d'emploi successifs. De même, la déterritorialisation passe par le versement des prestations hors du territoire, ce qui permet de résoudre le double problème de l'acquisition progressive des droits et de la

⁴⁴ Pour employer la formule de Sandrine MAILLARD dans sa thèse, *L'émergence de la citoyenneté sociale européenne*, Collection du Centre de droit social, PUAM, 2008, 472 p.

conservation des droits acquis⁴⁵. C'est le règlement 1408/71, modifié à plusieurs reprises⁴⁶, qui a organisé la déterritorialisation des législations des Etats membres en matière de sécurité sociale⁴⁷. L'aire de la solidarité nationale est donc étirée : elle se prolonge sur tout le territoire communautaire pour qu'il n'existe pas d'espace sans protection sociale.

Malgré l'application de ces mécanismes de coordination à un nombre important de prestations sociales, de nombreux droits sociaux restent toutefois conditionnés à une condition de résidence, soit parce qu'il s'agit de prestations non contributives⁴⁸, soit parce qu'il s'agit de droits qui ne relèvent pas de la « sécurité sociale ». Mais la Cour a encadré le recours aux clauses de résidence, comme l'illustre l'affaire Nerkowska⁴⁹, dans laquelle elle considère que la clause de résidence opposée à la demanderesse d'une pension accordée au titre des dommages causés en déportation, est disproportionnée. Certes, elle peut traduire le degré d'intégration à la société qui l'accorde mais l'exigence est excessive car Mme Nerkowska est Polonaise et a travaillé en Pologne. L'arrêt est d'autant plus intéressant que les prestations en faveur des victimes de la guerre sont expressément exclues du champ d'application du règlement 1408/71 et donc du principe d'exportabilité des prestations de sécurité sociale. Cela n'empêche pas la Cour de conclure à l'illicéité de la clause de résidence.

On peut encore illustrer l'action du juge au service de la déterritorialisation des droits de solidarité en rappelant son interprétation de la distinction entre prestation contributive ou non contributive⁵⁰, ou encore la jurisprudence dans laquelle la Cour soumet aux règles du traité sur la libre prestation de services la condition, pourtant énoncée dans le règlement 1408/71, d'un accord préalable de l'institution de sécurité sociale pour aller se faire soigner dans un autre Etat

⁴⁵ Voir sur cette question, Pierre RODIERE, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2008, pp. 598 et s.

⁴⁶ Règlement 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, JO L 149 du 05.07.1971, modifié à de nombreuses reprises et abrogé par le Règlement n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, JO L 166 du 30.04.2004, également modifié plusieurs fois, notamment par le règlement 1231/2010 du 24 novembre 2010 visant à étendre le règlement n° 883/2004 et le règlement n°987/2009 aux ressortissants des Etats tiers, JOUE, 29 décembre, n° L. 334, p. 1.

⁴⁷ Son article 10 dispose : « *les prestations en espèces d'invalidité, de vieillesse ou de survivants, les rentes d'accident du travail ou de maladie professionnelle et les allocations de décès acquises au titre de la législation d'un ou de plusieurs États membres ne peuvent subir aucune réduction, ni modification, ni suspension, ni suppression, ni confiscation du fait que le bénéficiaire réside sur le territoire d'un État membre autre que celui où se trouve l'institution débitrice* ».

⁴⁸ Alors régies par le règlement du 30 avril 1992 relatif aux prestations sociales non contributives, qui modifie le règlement 1408/71 et admet que ces prestations, qui devront être versées aux ressortissants communautaires et leur famille, pourront n'être versées que sur le territoire national.

⁴⁹ CJCE 22 mai 2008, *Halina Nerkowska contre Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Koszalinie*, Aff. C- 499/06. Voir pour une affaire comparable, l'arrêt CJCE 26 octobre 2006, *K. Tas-Hagen et R. A. Tas c. Raadskamer WUBO van de Pensioen-en Uitkeringsraad*, Aff. C- 192/05.

⁵⁰ CJCE, 8 mars 2001, *Jauch*, Aff. C-215-99. Voir également l'affaire *Leclere*, CJCE, 31 mars 2001, Aff. C- 43/99 concernant une allocation de maternité à laquelle la Cour a refusé le qualificatif de prestation sociale non-contributive, qui aurait fondé un refus d'exportabilité.

membre⁵¹. Sous l'influence du juge européen, les droits de solidarité octroyés par les régimes nationaux sont progressivement étirés, étendus. La sphère de la solidarité nationale se délocalise et s'étend, ses frontières sont déplacées. Mais en parallèle et à travers la dénationalisation des régimes de solidarité, la Cour a également étendu le cercle des bénéficiaires de la solidarité.

2. L'extension des solidarités nationales par agrégation de nouveaux bénéficiaires

L'ouverture des solidarités nationales a également été réalisée par leur dénationalisation : au nom du principe de non-discrimination selon la nationalité, le droit de l'Union a construit le droit d'accès des citoyens de l'Union aux solidarités des autres Etats membres. Le premier domaine concerné fut celui de la sécurité sociale où les clauses de nationalité ont du être supprimées en application de l'article 3 du règlement 1408/71. La jurisprudence a ensuite élargi le champ d'application du principe de non-discrimination, par le biais d'une définition généreuse de la notion d' « assuré » bénéficiaire du règlement 1408/71 et par l'extension aux membres de la famille d'un nombre important de droits couverts par le règlement 1408/71.

Le phénomène d'ouverture des sécurités sociales a été également soutenu par l'adoption de normes modificatives du règlement de 1971 puisque l'égalité de traitement a été étendue aux ressortissants d'Etats tiers membres de la famille d'un ressortissant communautaire, puis aux ressortissants d'Etats tiers relevant d'un accord d'association ou de coopération. Puis le mouvement d'ouverture de la sécurité sociale aux non-nationaux s'est accru. Ainsi, le règlement 859/2003 est venu étendre l'application du règlement 1408 et donc le droit de jouir de l'égalité de traitement, aux ressortissants d'Etats tiers en situation régulière et qui se déplacent dans la Communauté. Toutefois, seuls les étrangers résidant légalement et se trouvant dans une situation transfrontalière se voyaient reconnaître le droit d'accès à la sécurité sociale. Le récent règlement 1231/2010 du 24 novembre 2010⁵² visant à étendre le règlement n° 883/2004 et le règlement n°987/2009 aux ressortissants des Etats tiers constitue donc la touche finale de la dénationalisation des régimes de sécurité sociale : il étend le bénéfice de l'interdiction de discrimination fondées sur la nationalité aux ressortissants d'Etats tiers qui résident légalement sur le territoire d'un Etat membre sans condition de mobilité intra-européenne. Les régimes de solidarité nationale ont été décloisonnés, ouverts au service de la protection des personnes

⁵¹ Voir les jurisprudences Decker et Khol (CJCE, 28 avril 1998, *Raymond Kobl contre Union des caisses de maladie*, Aff. C-158/96) ou Watts (CJCE, 12 mai 2006, *Watts*, Aff. C-372/04) et aussi, pour le montant du remboursement interprété dans un sens favorable au patient mobile : CJCE 12 juillet 2001, *Abdon Vanbraekel c. Alliance nationale des mutualités chrétiennes*.

⁵² JOUE, 29 décembre, n° L. 334, p. 1.

mobiles par contigüité. Chaque évolution a permis d'attirer de nouveaux bénéficiaires dans le cercle des bénéficiaires de la solidarité.

Dans un dialogue constant avec le législateur, la jurisprudence a dénationalisé les solidarités nationales par le recours à des techniques les plus diverses. Le juge communautaire a ainsi interprété restrictivement les hypothèses de non-application des règles de coordination : ce fut le cas pour les prestations relevant de l'aide sociale, prestations non contributives⁵³, qui ont progressivement été attirées dans l'orbite du principe d'égalité. Ce faisant, les Etats ont progressivement accepté une responsabilité sociale plus importante pour les citoyens des autres Etats membres.⁵⁴ Hors de la sécurité sociale, l'extension de la solidarité sociale aux non-nationaux a été manifeste s'agissant des « avantages sociaux » visés par le règlement 1612/68 et qui étaient à l'origine conçus comme les droits sociaux liés à la qualité de travailleur. Mais on sait quel sort la Cour leur réserva, dès l'arrêt *Cristini*⁵⁵. A partir de cet arrêt, elle fit de la notion d'avantage social un véritable réceptacle, y attirant les prestations d'assistance sociale et médicales que le règlement 1408/71 avait exclues. Or, par le biais de cette extension, il était possible d'ouvrir aux travailleurs communautaires un nombre croissant de prestations sociales, indépendamment de leur nationalité.

En somme, par une application combinée et extensive des deux règlements 1408/71 et 1612/68, la Cour a ouvert le bénéfice d'un nombre croissant de prestations sociales dans l'Etat d'accueil. A travers une large définition du champ d'application du principe de non-discrimination, les institutions communautaires ont construit une solidarité entre Européens qui vient de l'étirement des systèmes nationaux au-delà de leur frontière d'origine et de l'inclusion de nouveaux bénéficiaires dans la sphère de solidarité des Etats membres. On comprend qu'une partie de la doctrine y ait vu la formation d'une « citoyenneté » sociale avant la lettre⁵⁶. Surtout, l'extension produit un effet sur la substance même des solidarités nationales qui sont remodelées : la solidarité transnationale recompose les solidarités nationales.

B. Les solidarités nationales recomposées

⁵³ Même si l'article 4 du règlement exclut de son champ d'application les prestations d'assistance sociale et médicales, la définition retenue par la Cour ouvre la voie à une lecture restrictive des prestations sociales qui peuvent être soumises à une condition de nationalité d'un Etat membre.

⁵⁴ Selon la formule de Dortje Sindbjerg MARTINSEN, « Social Security Regulation in the EU : The De-Territorialization of Welfare », in Grainne de BURCA (dir), *EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity*, OUP, 2005, p. 95.

⁵⁵ CJCE, 30 septembre 1975, *Cristini* c. SNCF, Aff. 32/75.

⁵⁶ Voir les analyses de Sandrine MAILLARD, *L'émergence de la citoyenneté sociale européenne*, Collection du Centre de droit social, PUAM, 2008, 472 p. Voir aussi Claire MARZO, « Vers une citoyenneté sociale européenne », *Droit Social*, 2007, n°2, p. 218-224.

L'introduction de la citoyenneté de l'Union a conforté l'extension des systèmes de solidarité mis en place par les Etats. Elle a même intensifié leur ouverture, au point qu'on peut y voir une véritable exigence de solidarité entre citoyens de l'Union (1). Mais pour concevoir un degré de solidarité à l'égard des Européens mobiles inactifs et indigents, le juge a dû réordonner les critères d'appartenance à la communauté solidaire (2).

1. Citoyenneté de l'Union et intensification de l'exigence de solidarité

Parce qu'elle a vocation à être le « *statut d'intégration sociale* »⁵⁷ des citoyens dans leur Etat de résidence, la citoyenneté de l'Union ne pouvait que renforcer le mouvement d'ouverture des solidarités nationales initié au profit du travailleur communautaire. Le recours à une citoyenneté permettait de concevoir un modèle de solidarité plus large, plus inclusif, moins centré sur les catégories économiques de migrants. Un véritable projet européen de solidarité devenait possible puisqu'il ne s'agissait plus d'ouvrir la solidarité à ceux qui y participent par leur travail mais de penser la citoyenneté de l'Union comme un lien suffisamment puissant et intégrateur pour qu'il fonde un devoir entre les Européens.

Nous verrons ce qu'une telle lecture comporte d'idéalisme mais cela ne dispense pas de rendre compte de l'incroyable construction réalisée par la Cour à partir de son arrêt *Martinez Sala*⁵⁸. La Cour y a déconnecté de la qualité de travailleur le droit au bénéfice du principe de non-discrimination selon la nationalité et y a admis que la qualité de citoyen de l'Union confère un titre direct à l'octroi des avantages sociaux. Puis la Cour n'a cessé d'étendre le champ d'application du principe d'égalité. C'est ainsi que dans l'arrêt *Baumbast*⁵⁹, elle a admis qu'un citoyen de l'Union puisse invoquer le droit de séjour alors qu'il ne remplit pas strictement les conditions économiques posées par le droit dérivé. On se situe bien ici face à un cas d'« *optimisation des droits de la citoyenneté* » par le biais d'un encadrement strict des limitations imposées par les législations nationales⁶⁰. Quant à l'arrêt *Grzelczyk*⁶¹, il est cet autre arrêt fondateur parce que la Cour y a utilisé cette double « formule »⁶² selon laquelle le statut de citoyen

⁵⁷ Loïc AZOULAI, « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul JACQUE*, Dalloz, 2010, p. 1.

⁵⁸ CJCE, 12 mai 1998, *Martinez Sala*, Aff. C-85/96.

⁵⁹ CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R contre Secretary of State for the Home Department*, Aff. C-413/99.

⁶⁰ Loïc AZOULAI, « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul JACQUE*, Dalloz, 2010, p. 5.

⁶¹ CJCE, 20 septembre 2001, *Rudy Grzelczyk*, Aff. C-184/99.

⁶² Sur le rôle des « formules » dans la fabrication de la jurisprudence, voir Loïc AZOULAI, « La fabrication de la jurisprudence communautaire », in P. MBONGO et A. VAUCHEZ (dir.), *Dans la fabrique du droit européen, Scènes, acteurs et*

de l'Union « *a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des Etats membres* », d'où il découle une « *certaine solidarité financière* » des ressortissants de l'Etat d'accueil avec ceux des autres Etats membres, notamment si les difficultés que rencontre le bénéficiaire du droit de séjour sont d'ordre temporaire⁶³.

L'apport jurisprudentiel consiste donc en un long et constant élargissement du champ d'application du principe de non-discrimination selon la nationalité au bénéfice du citoyen de l'Union. La Cour joue indifféremment, mais parfois simultanément, sur le registre du champ d'application matériel ou du champ d'application personnel du principe de non-discrimination. Dans l'affaire *Martinez Sala*⁶⁴, elle admet ainsi que toute prestation sociale couverte par une norme communautaire relève du droit communautaire et tombe sous le coup de la protection contre la discrimination. La conséquence est simple : tout citoyen de l'Union (travailleur ou inactif) pourra bénéficier de l'égalité de traitement pour tous les droits sociaux visés par les règlements communautaires. Ce faisant, la Cour parvient à contourner l'exigence du champ d'application personnel de ces textes, qui exige la qualité de travailleur ou pose des conditions économiques. Avec l'arrêt *Bidar*⁶⁵ en revanche, la Cour étend le champ d'application matériel du principe d'égalité. Elle revient sur la solution des affaires *Lair*⁶⁶ et *Brown*⁶⁷, où elle avait admis que les bourses accordées aux étudiants pour l'entretien et pour la formation échappaient au domaine d'application du traité CEE⁶⁸.

On pourrait égrener les affaires où la Cour, utilisant la citoyenneté de l'Union, intensifie l'ouverture des solidarités nationales en octroyant un large accès des Européens aux droits sociaux de l'Etat d'accueil. Ainsi, dans l'arrêt *Trojani*⁶⁹, elle admet que le droit de ne pas être discriminé en raison de sa nationalité est reconnu à un citoyen de l'Union inactif, même

publics de la Cour de Justice des Communautés européennes, Bruxelles, Bruylant, Collection Droit de l'Union européenne, 2009, pp. 153-170.

⁶³ La Cour en infère que le bénéfice d'une prestation sociale d'un régime non contributif, tel que le *minimex*, ne saurait être soumis à la condition que le citoyen séjournant légalement dans un autre Etat que le sien entre dans le champ d'application du règlement 1612/68 si aucune condition de cette nature ne s'applique aux ressortissants de l'Etat d'accueil. *M. Grzelczyk a pu conserver son droit de séjour malgré la demande d'aide sociale qu'il a formulée.*

⁶⁴ CJCE, 12 mai 1998, *Martinez Sala*, Aff. C-85/96.

⁶⁵ CJCE, 15 mars 2005, *Dany Bidar c. London Borough of Ealing*, Aff. C- 209/03. Voir A. P. VAN DER MEI, « Union citizenship and the 'De-Nationalisation' of the Territorial Welfare State, Comments on case C-456/02 *Trojani* and Case C-209/03 *Bidar* », *European Journal of Migration and Law*, 2005, 7, pp. 203-211

⁶⁶ CJCE, 21 juin 1988, *Sylvie Lair contre Universität Hannover*, Aff. C-39/86.

⁶⁷ CJCE, 21 juin 1988, *Steven Malcolm Brown contre The Secretary of State for Scotland*, Aff. C- 197/86. Une telle aide relève en effet de la politique d'enseignement, laquelle n'a pas été soumise en tant que telle à la compétence des institutions communautaires, et de la politique sociale, qui appartient au domaine de la compétence des Etats membres dans la mesure où elle n'avait pas fait l'objet de dispositions particulières du traité CEE.

⁶⁸ Dans l'affaire *Bidar*, la Cour considère qu'une aide accordée, que ce soit sous la forme de prêts subventionnés ou de bourses, aux étudiants séjournant légalement dans l'Etat membre d'accueil et visant à couvrir leurs frais d'entretien, entre dans le champ d'application du traité aux fins de l'interdiction de discrimination énoncée à l'article 12 CE. Cela lui permet alors d'examiner la licéité de la condition de résidence.

⁶⁹ CJCE, 7 octobre 2004, *Trojani*, Aff. C-456/02.

économiquement dépendant, sous la condition qu'il séjourne régulièrement en application du droit national de l'Etat d'accueil. On connaît également les affaires où la Cour, au nom de la citoyenneté de l'Union, conteste ou encadre les clauses de résidence qui font obstacle à l'exportabilité de prestations sociales. Ainsi l'affaire Tas-Hagen⁷⁰, ou encore l'arrêt Nerkowska dont la *ratio legis* est révélée par les conclusions de l'Avocat général Maduro⁷¹. Selon lui, un État membre ne saurait plus conditionner une obligation de solidarité à un lien d'intégration démontré par une condition de territorialité nationale car la « *citoyenneté de l'Union doit inciter les États membres à ne plus concevoir le lien légitime d'intégration uniquement dans le cadre étroit de la communauté nationale mais aussi dans celui plus large de la société des peuples de l'Union.* »⁷² En raison de l'existence de la citoyenneté de l'Union, la solidarité doit donc être pensée de façon européenne.

La citoyenneté de l'Union joue donc un rôle considérable dans l'ouverture des solidarités nationales. La jurisprudence est si extensive qu'elle permet à Sandrine Maillard de considérer que « *l'émergence du concept de citoyenneté sociale, dans le cadre communautaire, anime l'idée d'une solidarité européenne* »⁷³. L'auteur y voit même, en lien avec la charte des droits fondamentaux, le passage d'une solidarité purement économique à une solidarité entre les peuples et les citoyens européens. Il est vrai que la jurisprudence sur les inactifs sans ressources traduit l'apport de la citoyenneté européenne à la mise en place d'une solidarité transnationale. Longtemps exclus du mouvement d'élargissement des solidarités nationales, les inactifs sans ressources ont été les principaux bénéficiaires de l'interprétation constructive de la notion de citoyenneté européenne. Ils profitent de sa lecture stricte des conditions économiques exigées par le droit dérivé pour invoquer le droit de séjour. Au titre des jurisprudences Trojani, Bidar et Collins, ils peuvent invoquer, s'ils résident régulièrement sur le territoire de l'Etat d'accueil et y donnent des signes d'intégration, le principe de non-discrimination pour bénéficier de prestations non contributives. En somme, la Cour poursuit le mouvement d'expansion des solidarités nationales par une autre voie, qui combine la citoyenneté de l'Union et la condition d'intégration du citoyen européen dans la société d'accueil. Cette condition d'intégration dans la société d'accueil, également appelée critère du « lien réel »⁷⁴,

⁷⁰ CJCE 26 octobre 2006, *K. Tas-Hagen et R. A. Tas c. Raadskamer WUBO van de Pensioen-en Uitkeringsraad*, Aff. C-192/05.

⁷¹ Conclusions de l'avocat général MADURO présentées le 28 février 2008 dans l'affaire *Halina Nerkowska contre Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Koszalinie*, Aff. C- 499/06.

⁷² Point 23 des conclusions.

⁷³ Sandrine MAILLARD, *op.cit.*, p. 218.

⁷⁴ Dans l'affaire Collins, la Cour considère (pt 69) légitime qu'un État membre n'octroie une telle allocation qu'après que l'existence d'un lien réel du demandeur d'emploi avec le marché du travail de cet État a pu être établie. Puis elle ajoute (pt 70) que « l'existence d'un tel lien pourrait être vérifiée, notamment, par la constatation que la personne en cause a, pendant une période d'une durée raisonnable, effectivement et réellement cherché un emploi dans l'État membre en question. (...) Le Royaume-Uni est ainsi en mesure d'exiger un rattachement entre les personnes qui demandent à bénéficier d'une telle allocation et son marché du travail ».

est le nouveau sésame de l'accès aux prestations sociales pour le citoyen de l'Union inactif. C'est la condition qui permet de mesurer, selon l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, l'existence « *d'un certain enracinement dans le pays ou de liens de rattachement avec son marché du travail* ». Elle sera souvent attestée par une période de résidence dans l'Etat d'accueil, destinée à éviter « *le «tourisme social» pratiqué par des personnes qui se déplacent d'un État membre à un autre dans le but de bénéficier de prestations non contributives et pour prévenir les abus* »⁷⁵. Loïc Azoulay voit dans ce critère du lien réel une « *sorte de 'contre-limite' appliquée par la Cour aux limites que les Etats membres peuvent légitimement opposer à leur obligation de solidarité financière à l'égard des citoyens de l'Union* »⁷⁶. Il est vrai qu'avec l'introduction du critère de l'intégration, les institutions communautaires tentent de trouver un équilibre entre exigence de solidarité transnationale et protection des régimes nationaux de solidarité.

Approfondissant la citoyenneté sociale, la citoyenneté de l'Union est donc le support de l'accès aux droits de solidarité pour les Européens qui ne sont pas travailleurs. En ce sens, on est très proche de « *la reconnaissance d'un droit à l'intégration* »⁷⁷. Le sens de la responsabilité à l'égard des plus faibles, qui découle traditionnellement de la nationalité, est donc complété par un nouveau lien, basé sur une logique plus européenne, et modelée autour de l'objectif de la mobilité européenne. Mais l'ouverture des solidarités nationales n'est pas un simple étirement et ne consiste pas en une simple extension quantitative des personnes accédant à la protection sociale. Parvenue à un certain degré de réalisation, la solidarité transnationale conduit les solidarités nationales à se recomposer.

2. Les solidarités nationales réordonnées

La solidarité transnationale, qui procède des solidarités nationales, leur imprime un véritable mouvement de recomposition. Le droit de l'Union modifie en effet le cadre d'appartenance aux solidarités nationales, et ce d'une double manière.

Parce que la solidarité transnationale est réalisée sur le fondement de l'égalité des droits, elle dissocie l'appartenance à une communauté de solidarité et le droit d'invoquer le bénéfice des éléments de la solidarité instituée. Ce n'est pas comme membre de la communauté solidaire que le citoyen de l'Union peut bénéficier d'un droit de solidarité dans un autre Etat membre que le sien, mais parce que le droit de l'Union impose une assimilation de son statut à celui des membres de la communauté nationale. En somme, et c'est une première évolution, le droit de

⁷⁵ Conclusions de l'Avocat général RUIZ-JARAMO COLOMER du 10 juillet 2003 dans l'affaire Collins, Aff. C-138/02.

⁷⁶ Loïc AZOULAI, « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul JACQUE*, Dalloz, 2010, p. 15.

⁷⁷ Loïc AZOULAI, *op. cit.*, p. 16.

L'Union rompt le lien causal qui va traditionnellement de la qualité de membre d'une communauté au bénéfice des droits.

En parallèle, la Cour, recourt de plus en plus fréquemment au critère de l'intégration du citoyen dans l'Etat d'accueil pour étendre le bénéfice des droits sociaux. Quand est en cause l'accès du citoyen de l'Union à une prestation sociale, - ou la sauvegarde de son droit au séjour alors qu'il a demandé le bénéfice d'une prestation sociale-, la Cour utilise un raisonnement systématique. Elle admet que l'Etat vérifie si le citoyen de l'Union est intégré à la société ou au marché du travail national. Mais elle observe comment l'Etat contrôle la réalité de l'intégration. Fréquemment, la condition d'intégration est traduite par une clause de résidence, qui n'est pas en soi proscrite. Le juge procède alors à un contrôle de proportionnalité pour s'assurer que le critère posé mesure la réalité de l'intégration du citoyen de l'Union dans la société d'accueil⁷⁸.

En apparence, le critère d'intégration est neutre car il ne dit rien de ce qui fait la solidarité des membres de la communauté nationale. Ce critère, insiste Loïc Azoulai, « *n'est pas ajouté aux législations nationales ; il est tiré de l'objet même des mécanismes de protection concernés, dont la Cour se contente d'exiger une ouverture au profit de certains migrants placés dans une situation semblable à ceux qui en bénéficient* »⁷⁹. Mais cette analyse mérite discussion car le critère d'intégration vient progressivement jouer le rôle traditionnellement tenu par les critères de nationalité et de résidence. Couplé à la citoyenneté, le critère d'intégration tend à devenir le nouveau critère d'inclusion et d'exclusion de la communauté solidaire. On doit rappeler que le critère d'intégration permet d'inclure les citoyens de l'Union mais aussi les ressortissants d'Etats tiers de l'accès à l'égalité de traitement dans l'Etat d'accueil et de ce point de vue, il apparaît comme le point de rencontre entre le régime de liberté de circulation et le régime de migration des ressortissants d'Etats tiers⁸⁰. La montée en puissance de ce critère semble donc traduire une évolution des critères d'appartenance à la communauté nationale. Le lien établi entre l'ouverture de la solidarité nationale et la condition d'intégration n'est donc pas neutre : le droit de l'Union redessine les contours de la solidarité, son organisation, ses bénéficiaires, et donc travaille de l'intérieur la communauté et les critères par lesquels elle se définit. L'enjeu est tel pour les Etats que le droit de l'Union s'efforce de moduler l'exigence de solidarité qu'il énonce.

⁷⁸ Sur le lien réel dans le cas des demandeurs d'emploi, voir Oxana GOLYNKER, « Jobseekers' rights in the European Union : challenges of changing the paradigm of social solidarity », *European Law Review*, 30, 2005, pp. 111-122.

⁷⁹ Loïc AZOULAI, *op.cit* p. 16.

⁸⁰ Ségolène BARBOU des PLACES, « Quel régime pour la mobilité des personnes en Europe », *Chronique de droit européen et comparé* N° XXVIII, *Marché intérieur et espace de liberté, sécurité et justice. Droit de la libre circulation et droit des migrations : quelle articulation ?*, *Petites Affiches*, 29 septembre 2010, pp. 4-10. Voir aussi K. GROENENDIJK, « Legal concepts of Integration in EU Migration Law », *European Journal of Migration and Law*, (6) 2004, pp. 111-126.

C. Une solidarité modulée

Le mouvement d'extension des solidarités nationales que nous avons décrit n'est continu et homogène qu'en apparence. En réalité, malgré le rôle unificateur joué par la citoyenneté de l'Union, l'exigence de solidarité européenne se concrétise de façon plurielle et souvent inégale. La solidarité transnationale se réalise à travers une constellation de régimes de solidarité migrants (1). A y regarder de plus près, cette multitude de régimes pourrait bien révéler les limites de l'ambition de la solidarité transnationale (2).

1. Une constellation de régimes de solidarités

La solidarité transnationale est réalisée de manière graduée car elle se concrétise différemment selon les catégories juridiques de migrants. Malgré le projet d'une citoyenneté dont la vocation était de dépasser les catégories juridiques du marché, le droit de l'Union module l'obligation de solidarité due aux migrants en fonction de leur catégorie. La citoyenneté de l'Union n'est donc pas parvenue à émanciper la construction de la solidarité transnationale de ces catégories : conçue pour les travailleurs, elle a été étendue aux destinataires de services dès 1989⁸¹, puis aux étudiants et inactifs dotés de ressources, puis aux membres de la famille, puis progressivement, sous la condition d'intégration qu'on a décrite, aux inactifs sans ressources. Mais les droits accessibles décroissent au fur et à mesure que l'on s'éloigne de la qualité de travailleur alors que les conditions d'accès aux droits de solidarité s'accroissent.

La solidarité transnationale est donc une constellation de régimes spécifiques de solidarité, qui oscillent autour d'un axe central : la préservation de l'intégrité de la solidarité nationale. L'intégrité doit être entendue largement car elle a une double signification. L'intégrité des régimes nationaux de solidarité nationale fait d'abord référence à leur viabilité, notamment financière. On sait combien le droit de l'Union a intégré cette contrainte financière, en limitant le devoir de solidarité à la condition que la charge ne soit pas « déraisonnable »⁸² ou en admettant que les Etats fassent obstacle au tourisme social⁸³, c'est-à-dire à une mobilité exclusivement motivée par un bénéfice social. Mais l'intégrité des solidarités nationales ne se résume pas à cette seule dimension

⁸¹ CJCE, 2 février 1989, *Ian William Cowan c. Trésor public*, Aff. C-186/87

⁸² Voir article 14 de la directive 2004/38.

⁸³ Voir les conclusions de l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER, présentées le 10 juillet 2003, à l'occasion de l'affaire Collins (C-138/02) : « je suis d'avis qu'une condition de résidence, destinée à vérifier l'existence d'un enracinement dans le pays et la réalité des liens du demandeur avec le marché du travail national, peut être justifiée pour éviter ce que l'on appelle le «tourisme social» pratiqué par des personnes qui se déplacent d'un État membre à un autre dans le but de bénéficier de prestations non contributives et pour prévenir les abus ».

financière : elle renvoie également à la préservation du principe justificatif qui fonde tout régime de solidarité. Le principe justificatif est la raison, le motif pour lequel une personne est disposée à payer pour une personne défavorisée. C'est ce qui la conduit à vouloir aller plus loin que l'assurance privée, qui calcule les cotisations en fonction du risque présenté par l'assuré et sans tenir compte des ressources personnelles. Et généralement, c'est l'appartenance à une même communauté (nationale, religieuse, etc) qui constitue le principe justificatif de la solidarité, ou un intérêt ou une conscience particulière d'un devoir moral à l'égard des plus faibles.

Le droit de l'Union prévoit donc un accès à la solidarité de l'Etat d'accueil différencié selon le type de migrant, car outre la protection de l'intérêt financier de l'Etat, l'enjeu est de préserver le principe justificatif du régime de solidarité. C'est pourquoi les travailleurs communautaires ont rapidement été admis au bénéfice des droits de solidarité nationale, en leur seule qualité de travailleur car ils contribuent, par leur activité économique, au financement des régimes de solidarité. Il est donc aisé d'identifier un principe qui justifie que la communauté nationale étende sa solidarité jusqu'à eux. Au contraire, on peine à trouver le principe qui viendrait justifier la solidarité à l'égard d'un inactif sans ressource –un étudiant par exemple –, dès lors qu'il n'appartient pas à une communauté de travailleurs et ne contribue pas aux ressources sociales de la société d'accueil. Parce que le principe justificatif est plus incertain, la Cour a donc du rattacher la situation de cet étudiant à la citoyenneté de l'Union et justifier son « intégration » minimale dans la société d'accueil. En outre, elle ne contraint l'Etat, à son égard, qu'à un « certain degré » de solidarité et ce parce que son besoin de solidarité n'est que « temporaire »⁸⁴.

Derrière les variations propres à chaque catégorie de migrants, on aperçoit donc une cohérence dans l'effort de concrétisation de la solidarité transnationale. Chaque régime spécifique est un point d'équilibre entre l'exigence de solidarité transnationale et la préservation de l'intégrité des solidarités nationales. C'est pourquoi la solidarité transnationale est modulée en fonction de différents paramètres : le statut du citoyen de l'Union (travailleur, destinataire de service, étudiant, demandeur d'emploi, inactif, avec ou sans ressources, visiteur temporaire), le besoin de solidarité (faible ou important, temporaire ou prolongé, qui représente une charge raisonnable ou déraisonnable pour les finances de l'Etat d'accueil) et son rapport avec la société d'accueil (qui peut être mesuré par la durée de résidence, un « lien réel » découlant du passé ou de la recherche d'un emploi). Ces paramètres sont combinés de telle sorte que plus le citoyen est « proche » de la société d'accueil, plus l'exigence de solidarité est forte à son égard⁸⁵.

⁸⁴ CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, Aff. C- 184/99.

⁸⁵ C'est ainsi que le résident de longue durée acquiert grâce à la directive 2004/38 un véritable statut d'intégration sociale et bénéficie, après 5 ans de résidence, de l'égalité pour l'ensemble des droits garantis par l'Etat d'accueil. A

En somme, la citoyenneté européenne n'est pas parvenue à absorber les catégories juridiques du marché qui la précédaient⁸⁶. L'empilement successif de droits et l'attraction par cercles de nouvelles catégories de personnes dans le champ d'application personnel et matériel du traité a conduit à une solidarité transnationale « en bouquets » et conduit à une intensité variable, donc inégale de l'obligation de solidarité à l'égard des Européens. Cette mosaïque de régimes désigne peut être la limite d'une construction européenne qui ne parvient pas à ériger une exigence généralisée de solidarité transnationale. Cette constellation de régimes de solidarité trahit aussi l'existence de plusieurs types de solidarité à l'œuvre.

2. Pluralité de solidarités transnationales ou solidarité minimale ?

Le terme de solidarité transnationale est suffisamment englobant pour décrire simultanément l'ouverture de droits de solidarité aux travailleurs par le biais de l'extension de la catégorie des avantages sociaux et la reconnaissance au citoyen de l'Union du bénéfice d'une allocation chômage. Mais il n'est pas certain qu'il s'agisse, dans les deux cas, de la même solidarité. Si l'on cherche « au nom de quoi » la solidarité nationale est étendue aux Européens mobiles, on trouve des réponses variées pour chaque catégorie de migrant et surgit alors la diversité des solidarités à l'œuvre dans le projet de mobilité européenne.

C'est pour le travailleur que la réponse est la plus évidente car son accès aux droits de solidarité dans l'Etat d'accueil n'est pas soumis à d'autres conditions que celle d'être un « travailleur » au sens du traité. Le citoyen de l'Union travailleur, a en raison de cette seule qualité, mérité la solidarité car il contribue aux finances sociales de l'Etat d'accueil. La solidarité à son égard procède donc de la logique commutative de l'échange qui a permis de fonder le marché intérieur. C'est cette logique marchande qui explique l'interprétation extensive de la notion d'avantages sociaux contenue dans le règlement 1612/68 ou l'universalisation progressive des droits de sécurité sociale⁸⁷. La solidarité transnationale à l'égard de ces acteurs économiques est donc une solidarité rendue nécessaire par les règles du marché. C'est un exemple de solidarité par

l'autre extrême, l'inactif sans ressource formant le projet de rester durablement ne bénéficie que d'une exigence limitée de solidarité puisqu'il ne doit pas devenir une charge déraisonnable. En outre, l'exigence de solidarité à son endroit dépend de son intégration minimale et s'exprime en « degrés ».

⁸⁶ Pour la persistance des catégories juridiques du marché dans le droit de la liberté de circulation, voir Rémy HERNU, « Le ressortissant communautaire, étranger ou citoyen dans l'Union européenne, » in Myriam BENLOLO-CARABOT et Karine PARROT (dir.), *Actualité du droit des étrangers. Un cadre renouvelé, des principes inchangés*, Bruxelles, Bruylant, Collection Droit de l'Union européenne, à paraître 2011.

⁸⁷ Stefano GIUBBONI, « Free Movement of Persons and European Solidarity », *European Law Journal*, Vol. 13, n° 3 May 2007, pp. 360-379.

interdépendance ou de solidarité organique au sens décrit par Durkheim ; c'est la solidarité typique des sociétés différenciées que la division du travail a rendues interdépendantes.

Il n'est pas certain que la solidarité transnationale à l'égard des inactifs sans ressources soit de même nature. C'est la raison pour laquelle, s'agissant de la charge représentée par les étudiants s'inscrivant dans les cursus universitaires en Belgique, l'Avocat général Scharpston raisonne en deux temps dans l'affaire Bressol⁸⁸. Elle admet tout d'abord que « *même si les étudiants ne contribuent pas directement au système fiscal de l'État dans lequel ils suivent leurs études universitaires, ils représentent une source de revenus pour les économies locales du lieu d'implantation de l'université et, également, de façon restreinte, pour les budgets nationaux, par le biais des impôts indirects* ». Puis, constatant l'impasse que constitue la recherche d'une logique commutative, elle ajoute que « *poussé jusqu'au bout de sa logique, l'argument selon lequel seuls ceux qui ont contribué en payant des impôts devraient avoir accès à des prestations financées par l'État aboutirait à écarter de toute prestation les ressortissants d'un État membre qui n'ont pas payé d'impôts ou qui n'ont versé qu'une contribution modeste* ». C'est donc un autre type de solidarité qui est mis en place pour les inactifs. Et c'est ce que révèle le recours au critère combiné de la citoyenneté et de l'intégration dans l'Etat d'accueil.

L'utilisation du critère d'intégration traduit la volonté de construire un régime d'assimilation des étrangers aux membres de la communauté nationale. En posant que seuls les citoyens de l'union « intégrés » auront le bénéfice des droits de solidarité, on indique que la solidarité n'existe qu'à l'égard de ceux qui présentent une similitude, ceux dont la communauté nationale peut dire : « c'est un des nôtres ». D'où la vérification par la Cour de la réalité de l'enracinement dans la société d'accueil, qui va bien plus loin qu'une simple condition de résidence car elle tend à décrire une appartenance, à permettre une identification. C'est parce qu'il sera suffisamment proche de la communauté (en raison d'une résidence suffisamment longue, d'un lien avec un membre de la famille d'un citoyen de l'Union⁸⁹ ou en sa qualité de victime nationale⁹⁰), que ce citoyen est habilité à demander l'accès aux droits de solidarité. La solidarité transnationale n'est donc plus ici une solidarité par interdépendance fondée sur l'échange, mais une solidarité en raison de l'appartenance ; elle n'est pas une solidarité par différenciation mais une solidarité par identification. On se rapproche de la solidarité mécanique décrite par

⁸⁸ Conclusions de l'Avocat général SHARPSTON présentées le 25 juin 2009, dans l'affaire C-73/08, *Nicolas Bressol e.a. et Céline Chaverot e.a. contre Gouvernement de la Communauté française*.

⁸⁹ CJUE, 23 février 2010, *Maria Teixeira c/ London Borough of Lambeth*, Aff. C-480/08. Voir Valérie MICHEL : « Rejet d'une interprétation régressive de la jurisprudence Baumbast », commentaire des arrêts CJUE, *Maria Teixeira c/ London Borough of Lambeth*, 23 février 2010, C-480/08 et CJUE, *London Borough of Lambeth c/ Nimco Hassan Ibrahim*, 23 février 2010, C-310/08 (39), *Europe*, avril 2010, n° 4, comm. 131.

⁹⁰ CJCE 22 mai 2008, *Halina Nerkmowska contre Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Koszalinie*, Aff. C- 499/06.

Durkheim. On dira aussi, pour reprendre les termes de Scelles, que l'on est passé d'une solidarité par dissemblances à une solidarité « par similitudes »⁹¹.

En somme, la réalisation de la solidarité transnationale n'a pas été un processus continu. Les mécanismes du marché utilisés pour réaliser la libre circulation du travailleur reposent sur une certaine forme de solidarité, consentie. Cette solidarité du marché est différente d'un principe de justice sociale mais elle a pu, par extension, conduire à des formes de redistribution au profit des travailleurs communautaires. La tentative de fonder des mécanismes de solidarité hors du marché, par la réalisation d'une solidarité transnationale à l'égard des plus défavorisés, conduit donc à une situation paradoxale. D'un côté, les institutions de l'Union sont parvenues à réaliser un certain degré de solidarité à l'égard des Européens les plus faibles, par extension de solidarités nationales pourtant conçues comme des sphères protégées et exclusives. Mais les résistances à l'ouverture sont telles que la citoyenneté de l'Union ne suffit pas à justifier seule une extension des solidarités nationales. D'où la montée en puissance du critère d'intégration qui s'ajoute à la citoyenneté pour permettre une ouverture sélective de ceux qui, en raison de leur « proximité »⁹², c'est-à-dire leur similitude avec la société d'accueil, pourront accéder à la solidarité nationale. Les plus pessimistes y verront donc le déclin de l'exigence de solidarité entre les citoyens européens⁹³ car si l'octroi d'un statut social au citoyen de l'Union a longtemps eu pour finalité son intégration sociale dans l'Etat d'accueil, aujourd'hui et par renversement de la logique, c'est l'octroi de ce statut qui est largement conditionné à une certaine intégration sociale. En témoignent les termes de la directive 2004/38 qui lie l'obligation de solidarité vis-à-vis des citoyens de l'Union à leur intégration préalable dans l'Etat d'accueil. Ainsi, le citoyen intégré depuis 5 ans accède à la totalité des droits de solidarité nationale ; l'Etat peut en revanche refuser l'accès aux droits sociaux pendant les trois premiers mois aux inactifs : l'exigence de solidarité à leur égard est donc suspendue⁹⁴.

Cette observation conduit à se demander si la réalisation de la solidarité à l'égard des Européens mobiles n'a pas trouvé son point limite « dans l'état actuel du droit communautaire ». Par la voie d'une solidarité transnationale, exclusivement fondée sur une logique d'égalité de traitement et la reconnaissance de droits individuels, le droit de l'Union n'ira probablement pas plus loin que ces affinités sélectives. La solidarité restera conditionnée, limitée et par degrés. Il reste donc à imaginer d'autres voies pour une solidarité plus collective, plus européenne ; il en va du projet même de la liberté de circulation des « personnes » dans l'Union européenne.

⁹¹ Georges SCELLES, *Manuel de droit international public*, Paris, Montchrestien, 1948, p. 7.

⁹² Voir Marc FALLON, « Le principe de proximité dans le droit de l'Union européenne », in *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz 2005, p. 241.

⁹³ Sandrine MAILLARD, *op.cit.*, pp. 238-9.

⁹⁴ Sandrine MAILLARD, *op.cit.*, p. 239.