



HAL
open science

La conjonction des libertés de circulation et des droits fondamentaux

Vincent Réveillère

► **To cite this version:**

Vincent Réveillère. La conjonction des libertés de circulation et des droits fondamentaux. Boujeka A., T-H. Groud et L. Zevounou (dir.), Les libertés européennes au-delà de l'économie, Mare et Martin, p. 197-210, 2019. hal-02310679

HAL Id: hal-02310679

<https://hal.science/hal-02310679v1>

Submitted on 10 Oct 2019

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.

La conjonction des libertés de circulation et des droits fondamentaux

Vincent Réveillère

Les libertés de circulation sont le fondement même du marché intérieur : la doctrine européeniste les désigne couramment en anglais comme les « libertés fondamentales¹ ». Leur régime a en grande partie été construit par le juge de l'Union. Leur champ d'application n'a cessé de s'étendre. Elles permettent aujourd'hui de remettre en cause n'importe quelle mesure nationale, à condition que cette mesure ait un effet restrictif sur la circulation, circulation qui n'est plus nécessairement de nature économique depuis l'introduction de la citoyenneté de l'Union européenne. Les droits fondamentaux, absents des traités à l'origine, ont d'abord fait l'objet d'une protection prétorienne par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), avant d'être mentionnés par les Traités puis consacrés par l'entrée en vigueur de la charte des droits fondamentaux, en attendant l'adhésion projetée à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), repoussée par l'avis 2/13². Rien dans les Traités ne concerne l'articulation des libertés de circulation et des droits fondamentaux. Celle-ci résulte donc essentiellement du droit dérivé et de la jurisprudence de la CJUE, nous concentrerons notre attention sur la dernière.

Les rapports entre les libertés de circulation et les droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour prennent différentes formes. Dans des arrêts retentissants, comme *Viking*³, *Schmidberger*⁴ ou *Omega*⁵, les droits fondamentaux sont opposés aux libertés de circulation. C'est le plus souvent sous cet angle qu'est discutée la relation entre droit fondamentaux et libertés de circulation. La question est traitée par Myriam Benlolo-Carabot dans cet ouvrage. Il nous incombe, au contraire, de parler de la conjonction des libertés de circulation et des droits fondamentaux. Nous l'entendrons au sens des cas où ils sont invoqués ensemble, la conjonction désignant, selon le *Littre*, « l'action de conjointre ». Dans cette perspective, la conjonction suppose la différence. Nous ne traiterons donc pas de ce qui pourrait être vu comme un aboutissement voire un dépassement de la conjonction : les cas dans lesquels les libertés de circulation sont conçues comme des droits fondamentaux, sujet abordé par Lionel Zevounou dans sa contribution.

¹ V. par ex. T. Kingreen, « Fundamental Freedoms », in A. von Bogdandy et J. Bast (dir.), *Principles of European constitutional law*, 2^e éd., Hart - Beck, 2009, p. 515.

² CJUE, 18 décembre 2014, *Adhésion de l'Union à la CEDH* (Avis 2/13), ECLI:EU:C:2014:2454.

³ CJUE, 11 décembre 2007, *The International Transport Workers' Federation et The Finnish Seamen's Union* (aff. C-438/05), ECLI:EU:C:2007:772.

⁴ CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger* (aff. C-112/00), EU:C:2003:333.

⁵ CJCE, 14 octobre 2004, *Omega* (aff. C-36/02), EU:C:2004:614.

Alors que les libertés de circulation ont initialement été pensées dans le cadre d'une Union économique, les droits fondamentaux s'inscrivent dans l'idéologie, le terme n'est pas ici négatif, des droits de l'homme. En ce sens, leur conjonction peut paraître étonnante – Antoine Bailleux, un des auteurs ayant travaillé sur cette question, parle en ce sens d'un « improbable partenariat⁶ ». Nous nous interrogerons sur le rôle que jouent les droits fondamentaux lorsqu'ils sont invoqués aux côtés des libertés de circulation. Comment le langage des droits fondamentaux intervient-il dans le cadre des affaires concernant les libertés de circulation ? Faut-il y voir une instrumentalisation des droits fondamentaux ou, au contraire, des libertés de circulation ? Enfin, comment ces conjonctions traduisent-elle une difficile éviction de l'économie ?

Ces questions ne seront pas traitées de façon abstraites ou générales, mais à partir de l'étude de cas emblématiques montrant une conjonction entre droits fondamentaux et libertés de circulation. Il convient tout d'abord de mettre en évidence les différentes formes de conjonctions à l'œuvre (I), avant de souligner les difficultés entraînées par le caractère occasionnel de ces associations (II).

I. LES DIFFÉRENTES FORMES DE CONJONCTIONS A L'ŒUVRE

Différentes formes de conjonctions sont à l'œuvre entre les droits fondamentaux et les libertés de circulation. Nous les présenterons à partir de cas-typiques (A) avant de montrer leur caractère instrumental (B).

A. Des conjonctions diverses

Les droits fondamentaux peuvent essentiellement jouer à deux niveaux lorsque la Cour se prononce sur un cas concernant la libre circulation. Tout d'abord, ils peuvent être pris en compte lors de la caractérisation de l'entrave – c'est-à-dire à l'occasion de l'établissement qu'une mesure nationale restreint la libre circulation. Ensuite, ils peuvent se trouver au moment de la justification de la restriction – c'est-à-dire lorsque les États produisent des raisons qui peuvent rendre l'atteinte à la circulation compatible avec le droit de l'Union.

1. Le modèle Singh : la conjonction pour établir l'entrave

Dans l'affaire *Singh*⁷, un ressortissant d'un État tiers, marié avec une citoyenne britannique, avait séjourné et travaillé avec cette dernière en Allemagne pendant plusieurs années avant que le couple ne revienne au Royaume-Uni pour commencer une activité commerciale. La Cour décide que M. Singh peut disposer d'un titre de séjour en vertu du droit de l'Union. Elle initie une des structures de raisonnement les

⁶ A. Bailleux, « Les alliances entre libre circulation et droits fondamentaux. Le “flou” au cœur de la jurisprudence communautaire », *JDE* 2009, p. 57.

⁷

plus singulières du droit des libertés de circulation : l'entrave à la sortie par les obstacles mis au retour. Le raisonnement, qui pousse à l'extrême l'effet utile des libertés de circulation, est le suivant : l'effectivité de la libre circulation de Mme Singh est remise en cause si elle ne peut revenir sur le territoire de son État de nationalité avec son mari parce que l'anticipation de cet obstacle posé à un éventuel retour la dissuaderait de quitter le territoire national.

Dans cette affaire, les droits fondamentaux jouent au moment d'établir l'entrave à la circulation : la Cour considère que l'atteinte à la vie familiale affecte l'effectivité de la libre circulation.

« Un ressortissant d'un État membre pourrait être dissuadé de quitter son pays d'origine pour exercer une activité salariée ou non salariée, au sens du traité, sur le territoire d'un autre État membre s'il ne pouvait pas bénéficier, lorsqu'il revient, dans l'État membre dont il a la nationalité pour exercer une activité salariée ou non salariée, de facilités d'entrée et de séjour au moins équivalentes à celles dont il peut disposer, en vertu du traité ou du droit dérivé, sur le territoire d'un autre État membre.

Il serait, en particulier, dissuadé de le faire si son conjoint et ses enfants n'étaient pas autorisés, eux aussi, à entrer et à séjourner sur le territoire de cet État dans des conditions au moins équivalentes à celles qui leur sont reconnues par le droit communautaire sur le territoire d'un autre État membre⁸. »

Cette figure de raisonnement se retrouve par la suite dans d'autres affaires, avec toutefois une justification légèrement différente. Dans l'affaire *Eind*⁹, la Cour applique ce raisonnement à la libre circulation du travailleur, dans son arrêt *O et B*¹⁰, au citoyen de l'Union. Il a récemment été repris par l'Avocat général Bot dans un contexte différents lors de ses conclusions sur l'affaire *Lounes*¹¹.

2. Le modèle Carpenter : la conjonction au stade de la justification

L'affaire *Carpenter*¹² est certainement l'un des cas les plus emblématiques de la conjonction des droits fondamentaux et des libertés de circulation. Mme Carpenter, ressortissante philippine sans titre de séjour, est mariée à un citoyen britannique résidant au Royaume-Uni. Celui-ci exploite une entreprise qui vend de la publicité dans des revues médicales et réalise une part importante de son chiffre d'affaire avec des annonceurs d'autres États membres. La requérante au principal conteste la légalité d'un ordre d'expulsion qui lui est adressé par les autorités britanniques. Dans cette affaire, les droits fondamentaux jouent à deux niveaux. Tout d'abord, comme dans l'arrêt *Singh*, c'est l'atteinte à la vie familiale de M. Carpenter qui permet d'établir l'entrave à la libre

⁸ CJCE, 7 juillet 1992, *Singh*, *op. cit.*, para. 19-20.

⁹ CJCE, 11 décembre 2007, *Eind* (aff. C-291/05), EU:C:2007:771.

¹⁰ CJUE, 12 mars 2014, *O. et B.* (aff. C-456/12), EU:C:2014:135.

¹¹ CJUE, 14 novembre 2017, *Lounes* (aff. C-165/16), EU:C:2017:862. Celui-ci n'a toutefois pas été suivi sur ce point par la Cour. Sur cette affaire, V. V. Réveillère, « Family rights for naturalized EU citizen : *Lounes* », *Common Market Law Review*, 2018, vol. 55, no 6, p. 1855.

¹² CJCE, 11 juillet 2002, *Carpenter* (aff. C-60/00), EU:C:2002:434.

prestation de service. Ensuite, les droits fondamentaux interviennent également au moment de la justification de la mesure portant atteinte aux libertés de circulation.

La possibilité d'invoquer des motifs d'intérêt général pour justifier une mesure portant atteinte à la liberté de circulation a été conçue comme un moyen de préserver l'autonomie réglementaire des États membres. Apparues dans le cadre de la liberté de circulation des marchandises, à la suite du célèbre arrêt *Cassis de Dijon*¹³, décidant qu'un État peut invoquer des « exigences impératives d'intérêt général », elles se retrouvent pour la liberté de circulation des personnes comme des « considérations objectives¹⁴ » ou des « raisons impérieuses d'intérêt général¹⁵ ». Ce faisant, la Cour estime que certains objectifs, poursuivis par les réglementations nationales, peuvent faire échec à ce qu'une atteinte aux libertés de circulation ou une discrimination en raison de la nationalité soient contraires au droit de l'Union. Dans une figure typique, les droits fondamentaux sont invoqués comme un objectif légitime par les gouvernements nationaux afin de justifier une restriction à la libre circulation (V. par ex. *Schmidberger*¹⁶).

Au contraire, dans l'arrêt *Carpenter*, les droits fondamentaux sont invoqués conjointement aux libertés de circulation. En effet, reprenant sa jurisprudence antérieure, la Cour estime qu'

« un État membre ne peut invoquer des motifs d'intérêt général pour justifier une mesure nationale qui est de nature à entraver l'exercice de la libre prestation des services que lorsque cette mesure est conforme aux droits fondamentaux dont la Cour assure le respect¹⁷ ».

En s'inspirant explicitement de la jurisprudence de la CourEDH, la Cour décide que la décision d'expulser Mme Carpenter ne respecte pas un « juste équilibre » entre le droit de M. Carpenter au respect de sa vie familiale d'une part et d'autre part la défense de l'ordre public et de la sécurité publique. La Cour estime qu'il s'agit d'une ingérence disproportionnée avec le but poursuivi. La justification proposée par l'État ne peut donc pas être acceptée, et l'article du Traité consacré à la libre prestation des services, lu à la lumière de la CEDH, s'oppose à une mesure d'expulsion de ce type.

Les droits fondamentaux permettent ici d'encadrer les raisons avancées par l'État pour justifier une restriction à la circulation. Cette configuration, dans laquelle les droits fondamentaux sont joints à la liberté de circuler au moment de la justification se retrouve souvent dans la jurisprudence relative à la liberté de circulation du citoyen. Ainsi, des arrêts de la Cour opposent conjointement le droit de circuler et le respect

¹³ CJCE, 20 février 1979, *Rewe / Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (aff. C-120/78), EU:C:1979:42.

¹⁴ CJCE, 23 mai 1996, *O'Flynn / Adjudication Officer* (aff. C-237/94), EU:C:1996:206, para. 19 (liberté de circulation des travailleurs).

¹⁵ CJCE, 25 juillet 1991, *Säger / Dennemeyer* (aff. C-76/90), EU:C:1991:331, para. 15 (libre prestation des services) et CJCE, 30 novembre 1995, *Gebhard / Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* (aff. C-55/94), EU:C:1995:411, para. 37 (liberté d'établissement).

¹⁶ CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, *op. cit.*

¹⁷ CJCE, 11 juillet 2002, *Carpenter*, *op. cit.*, para. 40.

de la vie privée et familiale à un motif d'ordre public (V. par ex. l'arrêt *Tsakouradis*¹⁸), à la politique migratoire de l'État (V. par ex. l'arrêt *Metock e.a.*¹⁹) ou au droit international privé (V. par ex. l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff*²⁰).

B. Des conjonctions instrumentales

Si les rapports entre les libertés de circulation et les droits fondamentaux peuvent être vus comme instrumentaux, différentes lectures de cette instrumentalisation sont possibles.

1. Les droits fondamentaux comme instruments de la liberté de circulation

Dans une première lecture, les droits fondamentaux sont conçus comme des instruments de la libre circulation. C'est la lecture la plus immédiate de certains cas, du moins pour ce qui concerne le jeu des droits fondamentaux au moment de l'établissement de la restriction à la circulation. Les droits fondamentaux sont formellement protégés en tant qu'ils permettent ou facilitent la circulation et donc, du moins avant la citoyenneté, ils sont mis au service d'un objectif économique. Il n'y a dans ce cas pas « d'éviction de l'économie ». Un exemple typique de ce rapport se trouve dans certains passages de l'arrêt *Carpenter* où la protection des droits fondamentaux est présentée en tant qu'elle remet en cause la liberté de circuler :

« Il convient dans ce contexte de rappeler que le législateur communautaire a reconnu l'importance d'assurer la protection de la vie familiale des ressortissants des États membres *afin* d'éliminer les obstacles à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité, [...].

Or, il est constant que la séparation des époux Carpenter nuirait à leur vie familiale et, *partant*, aux conditions de l'exercice d'une liberté fondamentale par M. Carpenter [...]»²¹.

Cette rhétorique se trouvait dans l'argumentation des parties au principal : ce que fait valoir Mme Carpenter est que son mari pouvait circuler dans le cadre de son activité économique « plus facilement depuis qu'elle s'occupait des enfants de celui-ci, nés d'une première union, de sorte que son expulsion restreindrait le droit de son mari à effectuer et recevoir des prestations de services²². » Les autorités britanniques admettent quant à elles que Mme Carpenter « pouvait être indirectement responsable du succès croissant de l'entreprise de son mari²³ ». Il en va de même devant la Cour, c'est l'effet d'une expulsion sur l'« activité professionnelle » de M. Carpenter qui est

¹⁸ CJUE, 23 novembre 2010, *Tsakouradis* (aff. C-145/09), EU:C:2010:708.

¹⁹ CJCE, 25 juillet 2008, *Metock e.a.* (aff. C-127/08), EU:C:2008:449.

²⁰ CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff* (aff. C-438/14), EU:C:2016:401.

²¹ CJCE, 11 juillet 2002, *Carpenter*, *op. cit.*, para. 38-39.

²² *Ibid.*, para. 17.

²³ *Ibid.*, para. 18.

allégué²⁴. Dans les affaires *S. et G.*²⁵, la Cour transpose le raisonnement à l'œuvre dans *Carpenter* aux travailleurs frontaliers, en insistant de façon très claire sur le fait qu'un droit de séjour dérivé ne saurait être accordé que pour préserver l'effet utile de la libre circulation²⁶.

De même, dans les arrêts *Singh, Eind* et *O et B*, si la vie familiale développée dans un autre État membre est prise en compte, la Cour ne mentionne pas un *droit* à la vie familiale. Ce qui est considérée, dans le discours de la Cour, est l'effet d'une remise en cause de la vie familiale sur l'effectivité de la libre circulation. Le schéma de l'entrave à la sortie par les obstacles mis au retour considère l'atteinte à la vie familiale dans la perspective d'établir une atteinte à la liberté de circuler et non pour elle-même.

2. Les libertés de circulation comme instruments des droits fondamentaux

Dans une deuxième lecture, les libertés de circulation sont perçues comme des instruments des droits fondamentaux. C'est une lecture qui n'est pas explicite mais qui est souvent retenue par les commentateurs lorsqu'ils cherchent ce qui a motivé la Cour derrière le raisonnement exposé dans la justification. Les libertés de circulation sont alors conçues comme un palliatif de l'absence de compétence générale de la Cour. Ainsi, les arrêts décidés en suivant les modèles *Carpenter* ou *Singh* sont souvent expliqués comme traduisant la volonté de protéger les droits fondamentaux dans les situations en cause. De manière instrumentale, la Cour utiliserait l'argument de l'atteinte à la circulation alors que l'objectif principal serait de protéger un droit fondamental. La Cour n'est d'ailleurs pas seule à utiliser les libertés de circulation dans ce sens. Les avocats en droit des étrangers savent par exemple qu'ils peuvent dans certains cas s'appuyer sur le droit des libertés de circulation pour défendre leurs clients – l'arrêt *Zhu et Chen* en fournit un exemple typique²⁷.

Toutefois, même lorsque la protection des droits peut être tenue pour l'objectif poursuivie, celui-ci peut être conçu comme se trouvant au service d'un autre objectif : celui de l'intégration européenne. Il s'agit d'une critique classique de la Cour dans les années 1990 : les droits fondamentaux sont protégés lorsqu'ils vont dans le sens de l'intégration mais pas nécessairement lorsqu'ils vont à son encontre. Dans le cas de la conjonction des libertés de circulation et des droits fondamentaux, la poursuite de l'objectif d'intégration va de paire avec la protection des droits fondamentaux. L'éviction de l'économie trouve alors sa place dans la mesure où l'intégration économique se double, notamment depuis l'introduction de la liberté de circulation des citoyens, d'une certaine intégration sociale.

Ces différentes lectures ne sont pas nécessairement incompatibles. Gráinne de Búrca observait déjà, en 1995, qu'une raison pour laquelle le langage des droits avait

²⁴ *Ibid.*, para. 21.

²⁵ CJUE, 12 mars 2014, *S. et G.* (aff. C-457/12), EU:C:2014:136.

²⁶ *Ibid.*, para. 40 et 41.

²⁷ CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen* (aff. C-200/02), EU:C:2004:639. Sur l'histoire se trouvant derrière l'arrêt, V. D. Kochenov et J. Lindeboom, "Breaking Chinese Law – Making European One" in F. Nicola et B. Davies, *EU law stories*, Cambridge University Press, 2017, p. 201.

pris une telle importance dans le droit communautaire était qu'il était perçu à la fois comme une force de légitimation et comme une force d'intégration²⁸. Comme le soulignait plus récemment Niamh Nic Shuibhne, ces deux aspects ne sont pas nécessairement dissociables : la protection des droits du citoyen par la Cour pouvant être vue comme résultant de la volonté de protéger ses droits (« le point de vue altruiste ») ou de développer l'intégration (« le point de vue cynique²⁹ »). Invoqués en même temps, ils forment une justification circulaire. Le discours des droits fondamentaux permet de légitimer le projet d'intégration : la valeur symbolique des droits fondamentaux est instrumentalisée pour favoriser l'intégration. Inversement, la protection de ces droits fondamentaux s'appuie sur la dynamique des libertés de circulation : les libertés de circulation sont instrumentalisées pour protéger les droits fondamentaux.

II. LES DIFFICULTÉS ENTRAÎNÉES PAR DES CONJONCTIONS OCCASIONNELLES

Les Traités ne procédant pas à une articulation d'ensemble des libertés de circulation et des droits fondamentaux, leur conjonction, au-delà des textes de droit dérivé, a lieu à l'occasion des affaires décidées par la Cour. Celle-ci s'est essentiellement prononcée dans le cadre du renvoi préjudiciel prévu par l'article 267 TFUE, et plus spécifiquement lors de questions portant sur l'interprétation des traités ou des textes adoptés par le législateur de l'Union. Lorsqu'elle se prononce dans ce cadre, elle donne l'interprétation d'un texte, toutefois, cette interprétation ne peut la plupart du temps être séparée du cas dans laquelle elle est demandée. L'importance de ces cas se perçoit dans les discours entourant les arrêts de la Cour joignant libertés de circulation et droits fondamentaux. Après avoir évoqué les difficultés que peuvent poser les conjonctions occasionnelles entre les libertés de circulation et les droits fondamentaux (A), il faut souligner que, dans d'autres cas, c'est l'absence de conjonction qui suscite l'interrogation (B).

A. Un double procès en dénaturation

L'instrumentalisme des conjonctions décrites dans la première partie les conduit à faire face à un double procès en dénaturation : il est commun que les observateurs du droit de l'Union dénoncent une atteinte à la nature des droits fondamentaux ou, au contraire, à celle des libertés de circulation.

1. Une dénaturation des droits fondamentaux

²⁸ G. de Búrca, « The Language of Rights and European Integration », J. Shaw et G. MORE (dir.), *New legal dynamics of European Union*, New York, Clarendon Press, 1995.

²⁹ N.N. Shuibhne, « The Third Age of EU citizenship », *The Judiciary, the Legislature and the EU Internal Market*, Cambridge University Press, 2012, p. 337.

Comme instruments des libertés de circulation, les droits fondamentaux sont construits comme secondaires, ils ne sont pas protégés en tant que tels. Il en résulte que le régime qui leur est applicable n'est pas nécessairement justifiable de façon cohérente du point de vue des droits fondamentaux parce qu'il répond à la logique des libertés de circulation. L'affaire *Carpenter* en fournit une très bonne illustration. Dans le raisonnement suivi par la Cour, le séjour de la femme de M. Carpenter dépend du fait que son mari ait vendu des espaces publicitaires dans un autre État membre. S'il avait simplement exercé cette activité au Royaume-Uni, leur vie familiale n'aurait pas été protégée par le droit de l'Union. Ceci est habituel et pertinent du point de vue des libertés de circulation mais cela ne l'est pas dans une logique de protection des droits fondamentaux. On retrouve, de façon encore plus claire, ce raisonnement dans l'arrêt *S. et G.*

De même, dans les affaires *Singh*, *Eind* ou *O et B*, le séjour des ressortissants d'État tiers membres de la famille d'un travailleur/citoyen/prestataire de service dépend d'une circulation initiale de celui-ci : en l'absence de celle-ci, ils n'auraient pas pu être protégés. Or, il est difficile de justifier pourquoi la vie familiale d'un citoyen ayant exercé son droit à la libre circulation bénéficie d'une protection alors que ce n'est pas le cas d'un citoyen sédentaire. Ici encore, cette différence est difficilement justifiable dans une perspective de protection des droits fondamentaux. La doctrine européenne parle d'une discrimination à rebours pour désigner les cas dans lesquels les ressortissants sédentaires d'un État membre font l'objet d'un traitement moins favorable que ceux qui ont exercé leur liberté de circulation ou qui sont ressortissants d'un autre État membre³⁰. En revanche, cette différence se comprend dans la logique des libertés de circulation, seuls sont protégés ceux dont la situation tombe dans le champ d'application du droit de l'Union.

2. Une dénaturation des libertés de circulation.

Vouloir faire jouer un autre rôle aux libertés de circulation que l'établissement du marché commun ou d'un espace de libre circulation a aussi fait l'objet de critiques : cela conduit à brouiller leur fonctionnement. Dans un sens, l'argument de la dénaturation des libertés de circulation peut être vu comme un argument esthétique ou formel, ce qui ne va pas sans paradoxe alors qu'elles sont souvent présentées comme instrumentales à la constitution du marché commun. On assiste à ce que l'on pourrait nommer une instrumentalisation de l'instrument. L'instrument ayant permis la construction du marché commun est utilisé pour poursuivre un autre objectif : la protection des droits fondamentaux. La conception très extensive de l'entrave à la circulation, permettant à des situations comme celles des affaires *Carpenter* et *Singh* de tomber dans le champ d'application du droit de l'Union, a pu faire l'objet de critiques.

³⁰ A. Tryfonidou, *Reverse discrimination in EC law*, Kluwer Law International, 2009.

Ainsi, la construction de l'entrave à la sortie par les obstacles mis au retour a souvent été présentée comme artificielle³¹ et des raisonnements alternatifs ont été proposés³²

La conjonction entre les droits fondamentaux et les libertés de circulation en fait la force et la faiblesse. Les droits fondamentaux bénéficient de la puissance du langage des libertés de circulation. Le fait que la CJUE puisse se prononcer sur l'entrée et le séjour de ressortissant d'État tiers dans un État membre en raison de leur lien avec un national n'a absolument rien d'évident. Cela résulte de tout un cadre intellectuel propre aux libertés de circulation qui conduit à ne pas poser la question en termes de compétences mais de champ d'application du droit de l'Union et d'effet utile des droits subjectifs. La faiblesse de cette conjonction résulte d'un cadre qui n'a pas été pensé pour régler des questions relatives aux droits fondamentaux mais à la constitution d'un marché. Il en résulte que la forme que prend la protection n'est pas nécessairement justifiable dans une logique de protection des droits fondamentaux.

B. Les conjonctions absentes

L'absence de conjonction entre les droits fondamentaux et les libertés de circulation recouvre deux types de situation. Tout d'abord, il arrive que libertés de circulation et droits fondamentaux soient envisagés de façon indépendante alors qu'ils auraient pu être joints (A). Ensuite, l'absence de conjonction correspond également aux cas dans lesquels seules les libertés de circulation ou seuls les droits fondamentaux sont pris en compte alors que les deux auraient pu être invoqués (B).

1. La dissociation entre les droits fondamentaux et les libertés de circulation

Si la conjonction des libertés de circulation et des droits fondamentaux fait parfois preuve d'une redoutable efficacité, leur dissociation peut conduire à une moindre protection des droits fondamentaux. Ceci se perçoit si l'on considère le cas *Akrich*³³, emblématique d'une « jurisprudence modérée » de la Cour en matière de droit à la vie familiale limitant les droits du citoyen³⁴. Dans cet arrêt, la Cour admet l'exigence d'une condition de résidence légale préalable dans un État membre pour que le conjoint du travailleur, ressortissant d'un État tiers, puisse disposer d'un droit de séjour sur le fondement du règlement n° 1612/68³⁵. Elle considère en effet que si celui-ci ne

³¹ V. nt. « Singh is a particularly vermicular can of worms. There was a fair and fairly apparent Community element in the Singhs' adventures: they had lived and worked together (so exercising a Treaty right) in Germany and they co-owned the undertaking established in the UK (although they were in the final throes of a divorce). But how far can the principle extend ? » R. Lane et N.N. Shuibhne, « Case C-281/98, *Roman Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, Judgment of 6 June 2000 », *Common Market Law Review*, vol. 37, n° 5, p. 1242.

³² V. nt. E. Spaventa, « Family rights for circular migrants and frontier workers: O and B, and S and G », *Common Market Law Review*, 2015, vol. 52, n° 3, p. 775.

³³ CJCE, 23 septembre 2003, *Akrich*, C-109/01, EU:C:2003:491.

³⁴ Selon la distinction d'Alina Tryfonidou, A. Tryfonidou, « Family Reunification Rights of (Migrant) Union Citizens: Towards a More Liberal Approach », *European Law Journal*, 2009, vol. 15, n° 5, p. 634.

³⁵ Règlement 1612/68/CEE du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, *JOCE*, L 257 du 19 octobre 1968, p. 2-12.

disposait pas d'un droit de séjour avant le déplacement, le fait qu'il n'en dispose pas après celui-ci ne saurait être vu comme dissuadant le travailleur de circuler³⁶. En soi, le raisonnement suivi par la Cour est cohérent du point de vue des libertés de circulation, bien qu'il présente une rupture nette au regard des arrêts antérieurs dans lesquels l'effet dissuasif était plus supposé que véritablement démontré, comme par exemple dans l'arrêt *Singh*.

Il faut toutefois noter que, si la Cour adopte une conception restrictive de la liberté de circulation, une certaine protection des droits fondamentaux intervient à un autre niveau. En effet, la Cour exige que les autorités nationales apprécient la demande du conjoint d'entrer et de séjourner sur leur territoire à la lueur du droit au respect de la vie familiale garanti par l'article 8 CEDH, déconnectant cette question de celle de l'effectivité de la libre circulation³⁷. La rhétorique de la Cour est donc très différente de celle qui est adoptée dans des arrêts plus protecteurs mais dont le raisonnement, explicitement fondé sur l'effet utile du droit de circuler et de séjourner, ne mentionne pas la protection de la vie privée et familiale, comme par exemple l'arrêt *Singh* ou l'arrêt *Zhu et Chen*³⁸.

L'absence de conjonction permet de ne pas porter atteinte aux logiques à l'œuvre en matière de libre circulation et de droits fondamentaux. Toutefois, elle risque, dans un cas comme *Akrich*, de conduire à un amoindrissement de la protection du travailleur et de sa famille, du moins en droit de l'Union. Les droits fondamentaux, ici le droit à la vie privée et familiale, sont dans une certaine mesure renvoyés à l'extérieur du droit de l'Union. Suivant cette configuration, on peut également penser à l'arrêt *Dereci*, perçu comme limitant de façon très claire la possibilité de se prévaloir du critère Zambrano mais soulignant la nécessité pour les États membres de respecter le droit à la vie privée et familiale lorsque la situation ne relève pas du droit de l'Union³⁹.

2. L'absence des droits fondamentaux ou des libertés de circulation

Il est toujours difficile de caractériser l'absence. Les cas de disjonction les plus visibles sont ceux dans lesquels seules les libertés de circulation sont prises en compte. L'absence s'explique alors le plus souvent par une déférence de la Cour envers le législateur préjudiciable à la protection des droits fondamentaux. L'arrêt *Dano*⁴⁰ en est un exemple typique. Dans cette affaire, la Cour lit la directive 2004/38 à l'aune de son considérant 10 comme « vis[ant] à éviter que les citoyens de l'Union ressortissants d'autres États membres deviennent une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil ». Elle considère qu'il irait à l'encontre de cet objectif que « des personnes [des citoyens de l'Union] qui ne bénéficient pas

³⁶ CJCE, 23 septembre 2003, *Akrich*, *op. cit.*, para. 53 et 54.

³⁷ CJCE, 23 septembre 2003, *Akrich*, *op. cit.*, para. 58-60. Sur cette question, V. M. De Somer et M.P. Vink, « 'Precedent' and Fundamental Rights in the CJEU's Case Law on Family Reunification Immigration », *European Integration online Papers*, 2015, vol. 19, p. 20s.

³⁸ CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, *op. cit.*

³⁹ CJUE, 15 novembre 2011, *Dereci e.a.* (aff. C-256/11), EU:C:2011:734, para. 70-74.

⁴⁰ CJUE, 11 novembre 2014, *Dano* (aff. C-333/13), EU:C:2014:2358.

d'un droit de séjour en vertu de la directive 2004/38 puissent réclamer un droit à des prestations sociales dans les mêmes conditions que celles qui sont applicables pour les ressortissants nationaux⁴¹ ». Combiné avec l'article 7 § 1 de la même directive, cela implique que le citoyen, à moins de tomber dans une catégorie particulièrement protégée, dispose de ressources suffisantes pour pouvoir bénéficier du droit à l'égalité de traitement⁴².

Le contrôle que la Cour confère au juge de renvoi ne porte plus sur les liens que le citoyen peut entretenir avec une société, comme dans des arrêts classiques tels que *Bidar*⁴³, mais sur l'« examen concret de la situation économique de chaque intéressé⁴⁴ ». Alors que dans l'arrêt *Bidar* la démonstration de l'intégration semblait conduire à ce que la charge financière ne soit pas déraisonnable pour l'État d'accueil, dans l'arrêt *Dano*, l'établissement de la charge financière que représente le citoyen pour l'État d'accueil exclut que les liens qu'il ait pu tisser avec la société de l'État soient pris en compte. Il faut toutefois souligner que, si elle n'est pas prise en compte dans la justification, la situation individuelle de la requérante se trouve détaillée de façon très importante dans l'exposé des faits et explique aussi pourquoi l'arrêt a été tant discuté. Alors qu'elle vit en Allemagne depuis plusieurs années, que son fils y est né, qu'elle dispose d'une attestation de séjour et qu'une partie de sa famille y réside, la Cour relève aussi que Mme Dano vit chez une sœur qui pourvoit à son alimentation, que le père de son fils est inconnu, qu'elle a fréquenté l'école en Roumanie sans obtenir de certificat d'étude, qu'elle n'est pas capable d'écrire l'allemand et ne peut lire que les textes simples, qu'elle n'a pas de qualification professionnelle, qu'il n'est pas établi qu'elle ait cherché un emploi etc.

Comme le souligne Floris De Witte, « l'arrêt n'est pas loin de dépeindre Mme Dano dans des termes racistes, comme un citoyen dont la présence en Allemagne ne présente pas d'intérêt fonctionnel pour la société allemande⁴⁵ ». Si l'intégration n'est plus présente de façon explicite, cette description traduit implicitement une conception très différente de celle qui sous-tend les arrêts classiques de la Cour en matière de citoyenneté⁴⁶, allant « de l'intégration comme responsabilité pour les autorités des États membres de prendre en compte [*take care*] les individus européens et de respecter leurs différences, à l'intégration comme une obligation pour l'étranger de s'assimiler à la communauté nationale⁴⁷ ». À certains égards, une logique casuistique se retrouve dans l'arrêt, la requérante étant présentée comme l'incarnation du « touriste social » tant

⁴¹ *Ibid.*, para. 74.

⁴² *Ibid.*, para. 75.

⁴³ CJCE, 15 mars 2005, *Bidar* (aff. C-209/03), EU:C:2005:169.

⁴⁴ CJUE, 11 novembre 2014, *Dano*, *op. cit.*, para. 80.

⁴⁵ « In a ruling that comes quite close to depicting Ms. Dano in racist terms as a citizen whose presence in Germany is of no functional use to German society ». F. De Witte, « Kick off contribution Freedom of movement under attack : Is it worth defending as the core of EU citizenship ? », F. De Witte, R. Bauböck et J. Shaw (dir.), *Freedom of movement under attack : Is it worth defending as the core of EU citizenship ?*, coll. « RSCAS EUDO Citizenship Observatory », n° 69, 2016, p. 3.

⁴⁶ V. par ex. CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, *op. cit.*

⁴⁷ L. Azoulaï, « The European Individual as Part of Collective Entities (Market, Family, Society) », L. Azoulaï, S. Barbou des Places et E. Pataut (dir.), *Constructing the person in EU law : rights, roles, identities*, Hart Publishing, 2016, p. 203.

invoqué pour contester l'ouverture des systèmes sociaux mais dont l'image même est hautement problématique⁴⁸. Toutefois, alors que la situation personnelle de la requérante est longuement mentionnée, la prise en compte de sa vie familiale est complètement absente de l'arrêt. Les droits fondamentaux sont complètement évincés, au profit d'une logique privilégiant les objectifs économiques affichés par l'État d'accueil. Dans ce cas, des intérêts économiques définis au niveau national évincent tant les droits fondamentaux que les libertés de circulation.

De façon différente, certaines affaires ne sont considérées que sous le prisme des droits fondamentaux alors qu'il aurait été envisageable que la question des libertés de circulation se pose. Cette absence est moins souvent remarquée, il arrive toutefois qu'elle soit évidente. C'est le cas de la célèbre décision *Gomez* du Conseil d'État⁴⁹. Était en cause la possibilité pour une ressortissante espagnole d'obtenir que les gamètes de son défunt mari soient transférés en Espagne, dans le but d'y procéder à une insémination *post-mortem*, alors qu'une telle pratique était interdite par la loi française. La décision s'appuie essentiellement sur l'article 8 de la CEDH pour écarter la loi dans le cas d'espèce dans un raisonnement qui a pu laisser interrogateur de nombreux observateurs de la jurisprudence administrative⁵⁰. De façon étonnante, le droit de l'Union n'est pas mentionné alors que la question aurait pu se poser dans les termes de la liberté de circulation. S'il est difficile de spéculer sur les raisons de cette éviction, il est possible de penser que c'est précisément en raison de leur force qu'elles ne figurent pas. Poser la question dans les termes des libertés de circulation impliquerait de se soumettre au langage et au mode de raisonnement de la Cour, notamment en ce qui concerne la possibilité de justifier l'atteinte à une telle circulation.

CONCLUSION :

La particularité du droit de l'Union est que s'il emprunte des éléments importants du langage constitutionnel – en mettant les droits subjectifs au centre –, il se distingue d'un ordre constitutionnel complet, comme le montre bien l'absence de compétence générale de l'Union en matière de droits fondamentaux. Pour que la Cour se prononce sur les droits fondamentaux, de manière directe, dans des affaires comme *Carpenter*, ou indirecte, dans des cas comme *Singh*, il faut établir un lien avec le droit de l'Union. C'est ici que les libertés de circulation jouent un rôle important en permettant d'établir ce lien alors que celui-ci n'est pas nécessairement donné. La reprise de ce schéma pour la liberté de circulation du citoyen conduit à une certaine éviction de l'économie, dans le sens où la protection des droits fondamentaux au niveau de l'Union peut parfois avoir lieu indépendamment de toute circulation économique. Cette éviction reste toutefois limitée, comme le montre l'absence de prise en compte des droits fondamentaux dans certains arrêts, comme l'affaire *Dano*.

⁴⁸ La locution se trouve dans les conclusions de l'Avocat général Wathelet sur CJUE, 11 novembre 2014, *Dano*, *op. cit.*, para. 131.

⁴⁹ CE, Ass. 31 mai 2016, *Mme Gomez-Turri*, n°396848.

⁵⁰ V. par ex. P. Delvové, « Droits subjectifs contre interdit législatif », note sous Conseil d'État 31 mai 2016, *Mme Gomez*, *RFDA*, n°4, p. 754.

Ce qui caractérise le cadre intellectuel dans lequel la Cour se prononce est ce que l'on nomme parfois une approche marquée par l'économie, ou plus exactement, par la construction du marché, mais aussi et surtout, une approche en termes de droits subjectifs. Grainne de Búrca remarquait en 1995 que la critique des droits, au sens fort de celle qui a été menée aux États-Unis par les *critical legal studies*, c'est-à-dire la critique du caractère individualiste, antagoniste et parfois illusoire de ceux-ci, est quasiment absente de la littérature européenne⁵¹. La seule critique, dans une union essentiellement économique, était celle de leur insuffisance – les droits fondamentaux ne seraient pas assez protégés. Avec le développement progressif d'une protection de ceux-ci, notamment par le vecteur de l'alliance avec les libertés de circulation, on peut voir aujourd'hui l'émergence de discours critiques et la prise de conscience du danger d'une rhétorique fondée sur la conjonction des droits fondamentaux et des droits subjectifs, qui peut entrer en conflit avec les régimes de protection des droits fondamentaux et de protection sociale définis au niveau national.

⁵¹ G. de Búrca, « The Language of Rights and European Integration », *op. cit.*.