



**HAL**  
open science

# La sophistication du contrôle de la Cour en matière de libre circulation des personnes ou la Cour en quête de légitimité

Aude Bouveresse

## ► To cite this version:

Aude Bouveresse. La sophistication du contrôle de la Cour en matière de libre circulation des personnes ou la Cour en quête de légitimité. Les nouveaux modes de production de droit de l'Union européenne, colloque Rennes, 24-25 mai 2016, May 2016, Rennes, France. hal-03468099

**HAL Id: hal-03468099**

**<https://hal.science/hal-03468099>**

Submitted on 6 Dec 2021

**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 sophistication du contrôle juridictionnel dans le domaine de la libre circulation des personnes ou la Cour en quête de légitimité

---

*Aude Bouveresse, Professeur à l'Université de Strasbourg, EA 7307*

La libre circulation des personnes est devenue l'un des sujets les plus débattu et contesté, dans les discours politiques concernant l'avenir de l'Union européenne. Toujours saisie par la crise de la dette, l'Union doit, de surcroît, faire face à celle des migrants, l'une entretenant des liens forts avec l'autre au regard de leurs impacts sur les ressources des États. Dans cette perspective, si autrefois le terme migrant, avec toute la connotation péjorative qu'il véhicule, était réservé aux ressortissants des pays tiers, il s'étend aujourd'hui au citoyen de l'Union européenne, lequel est perçu non pas tant comme citoyen européen mais comme un non-national qui migre. La migration devient alors associée à du *forum shopping* et, lorsqu'elle concerne l'inactif, à du tourisme social.

À ce noir tableau, répond bien les premières définitions que l'on peut trouver de la « sophistication », qui est définie comme « L'action de dénaturer, de frelater une substance, le plus souvent de façon frauduleuse »<sup>1</sup> ou encore est-il fait référence au terme sophistication « comme répondant à un caractère artificiel, délibérément et inutilement compliqué »<sup>2</sup>.

Il faut admettre que la complexité ne peut être totalement écartée du contrôle exercé par le juge européen dans ce domaine. Il pourrait être avancé qu'il en est de même dans les autres libertés de circulation et, plus généralement, au sein des politiques communes de l'Union. Mais la libre circulation des personnes présente une dimension symbolique qui exacerbe ces critiques. Elle concentre en effet « les projections d'un malaise économique, politique et social »<sup>3</sup> en s'adressant à des acteurs particulièrement hétérogènes qui ont vocation à se distancier des fondements économiques de l'Union européenne : les citoyens. La libre circulation des personnes affecte en ce sens beaucoup plus les modèles économiques des États que la libre circulation des marchandises<sup>4</sup>. Si le travailleur en tant que facteur de production

---

<sup>1</sup> Dictionnaire, Trésor de la langue française informatisé, accessible sur : <http://www.cnrtl.fr>.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> D. Thym, "The elusive limits of solidarity : residence rights of and social benefits for economically inactive Union citizens", 52 (2015) *CML Rev.*, p. 20, traduit par nous.

<sup>4</sup> J. Snell, "The Legitimacy of Free movement Case Law: process and substance" in M. Adams, H. de Waele, J. Meeusen & G. Straetmans (eds), *Judging Europe's judges*, Hart Publishing, 2013, p. 120.

répond au cadre fonctionnel du marché intérieur, le citoyen le dépasse pour s'inviter dans un espace politique et social, où les États n'ont pas renoncé à l'exercice de leur souveraineté et n'ont confié que des pouvoirs limités au législateur européen<sup>5</sup>.

Aussi, les positions progressistes initialement défendues par la Cour de justice de l'Union européenne au soutien d'une citoyenneté, non plus seulement économique, mais aussi sociale, ont-elles semblé, dans un premier temps, dénaturer ou frelater la substance que les États avaient souhaitée donner à l'Union européenne. En s'appuyant sur sa mission de juge constitutionnel et d'interprète des traités, le juge de l'Union a fait émerger des droits au profit du citoyen qui n'existaient pas encore<sup>6</sup>, sur la base du principe d'égalité de traitement et du test de proportionnalité. Ainsi, à la suite des arrêts, *Carpenter*<sup>7</sup>, *Viking Line*<sup>8</sup>, *Metock*<sup>9</sup>, *Mangold*<sup>10</sup> et, plus profondément, avec les arrêts *Martinez Sala*<sup>11</sup>, *D'hoop*<sup>12</sup>, *Baumbast*<sup>13</sup> et *Grzelczyk*<sup>14</sup>, les interprétations dégagées par la Cour ont pu être contestées comme s'opposant aux objectifs du droit de l'Union, voire au législateur européen et plus encore aux États membres.

Les débats quant à l'éventuel activisme du juge européen ont alors dépassé le cadre purement doctrinal, pour s'étendre sous la forme de contestations politiques plus virulentes émanant des acteurs majeurs de la construction européenne : les États membres et leurs Cours constitutionnelles au premier plan<sup>15</sup>. Dans un contexte européen devenu particulièrement difficile, ces jurisprudences ont été perçues comme relevant d'une « construction agressive du droit de l'Union européenne »<sup>16</sup> sur un mode unilatéral et vertical. Les juges européens avaient occulté l'avertissement d'un des grands tenants des théories intergouvernementalistes,

---

<sup>5</sup> L. Azoulai, « Le bon citoyen ou l'infortune d'être Européen » in *L'identité du droit de l'Union européenne: Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, (B. Bertrand, F. Picod et S. Roland, dir.), Bruylant, Paris, p. 161.

<sup>6</sup> O. Golynger, “‘Jobseekers’ rights in the European Union : challenges of changing the paradigm of social solidarity””, *ELRev.* 2005, p. 111, spec. p. 120 et K. Hailbronner, “Union citizenship and access to social benefits”, 42, *CML Rev.* 2005, p. 1245.

<sup>7</sup> CJCE, 11 juillet 2002, *Carpenter*, aff. 60/00.

<sup>8</sup> CJCE, 11 décembre 2007, *Viking Line*, aff. C-438/05.

<sup>9</sup> CJCE, 25 juillet 2008, *Metock*, aff. C-127/08.

<sup>10</sup> CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, aff. C-144/04.

<sup>11</sup> CJCE, 12 mai 1998, *Martinez Sala*, aff. C-85/96.

<sup>12</sup> CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, aff. C-224/98.

<sup>13</sup> CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast*, aff. C-413/99.

<sup>14</sup> CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99.

<sup>15</sup> D. Ritleng, “The independence and legitimacy of the European Court of Justice”, in *D. Ritleng (ed.), Independence and Legitimacy in the EU Institutional System*, Collected courses of the Academy of European Law (Oxford University Press, 2016, p. 83.

<sup>16</sup> M. Dougan, “The bubble that burst: exploring the legitimacy of the case law on the free movement of Union citizens” in *Judging Europe's judges, op. préc.*, p. 127, spec. 128.

selon lequel « l'État européen est bien plus obstiné qu'obsolète »<sup>17</sup>. En consacrant la citoyenneté européenne comme « statut fondamental du citoyen »<sup>18</sup>, les juges du Luxembourg, loin d'apaiser les tensions, les ont exacerbées en définissant ce qui ressemblait de plus en plus à une citoyenneté sociale, en marge des volontés étatiques.

Mais, ces dernières années, notamment depuis l'arrêt *Förster*<sup>19</sup>, suivi des arrêts *Dano*<sup>20</sup>, *Alimanovic*<sup>21</sup>, *Garcia Nieto*<sup>22</sup>, le contrôle opéré par la Cour amène à reconsidérer ces critiques. Le juge de l'Union, en parallèle à son contrôle traditionnel, a développé un mode opératoire nouveau, où la place centrale est donnée au droit dérivé, dont les limites et les conditions qu'il pose deviennent peu à peu les points d'entrée de la reconnaissance des droits. Par cette démarche inversée, la Cour entend faire preuve d'une plus grande déférence aux positions défendues par les États membres, tout particulièrement dans le champ de leurs compétences sociales, voire par le législateur européen. Si ce changement se traduit, pour l'instant, principalement sur une population minoritaire, celle des citoyens inactifs et, dans un domaine encore circonscrit aux prestations sociales, il ne peut être minoré. Son application et sa portée pourraient en effet avoir des conséquences plus profondes sur le droit de l'intégration.

Cette nouvelle orientation jurisprudentielle, teintée d'une certaine déférence envers les acteurs politiques, européens et nationaux, a pour ambition affichée de les réinvestir dans la détermination de la portée politique et surtout sociale de la citoyenneté. Mais elle vise aussi et, peut-être même surtout, à légitimer à travers cette jurisprudence plus en phase avec les volontés étatiques, l'autorité de ses arrêts. Le prix de cette légitimité escomptée par la juridiction de l'Union semble toutefois conséquent. Quel que soit le contrôle opéré, il place les acteurs de l'Union dans une situation conflictuelle et caricaturale, qui passe de l'État abusif au citoyen abusif, sans arriver à réconcilier le législateur de l'Union, les États membres et le citoyen. La sécurité juridique, l'ordre constitutionnel, la citoyenneté européenne et peut-être plus fondamentalement encore l'Union européenne pourraient souffrir de la

---

<sup>17</sup> S. Hoffmann, « Reflections on the Nation State in Western Europe Today », dans Stanley Hoffmann, *The European Sisyphus. Essays on Europe, 1964-1995*, Boulder, Westview Press, 1995, p 215.

<sup>18</sup> CJCE, 20 septembre 2001, Grzelczyk, préc., point 31.

<sup>19</sup> CJCE, 18 novembre 2008, *Förster*, aff. C-158/07.

<sup>20</sup> CJUE, 11 novembre 2014, *Dano*, aff. C-333/13.

<sup>21</sup> CJUE, 15 septembre 2015, *Alimanovic*, aff. C-67/14.

<sup>22</sup> CJUE, 25 février 2016, *Garcia Nieto*, aff. C-299/14.

sophistication de ce contrôle, dont il importe de mesurer les mutations (I) pour en comprendre les enjeux (II).

## **I. Les variations du contrôle juridictionnel en matière de libre circulation des personnes**

Le contrôle exercé par la Cour en matière de libre circulation des personnes a attesté, pendant longtemps, d'une instrumentalisation du droit primaire propre à contrôler les mesures étatiques restrictives. S'orientant vers une approche globale du citoyen, actif ou inactif, la Cour a interprété largement le principe même de la libre circulation tel que formulé dans le droit primaire, souvent au détriment des mesures étatiques entrant dans son champ d'application (A). Depuis quelques années et notamment l'arrêt *Förster*<sup>23</sup>, en parallèle à ce contrôle traditionnel, à vocation normative, la Cour a développé un contrôle inversé où le droit dérivé, source de conditions et plus encore de limites au droit de circuler et séjourner librement, devient la référence première du contrôle. Cette approche contentieuse tend à re-catégoriser les actifs et les inactifs et marque une volonté corrective à l'approche globale jusqu'alors défendue (B).

### A. Le contrôle à vocation normative : l'approche globale

La Cour, quelle que soit la liberté de circulation concernée, a appliqué un raisonnement similaire et constant, qui consiste à détecter l'entrave pour vérifier ensuite son éventuelle justification et la soumettre enfin et, en toute hypothèse, au contrôle de proportionnalité. Ce mécanisme contentieux en trois temps se déclenche sur la base d'une interprétation extensive du droit primaire propre à assurer avant tout la libre circulation et à en étendre ses implications (1). Cette orientation jurisprudentielle a permis d'entamer un processus de convergence des libertés de circulation et plus encore, au sein de la libre circulation des personnes, de convergence des statuts en appréhendant, sous le même prisme de contrôle, les mesures étatiques visant le citoyen actif comme le citoyen non actif (2).

#### **1. L'instrumentalisation du droit primaire au service de la liberté fondamentale de circuler**

Jusqu'à une période récente, les interprétations du droit primaire et les modalités du contrôle exercées par la Cour ont conduit à développer les liens de rattachement au droit de l'Union, à

---

<sup>23</sup> CJCE, 18 novembre 2008, *Förster*, aff. C-158/07.

multiplier ses bénéficiaires et à densifier leurs droits dans le cadre d'une approche globale du citoyen, actif ou inactif, au soutien du principe fondamental de libre circulation.

Les jurisprudences *Zhu et Chen*<sup>24</sup>, *Rothmans*<sup>25</sup> et plus encore *Zambrano*<sup>26</sup>, qui ajoute au critère de l'extranéité, celui de la perte de la jouissance effective des droits, attestent de cette extension prétorienne des motifs de rattachement au droit de l'Union et, par conséquent, de son champ d'application *ratione materiae*<sup>27</sup>. De même, sur la base d'un droit primaire ambigu, la Cour a dès l'origine fait le choix de développer le cercle des bénéficiaires des libertés de circulation. Elle a tout d'abord retenu une définition particulièrement large du travailleur<sup>28</sup> lui permettant d'inclure les travailleurs à temps partiels<sup>29</sup>. Elle a ensuite offert un statut avantageux aux membres de sa famille<sup>30</sup> puis associé les demandeurs d'emploi aux travailleurs<sup>31</sup> et elle a conféré, encore, un statut particulier aux étudiants<sup>32</sup>.

Au développement du champ d'application *ratione personae*, s'ajoute une extension des droits auxquels peuvent prétendre les bénéficiaires, même dérivés de la libre circulation. Le principe fondamental d'égalité de traitement associé à la citoyenneté européenne a abouti à une « chaîne jurisprudentielle »<sup>33</sup> relativement stable de *Martinez Sala*<sup>34</sup> en 1998 à l'arrêt *Förster*<sup>35</sup> de 2008 en vertu de laquelle « un citoyen de l'Union qui réside légalement sur le territoire de l'État membre d'accueil peut se prévaloir de l'article 12 CE [18 TFUE] dans toutes les situations relevant du domaine d'application *ratione materiae* du droit communautaire »<sup>36</sup>. Ainsi, sur la base du droit de séjour et du droit à la libre circulation, se sont greffés des droits dérivés tels que les droits à des prestations sociales, sous la forme de

---

<sup>24</sup> CJCE, 10 octobre 2004, *Zhu et Chen*, aff. C-200/02.

<sup>25</sup> CJUE, 2 mars 2010, *Rothmans*, aff. C-135/08.

<sup>26</sup> CJUE, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, aff. C-34/09, à nuancer toutefois au regard des jurisprudences *McCarthy* et *Dereci* mais confirmée plus récemment : CJUE, 13 septembre 2016, *Rendón Marín*, aff. C-165/14.

<sup>27</sup> Voir notamment pour un rappel sur cette question : D. Kochenov, « The essence of EU citizenship emerging from the last ten years of academic debate : Beyond the cherry blossoms and the moon ? », *I.C.L.Q.* 2013, p. 97, spéc. p. 119.

<sup>28</sup> CJCE, 23 mars 1982, *Levin*, aff. 53/81 ; CJCE 3 juillet 1986, *Lawrie Blum*, aff. 66/85.

<sup>29</sup> CJCE, 3 juin 1986, *Kempf*, aff. 139/85.

<sup>30</sup> Aidée à ce dernier titre du droit dérivé (Règlement 1612/68), qu'elle interprété favorablement en élargissant également ces droits aux membres de la famille ressortissants d'État tiers du droit de l'Union : CJCE, 20 juin 1985, *Deak*, aff. 94/84.

<sup>31</sup> CJCE, 26 février 1991, *Antonissen*, aff. C-292/89.

<sup>32</sup> CJCE, 26 février 1992, *Raulin*, aff. C-357/89.

<sup>33</sup> A. Iliopoulou-Penot, « Deconstructing the former edifice of Union citizenship ? The Alimanovic judgment », (2016) 53 *CMLRev.*, p. 1007.

<sup>34</sup> CJCE, 12 mai 1998, *Martinez Sala*, préc.

<sup>35</sup> CJCE, 18 novembre 2008, *Förster*, préc..

<sup>36</sup> CJCE, 12 mai 1998, *Martinez Sala*, préc., point 63 ; CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, point 32 ; CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, aff. C-209/03, point 32.

bourses d'étude, d'allocation de subsistance, de *minima* sociaux, d'aide à l'éducation. En effet, la règle du traitement national devait autoriser les citoyens mobiles à prétendre, dans leur principe du moins, aux mêmes droits, fussent-ils sociaux, que ceux accordés aux nationaux (ce qui ne signifie pas que leur application n'était pas soumise à conditions).

Cette ligne jurisprudentielle, conduite sur une interprétation large du droit primaire et l'exploitation autonome de l'article 18 TFUE (ex 12 CE), consacrant l'égalité de traitement, devait permettre au droit de l'Union d'investir le domaine de solidarité collective des États. Toutefois, elle ne concernait que le citoyen actif, voire les membres de sa famille. Or, en poursuivant ce raisonnement sur la base de la seule citoyenneté européenne, le bénéfice de ces droits a été étendu, dans son principe, aux citoyens même inactifs. Il en est résulté une convergence des statuts au profit d'une « citoyenneté fonctionnelle »<sup>37</sup> à laquelle s'est ajouté un contrôle particulièrement défavorable à toute mesure étatique entrant dans son champ d'application.

## **2. Le contrôle-sanction**

La technique ou, selon certains auteurs, « les armes »<sup>38</sup> utilisées au soutien d'un alignement des droits des actifs sur ceux des inactifs restent connues. La Cour dispose de trois instruments majeurs, déjà testés dans le cadre de la libre circulation des marchandises : une définition large de la notion de « restriction », le principe d'égalité de traitement érigé au rang de principe fondamental et le contrôle de proportionnalité. De leur conjugaison est née une présomption du caractère entravant des mesures étatiques, quel que soit le domaine considéré, à charge pour les États de les justifier par une raison impérative d'intérêt général et, de surcroît, d'en démontrer la proportionnalité, ce qui, souvent, s'est soldé à l'avantage du citoyen requérant, quel que soit son statut : actif, étudiant, demandeur d'emploi, retraité voire simplement inactif.

Ainsi, concernant plus spécifiquement les mesures relatives à l'octroi des prestations sociales aux inactifs, étudiants ou demandeurs d'emploi, si la Cour admettait, au titre des intérêts légitimes étatiques, que l'Etat d'accueil exige un lien réel avec lui ou le marché du travail

---

<sup>37</sup> V. D. Thym, ““The elusive limits of solidarity : residence rights of and social benefits for economically inactive Union citizens”, préc. et N. Nic. Shuibhne, « Limits rising, duties ascending : the changing legal shape of Union citizenship », (2015) 52 *CMLRev.*, p. 889.

<sup>38</sup> V. M. Dougan, « The bubble that burst: exploring the legitimacy of the case law on the free movement of Union citizens” in *Judging Europe’s judges, op. préc.*, p. 127, spec. p. 135”.

considéré<sup>39</sup>, il lui appartenait toutefois de démontrer, dans chaque cas particulier, que la situation ne présentait pas un tel lien, lequel devait s'apprécier au regard de critères que la Cour imposait aux autorités nationales<sup>40</sup>.

De même, si le droit dérivé assumait comme limite que de tels citoyens (ou membres de leur famille), ne soient pas une charge déraisonnable pour l'État d'accueil, la Cour exigeait des autorités nationales qu'elle démontre que l'allocation d'une telle ressource allait déstabiliser, leur système de santé<sup>41</sup>. De plus, la situation particulière de chaque demandeur devait être appréciée tant au regard de son lien particulier d'intégration avec l'Etat d'accueil, qu'au regard du caractère éventuellement temporaire de la charge qu'il pouvait représenter pour le système de santé étatique<sup>42</sup>.

Ainsi, l'interprétation particulièrement large de la notion de « restriction » a entraîné une suspicion presque généralisée sur les réglementations nationales pouvant être appliquées à un citoyen mobile. Cette présomption d'entrave a été renforcée par l'exigence du principe d'égalité de traitement et de son autonomie. Dans ces conditions, il appartient alors à l'État, de se justifier par un objectif reconnu d'intérêt légitime et plus encore de démontrer la proportionnalité de la mesure. Le contrôle de proportionnalité a conduit en pratique à rendre difficilement réfragable la présomption d'entrave étatique lié à tout refus d'allocations sociales au citoyen européen mobile, alors même que lesdites prestations seraient accordées aux nationaux. L'État, placé systématiquement en position défensive, rencontrait en outre de grandes difficultés, ne serait-ce que matérielles, à défendre ses choix politiques, faute parfois de ne pouvoir produire, simplement, les documents nécessaires<sup>43</sup>.

L'approche contentieuse ainsi retenue par la juridiction européenne exprime indéniablement à la fois une méfiance à l'encontre des États et son ambition originelle, concrétisée dans l'arrêt *Van Gend en Loos*, de faire des citoyens les véritables destinataires des droits. Par ailleurs, la transposition d'un tel raisonnement dans le domaine de la libre circulation des personnes

---

<sup>39</sup> V. notamment, CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, préc. point 38 ; CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, préc., point 57.

<sup>40</sup> V. notamment CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, préc., point 61 et plus encore CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, aff. C-138/02, points 70 et s..

<sup>41</sup> V. notamment : CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, préc., point 56 ; CJCE, 18 novembre 2008, *Förster*, préc. point 48 ou encore CJUE, 19 sept. 2013, *Brey*, aff. C-140/12, point 64.

<sup>42</sup> L'exigence d'un examen individuel de la situation du requérant pour apprécier la notion de charge déraisonnable, vaut aussi bien dans le cadre de la directive 2004/38 (V. CJUE, 19 sept. 2013, *Brey*, préc., point 69) que dans le cadre de la directive 2003/86/CE relative au regroupement familial (V. notamment : CJUE, 4 mars 2010, *Chakroun*, aff. C-578/08, point 48).

<sup>43</sup> CJUE, 10 septembre 2009, *Commission c/ Autriche*, aff. C-269/07.

relevait d'une tentative légitime d'unification de la jurisprudence dans le domaine de la libre circulation afin d'assurer une plus grande mobilité<sup>44</sup> et une plus grande cohérence au sein du marché intérieur.

Pourtant, un tel contrôle ne pouvait être poursuivi mécaniquement par le juge de l'Union. L'histoire devait se rappeler à la Cour. Par le passé, les États avaient déjà manifesté leur hostilité au regard de cette implication trop vaste dans leur choix politiques et leurs domaines de compétence au profit d'opérateurs économiques devenus omnipotents. La Cour avait dû l'admettre dans le célèbre considérant 14 de l'arrêt *Keck et Mithouard* « étant donné que les opérateurs économiques invoquent de plus en plus l'article 30 du traité pour contester toute espèce de réglementations qui ont pour effet de limiter leur liberté commerciale, même si elles ne visent pas les produits en provenance d'autres États membres, la Cour estime nécessaire de réexaminer et de préciser sa jurisprudence en la matière »<sup>45</sup>. Or, en dépit de ces alertes, le juge de l'Union a maintenu ses positions en matière de libre circulation des personnes. L'arrêt *Centros*<sup>46</sup> s'avère à cet égard emblématique. La Cour rappelle, dans cette affaire, que l'exercice des libertés de circulation, quelle que soit l'intention du citoyen, est inhérent au traité de sorte que toute présomption générale de fraude ne peut être retenue à son encontre. Et si l'objectif de lutte contre les pratiques abusives ou frauduleuses est admis, les États échouent, soit dans l'identification de l'abus de droit au vu des critères particulièrement restrictifs requis pour sa contestation, soit au stade de la démonstration de la proportionnalité de la mesure. Cette jurisprudence a été perçue dans les droits internes comme une intrusion injustifiée dans leurs politiques fiscales et sociales. Toutefois, elle pouvait être défendue dès lors qu'elle s'inscrivait dans les objectifs économiques de l'Union basés sur les libertés économiques fondamentales des citoyens économiquement actifs.

Un pas supplémentaire a été franchi avec les arrêts *Baumbast*, *D'hoop* et plus encore *Grzelczyk* dans la mesure où, cette fois, la Cour reproduisait la même logique, mais relativement à des citoyens inactifs. Les autorités nationales ont alors été confrontées à un contrôle de leur choix sociétaux quant à leur politique de redistribution des ressources nationales, sans qu'elles puissent véritablement les défendre au profit de citoyens *a priori* éloignés des objectifs assignés à l'Union, dès lors que leur rôle économique se réduit à une

---

<sup>44</sup> H. Verschueren, « La libre circulation des personnes à l'intérieur de l'UE et les allocations sociales minimales des États membres : en quête d'équilibre », *Revue belge de sécurité sociale*, 2013, p. 107.

<sup>45</sup> CJCE, 24 novembre 1993, aff. jtes C-267/91 et C-268/91.

<sup>46</sup> CJCE, 9 mars 1999. *Centros Ltd c/ Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, aff. C-212/96.

charge sur leurs finances et non un bénéfice économique. Les contestations qui en ont résulté ont conduit la Cour à faire évoluer les modalités de son contrôle, sauf à remettre en question sa propre légitimité.

### B. L'approche catégorielle : le contrôle inversé à vocation correctrice

La Cour avait déjà opté pour une variation des modalités de son contrôle en matière de libre circulation des marchandises. Elle avait ainsi revu sa jurisprudence *Dassonville*<sup>47</sup> sur la base de présomption inversée de légalité de la mesure nationale concernant les modalités de vente d'un produit. Bien qu'il existe des analogies, le mode opératoire diffère sensiblement en matière de libre circulation des personnes. En effet, à la différence de la libre circulation des marchandises, où le juge ne disposait d'aucun appui législatif pour réajuster sa jurisprudence, en matière de libre circulation des personnes, la Cour a su trouver, tout particulièrement dans le cadre de la directive 2004/38/CEE<sup>48</sup>, matière à la sophistication de son contrôle.

#### **1. L'inversion du contrôle sur la base d'une instrumentalisation du droit dérivé**

La directive 2004/38 a été adoptée sur la base de l'article 21 TFUE selon lequel « Tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application ». En d'autres termes, si la directive vise à favoriser, comme elle le rappelle, la liberté de circulation, elle édicte avant tout les conditions et les limites posées à celle-ci. Si, jusqu'alors, le juge de l'Union avait instrumentalisé le droit primaire, source des droits, il instrumentalise désormais le droit dérivé, source de limites et de conditions, pour une catégorie, certes particulière, les citoyens inactifs, mais dont le cercle semble s'élargir aux personnes autrefois plus ou moins assimilées aux travailleurs en raison de leur connexité avec l'exercice d'une activité professionnelle, à savoir : les étudiants et les personnes en recherche d'emploi.

Pour ceux-ci, « les inactifs élargis », la Cour va opérer un contrôle inversé de la mesure nationale. La qualification de « contrôle inversé » tient à quatre raisons principales, les unes découlant des autres.

---

<sup>47</sup> CJCE, 11 juill. 1974, *Procureur du Roi c/ Benoît et Gustave Dassonville*, aff. 8/74.

<sup>48</sup> Directive 2004/38/CE 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 (JOUE n° L 158 du 30 avril 2004).

En premier lieu, le contrôle opéré par la Cour part d'une présomption inverse à l'approche traditionnelle, en ce sens que ce n'est plus l'État, mais le citoyen inactif, qui semble désormais présumé abusif lorsqu'il use de sa mobilité. En deuxième lieu, l'objet du contrôle s'inverse dès lors qu'est examinée par la Cour non pas tant la mesure nationale éventuellement restrictive que le statut juridique du citoyen de l'Union qui la conteste. En effet, la Cour vérifie avant tout la situation du citoyen à l'aune du droit dérivé et non la mesure nationale potentiellement restrictive, ce qui l'émancipe du test de proportionnalité. En troisième lieu, la référence du contrôle s'inverse également dès lors que le raisonnement de la Cour ne part plus du droit primaire, consacrant le principe de la liberté de circulation et de séjour, mais du droit dérivé, qui limite et conditionne le principe, ce qui revient à inverser les limites et le principe. Dit autrement, ce n'est plus le droit primaire qui encadre les limites issues du droit dérivé, mais davantage les limites qui conditionnent la reconnaissance des libertés constitutionnelles de circulation et de séjour. En dernier lieu, enfin, la sophistication du contrôle qui en résulte aboutit à re-catégoriser les citoyens entre les actifs « purs » et la catégorie nouvelle des non actifs et assimilés (demandeur d'emploi, étudiants...), ce qui revient aussi à inverser l'approche globale du citoyen visant à la convergence des statuts pour revenir à une approche catégorielle des bénéficiaires du droit de l'Union.

Cette inversion du contrôle trouve une première manifestation dans l'arrêt *Förster*<sup>49</sup> où le raisonnement suivi par la Cour se distancie de celui adopté dans l'arrêt *Bidar*<sup>50</sup>, rendu quelques années auparavant, alors même que les deux affaires portent sur les conditions posées à l'allocation de prestations sociales octroyées à des étudiants dans l'État d'accueil. Dans l'arrêt *Förster*, la Cour valide la condition de résidence ininterrompue, d'une durée de cinq ans, exigée des étudiants non nationaux pour percevoir la bourse d'entretien afin de démontrer leur lien d'intégration. Bien qu'inapplicable aux faits de l'espèce, la Cour motive sa décision en se référant expressément à l'article 24 §2 de la directive 2004/38 en vertu duquel l'État d'accueil n'est pas tenu, pour les économiquement inactifs et leur famille, avant l'acquisition du droit de séjour permanent, d'octroyer une aide d'entretien aux études<sup>51</sup>. Elle

---

<sup>49</sup> CJCE, 18 novembre 2008, *Förster*, aff. C-158/07. Voir également en ce sens : Syrpis, *CMLrev* (2015), p. 461, spec. p. 480 et Nic Shuibhne, "The third age of citizenship", in "The judiciary, the legislature and the EU internal Market" Syrpis éd., Cambridge Press 2012, p. 350.

<sup>50</sup> CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, aff. C-209/03.

<sup>51</sup> Art. 24 §2 de la directive 2004/38 : « Par dérogation au paragraphe 1, l'État membre d'accueil n'est pas obligé d'accorder le droit à une prestation d'assistance sociale pendant les trois premiers mois de séjour ou, le cas échéant, pendant la période plus longue prévue à l'article 14, paragraphe 4, point b), ni tenu, avant l'acquisition

estime, en outre, au titre de la proportionnalité de la mesure qu'« Une condition de résidence ininterrompue d'une durée de cinq ans ne peut pas être considérée comme excessive compte tenu, notamment, des exigences invoquées à l'égard du degré d'intégration des non-nationaux dans l'État membre d'accueil »<sup>52</sup>. Cette conclusion ne peut se comprendre en dehors du cadre législatif nouvellement posé. La directive 2004/38 accorde en effet un droit de séjour permanent et inconditionnel au terme de 5 ans de résidence ininterrompue. Le droit de séjour permanent, institué par la directive, vise à acter la reconnaissance au-delà de cette période, d'un lien d'intégration tant économique que social du citoyen dans l'État d'accueil. Toutefois, cela ne signifiait pas qu'un tel lien ne pouvait pas être constaté avant l'écoulement de cette période. En ce sens, la Cour exigeait la prise en compte de la situation individuelle du demandeur afin de déterminer son lien d'intégration. Elle défendait cette position dans l'arrêt *Bidar*<sup>53</sup> où le juge de l'Union basait son analyse avant tout sur le droit primaire, notamment sur le statut fondamental de citoyen et le droit de séjour qui en découle, puis sur le principe d'égalité de traitement qui a vocation à s'appliquer dans ce cadre pour, ensuite et seulement, envisager les limites qui peuvent être posées à la liberté de circulation et de séjour du citoyen. Aussi, si la Cour admettait l'exigence d'un lien d'intégration pour déclencher le droit à cette assistance sociale, revenait-il à l'État de démontrer la proportionnalité de la mesure visant à établir le lien réel avec l'État d'accueil. A cet égard, il appartenait aux autorités nationales de procéder à un examen individuel de la situation du requérant. Par ailleurs, le contrôle de proportionnalité opéré par la Cour empêchait toute présomption générale inscrite dans une mesure étatique quant à l'absence d'un tel lien. Or, dans l'arrêt *Förster*, la mesure sera jugée proportionnée sans même qu'il soit exigé de l'État un examen de la situation individuelle du requérant et au seul motif que la condition de résidence de cinq ans permet aux intéressés de connaître sans ambiguïté leurs droits et leurs obligations<sup>54</sup>. En d'autres termes, dans la mesure où la directive ne considère le lien d'intégration acquis qu'à partir de 5 ans de résidence ininterrompu, l'État est en droit d'avoir des exigences similaires, la proportionnalité de cette condition découlant directement de la directive. La Cour s'est ainsi émancipée du droit

---

du droit de séjour permanent, d'octroyer des aides d'entretien aux études, y compris pour la formation professionnelle, sous la forme de bourses d'études ou de prêts, à des personnes autres que les travailleurs salariés, les travailleurs non-salariés, les personnes qui gardent ce statut, et les membres de leur famille ».

<sup>52</sup> CJCE, 18 novembre 2008, *Förster*, préc., point 54.

<sup>53</sup> CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, préc.

<sup>54</sup> La Cour jugeant que la condition de résidence est « par son existence même, de nature à garantir un niveau élevé de sécurité juridique et de transparence dans le cadre de l'octroi de bourses d'entretien aux étudiants » de sorte qu'elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire : CJCE, 18 novembre 2008, *Förster*, préc., point 57.

primaire et de ses positions antérieures pour appréhender la situation à l'aune des conditions et limitations prévues par la directive 2004/38. Cet arrêt esquissait déjà l'abandon, à venir, du test de proportionnalité.

Ce mode inversé du contrôle apparaît plus flagrant encore dans les jurisprudences qui ont suivi relativement aux prestations sociales allouées aux citoyens migrants, économiquement inactifs. La rupture se matérialise nettement entre les arrêts *Trojani*<sup>55</sup> puis *Brey*<sup>56</sup> et de manière plus forte encore avec les arrêts *Dano*<sup>57</sup>, *Alimanovic*<sup>58</sup> et *Garcia Nieto*<sup>59</sup>.

Dans l'arrêt *Trojani*, constatant un droit de séjour même temporaire accordé à l'inactif en vertu du droit national, la Cour avait jugé, sur la base du statut fondamental de citoyen et donc du droit primaire que le requérant devait bénéficier de l'égalité de traitement avec les nationaux et percevoir une allocation minimale de subsistance à leur instar. Ainsi et selon la Cour, l'objectif de faciliter la libre circulation doit conduire à une interprétation restrictive des limitations apportées aux droits du citoyen. La Cour reprend ce principe dans la décision *Brey*<sup>60</sup>, certes de manière plus modérée, mais elle conclut néanmoins dans cette affaire en relevant que le recours à l'assistance sociale ne peut être un élément entraînant la limitation de la liberté de circulation du citoyen, fût-il, économiquement inactif. Par voie de conséquence, il appartient aux États, de démontrer qu'il représente une charge déraisonnable. La Cour enjoint ainsi à l'État un examen *in concreto* qu'elle vérifie dans le cadre du contrôle de proportionnalité. La mutation du contrôle se confirme toutefois dans l'arrêt *Brey* où la Cour donne une signification et une portée particulières à la directive 2004/38, dont les conditions et limites déterminent déjà, à titre principal, le cadre de son contrôle. En effet, les droits du citoyen migrant sont ici appréhendés à partir des seules conditions posées par la directive, obligeant, pour les inactifs, à démontrer, d'abord, la légalité de leur séjour au sens de la directive, qui suppose notamment de remplir la condition des ressources suffisantes<sup>61</sup>. Néanmoins la Cour écartait encore toute présomption générale de ressources insuffisantes qui serait notamment basée sur la demande d'octroi d'une telle prestation et s'en tenait à un

---

<sup>55</sup> CJCE, 7 septembre 2004, *Michel Trojani contre Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS)*, aff. C-456/02.

<sup>56</sup> CJUE, 19 septembre 2013, *Peter Brey*, aff. C-140/12.

<sup>57</sup> CJUE, 11 novembre 2014, *Dano*, aff. C-333/13.

<sup>58</sup> CJUE, 15 septembre 2015, *Alimanovic*, aff. C-67/14.

<sup>59</sup> CJUE, 25 février 2016, *Garcia Nieto*, aff. C-299/14.

<sup>60</sup> CJUE, 19 septembre 2013, *Peter Brey*, préc. points 64 à 69.

<sup>61</sup> CJUE, 19 septembre 2013, *Peter Brey*, préc., point 62.

contrôle de proportionnalité arrimé sur une exigence d'examen individuel du demandeur<sup>62</sup>, contrôle à la fois systémique (poids sur le système de santé) et individuel (concernant la situation du demandeur)<sup>63</sup>.

Dans l'arrêt *Dano*<sup>64</sup>, le juge de l'Union franchit une étape supplémentaire et entérine la mutation du contrôle s'agissant d'un citoyen, sans activité économique, ayant exercé son droit à la libre circulation, auquel l'État d'accueil refuse d'allouer une prestation de caractère non contributif au motif qu'il ne dispose pas de ressources suffisantes. La Cour raisonne entièrement à partir des conditions posées par la directive et relève que l'égalité de traitement ne peut être invoquée que le cadre des conditions et des limites qu'elle pose. Or l'égalité de traitement prévue à l'article 24§1 de la directive suppose que ledit citoyen dispose d'un droit de séjour légal<sup>65</sup>. À ce titre, la Cour ne cherche pas à établir la légalité dudit séjour au regard du droit national, comme dans l'arrêt *Trojani*<sup>66</sup>, mais la détermine au regard des seules conditions posées par la directive<sup>67</sup>. Concernant les citoyens, tels que Mme Dano, dont le séjour est de plus de trois mois, mais de moins de 5 ans, l'article 7§1, sous b), de la directive 2004/38 exige qu'il dispose, pour lui et les membres de sa famille, de ressources suffisantes. Sans plus de vérifications, la Cour prend acte de l'appréciation des autorités nationales, et plus exactement de la juridiction de renvoi<sup>68</sup>, en vertu de laquelle Mme Dano ne disposait pas des ressources suffisantes et déroule alors implacablement son raisonnement pour estimer que les ressources suffisantes étant une condition exigée par la directive 2004/38 pour bénéficier d'un droit de séjour, au sens de celle-ci, l'absence de telles ressources entraîne l'absence de

---

<sup>62</sup> Ainsi, la Cour soulignait que « les autorités nationales compétentes ne sauraient tirer une telle conclusion [de ressources insuffisantes entraînant une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale de cet État] sans avoir procédé à une appréciation globale de la charge que représenterait concrètement l'octroi de cette prestation sur l'ensemble du système national d'assistance sociale en fonction des circonstances individuelles caractérisant la situation de l'intéressé » CJUE, 19 septembre 2013, *Peter Brey*, préc., point 64.

<sup>63</sup> Sur la distinction entre contrôle de proportionnalité systémique et individuel relativement à l'appréciation de la charge déraisonnable : D. Thym, "The elusive limits of solidarity : residence rights of and social benefits for economically inactive Union citizens", préc..

<sup>64</sup> CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani*, préc..

<sup>65</sup> CJUE, 11 novembre 2014, *Dano*, préc. « Il s'ensuit qu'un citoyen de l'Union, pour ce qui concerne l'accès à des prestations sociales, telles que celles en cause au principal, ne peut réclamer une égalité de traitement avec les ressortissants de l'État membre d'accueil que si son séjour sur le territoire de l'État membre d'accueil respecte les conditions de la directive 2004/38 » point 69.

<sup>66</sup> CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani*, préc..

<sup>67</sup> CJUE, 11 novembre 2014, *Dano*, préc., point 73.

<sup>68</sup> CJUE, 11 novembre 2014, *Dano*, préc., point 81.

séjour légal, de sorte que le demandeur ne peut prétendre à une égalité de traitement avec les nationaux<sup>69</sup>.

On aurait pu penser néanmoins que subsistait de la jurisprudence *Brey*<sup>70</sup>, un contrôle européen de la proportionnalité de la mesure, qui aurait impliqué des autorités nationales l'appréciation concrète de la situation individuelle du demandeur. Certes, la Cour, dans l'arrêt *Dano*, mentionne encore, bien que timidement, la nécessité « d'effectuer un examen concret de la situation économique de chaque intéressé, sans prendre en compte les prestations sociales demandées, afin d'apprécier s'il satisfait à la condition de disposer de ressources suffisantes pour pouvoir bénéficier d'un droit de séjour au titre de l'article 7, paragraphe 1, sous b), de la directive 2004/38 »<sup>71</sup>. Pourtant, déjà dans cette affaire, elle se contente d'acter, sans réelle preuve, le constat des autorités nationales sur ce point. Par ailleurs, à aucun moment la Cour se livre au contrôle de proportionnalité de la mesure. Les doutes sur ce point ont été définitivement levés, quelques mois plus tard, avec l'arrêt *Alimanovic*<sup>72</sup> où la Cour estime que le législateur a déjà pris « en considération différents facteurs caractérisant la situation individuelle de chaque demandeur d'une prestation sociale »<sup>73</sup>. Le test de proportionnalité devient ainsi sans objet, la Cour estimant qu'il a déjà été réalisé par le législateur européen lorsqu'il a adopté la directive. L'État devient, par voie de conséquences, dispensé de démontrer la charge déraisonnable que pourrait représenter le citoyen et/ou dans ce cadre un lien d'intégration insuffisant en procédant tant à un examen individuel de la situation du citoyen qu'à l'appréciation globale de la charge qu'il ferait peser sur le système d'assistance sociale. Plus clairement encore dans l'arrêt *Garcia Nieto*, la Cour relève à ce titre « la directive 2004/38, établissant un système graduel du maintien du statut de travailleur qui vise à sécuriser le droit de séjour et l'accès aux prestations sociales, prend elle-même en

---

<sup>69</sup> CJUE, 11 novembre 2014, *Dano*, préc., point 81 « En effet, « Dans l'affaire au principal, selon les vérifications effectuées par la juridiction de renvoi, les requérants ne disposent pas de ressources suffisantes et ne peuvent donc réclamer un droit de séjour dans l'État membre d'accueil en vertu de la directive 2004/38. Partant, [...], ils ne peuvent se prévaloir du principe de non-discrimination de l'article 24, paragraphe 1, de ladite directive ».

<sup>70</sup> CJUE, 19 septembre 2013, *Peter Brey*, préc.

<sup>71</sup> CJUE, 11 novembre 2014, *Dano*, préc., point 80.

<sup>72</sup> CJUE, 15 septembre 2015, *Alimanovic*, aff. C-67/14.

<sup>73</sup> CJUE, 15 septembre 2015, *Alimanovic*, préc., point 60 : « En effet, la directive 2004/38, établissant un système graduel du maintien du statut de travailleur qui vise à sécuriser le droit de séjour et l'accès aux prestations sociales, prend elle-même en considération différents facteurs caractérisant la situation individuelle de chaque demandeur d'une prestation sociale et, notamment, la durée de l'exercice d'une activité économique. ».

considération différents facteurs caractérisant la situation individuelle de chaque demandeur d'une prestation sociale et, notamment, la durée de l'exercice d'une activité économique. »<sup>74</sup>.

Pourtant, dans l'arrêt *Alimanovic*, contrairement à la situation de Mme Dano qui n'avait jamais travaillé et ne semblait pas en démontrer la volonté<sup>75</sup>, la requérante avait travaillé dans l'État membre d'accueil et présentait un lien d'intégration particulièrement élevé avec cet État dans la mesure où elle y avait résidé antérieurement, pendant au moins 5 ans, qu'elle était retournée dans cet État depuis au moins 2 ans et que ses enfants étaient tous nés en Allemagne. De plus, Mme Alimanovic, qui avait précédemment travaillé dans l'État membre d'accueil, était en recherche d'emploi et inscrite auprès du service de l'emploi compétent. Sans se référer au droit primaire et notamment à l'article 45§3 TFUE consacrant le droit « de répondre à des emplois effectivement offerts » et moins encore à l'article 18 TFUE consacrant le principe d'égalité de traitement, la Cour confirmera la voie du contrôle inversé en inscrivant son appréciation exclusivement en référence aux dispositions de la directive, l'article 21 ou même 18 TFUE ayant même disparu de son visa. Elle va alors chercher à déterminer, à titre principal, si Mme Alimanovic peut se prévaloir d'un statut, qui au regard de la directive lui accorderait un séjour légal, lequel est la condition désormais première, mais non suffisante pour se réclamer de l'égalité de traitement. À ce titre le juge exclut qu'elle puisse être assimilée à un travailleur, au sens de l'article 7, §3, sous c) de la directive dans la mesure où la période de chômage involontaire à la suite des contrats à durée déterminée a perduré plus de 6 mois, il admet néanmoins qu'elle puisse éventuellement obtenir le maintien de son droit de séjour visé à l'article 14, §4, sous b) au titre de sa recherche d'emploi, mais constate alors que l'article 24§2 autorise l'État membre d'accueil à refuser une prestation d'assistance sociale à un citoyen de l'Union bénéficiant d'un droit de séjour sur le fondement de l'article 14, §4, sous b)<sup>76</sup>.

La Cour adoptera une position similaire dans l'arrêt *García-Nieto*<sup>77</sup>, se contentant de relever que l'article 24§2 autorise les États à refuser une prestation d'assistance sociale à un citoyen économiquement inactif pendant les trois premiers mois de son séjour (fût-il légal au sens de la directive) et sans qu'il soit nécessaire d'apprécier la proportionnalité de cette décision. La possibilité concédée à l'État en vertu de l'article 24§2 de refuser l'octroi de telles prestations

---

<sup>74</sup> CJUE, 25 février 2016, *García-Nieto*, aff. C-299/14, point 47.

<sup>75</sup> CJUE, 11 novembre 2014, *Dano*, préc., point 39.

<sup>76</sup> CJUE, 15 septembre 2015, *Alimanovic*, préc., point 58.

<sup>77</sup> CJUE, 25 février 2016, *García-Nieto*, préc..

lors du court séjour semble muer, par l'interprétation du juge, en règle générale dès lors que l'Etat est dispensé de démontrer la proportionnalité de la mesure.

## 2. Le droit à la discrimination du citoyen inactif

Il ressort de la ligne jurisprudentielle entamée depuis les arrêts *Förster*, *Brey*, *Dano*, *Alimanovic*, que les droits de circulation et de séjour, issus du rang primaire, n'encadrent plus les limites et conditions posées par la directive, mais que c'est en réalité les conditions et limites de la directive qui donnent accès aux libertés. Ainsi, la condition du séjour légal liée notamment à l'exigence de ressources suffisantes, inscrite dans le droit dérivé, détermine l'existence même du droit de séjour du citoyen économiquement inactif. Or, à défaut du séjour légal, qui s'apprécie désormais à l'aune des seules conditions posées par la directive, et non du droit national<sup>78</sup>, le citoyen ne peut prétendre à une égalité de traitement, concernant du moins les prestations d'assistance sociale, et quelle que soit sa situation individuelle.

La directive 2004/38 intervient en amont de toute application du droit primaire, mais aussi d'autres dispositions plus spécifiques du droit dérivé, de sorte que la condition première pour prétendre à tout droit, sera celle du séjour légal et notamment celle de disposer de ressources suffisantes. Or dans l'arrêt *Dano* la Cour a renoncé à opérer un contrôle sur la condition de ressources suffisantes. Si elle persiste dans cette voie, cela pourrait conduire à dénier tout séjour légal aux citoyens qui ne disposent pas du statut de travailleur salarié ou indépendant, ce qui inclut les étudiants et les chercheurs d'emploi. Saisie sur renvoi préjudiciel, il est possible que la Cour s'en soit remis à la subsidiarité juridictionnelle et ne souhaite pas remettre en cause l'appréciation du juge national. Toutefois, dans les arrêts *Alimanovic* ou *Garcia-Nieto*, la Cour semble définitivement lier ces questions dans la mesure où elle définit la prestation sociale au sens de l'article 24§2 comme celles « auxquel[le]s a recours un individu qui ne dispose pas de ressources suffisantes »<sup>79</sup>. Dans ces conditions, il sera difficile de démontrer l'existence de ressources suffisantes parallèlement à une demande de prestation d'assistance sociale.

Plus encore, le principe d'égalité de traitement, auparavant principe fondamental du droit primaire semble déclasser au rang de droit dérivé. De principe, il devient « un droit » et

---

<sup>78</sup> Ce qui était pourtant le cas dans l'arrêt *Trojani*, préc. Dans les arrêts *Dano*, *Alimanovic*, *Garcia-Nieto*, le droit de séjour en vertu du droit national n'est pas contesté.

<sup>79</sup> CJUE, 15 septembre 2015, *Alimanovic*, préc, spéc. points 44 à 46.

encore « un droit qui trouve une expression spécifique dans la directive »<sup>80</sup>, la spécificité tenant à sa reconnaissance sous réserve que la situation ne rentre pas dans les exceptions et limites prévues par la directive. En d'autres termes, c'est un droit à la discrimination sur la base de la directive que la Cour consacre au détriment des inactifs. Et, en effet, dès lors que le citoyen ne remplit pas les termes de la directive, soit sur les conditions temporelles (séjour inférieur à trois mois dans *Garcia Nieto*, arrêt de travail supérieur à 6 mois qui ne permet plus de conserver le statut de travailleur dans *Alimanovic*) et/ou soit qu'on ne remplit pas les conditions matérielles, telles que la condition de ressources (*Dano*), le citoyen ne peut plus prétendre au principe d'égalité de traitement, du moins en matière de prestations sociales.

Surtout, la Cour, dans ces hypothèses, abandonne le contrôle des mesures étatiques à l'aune de la proportionnalité estimant ce dernier « internalisé »<sup>81</sup> dans la directive. Partant, elle conduit à ce que la dérogation à l'égalité de traitement, inscrite à l'article 24§2 de la directive, devienne en réalité le principe réintroduisant l'idée que le citoyen inactif se trouve dans une situation différente du travailleur et qu'il ne peut prétendre aux mêmes droits qu'un national à moins d'un séjour légal ininterrompu de 5 ans sur le territoire de l'État d'accueil.

Il pourrait être avancé que cette démarche singulière doit être relativisée dans la mesure où elle ne vise qu'une catégorie de citoyens bien précise, celle des inactifs en demande de prestations d'assistance sociale dans l'État membre d'accueil en court ou long séjour. Toutefois, la Cour, d'une part, élargit le cercle des inactifs aux demandeurs d'emploi et aux étudiants, d'autre part, retient une définition de plus en plus large des dites prestations sociales<sup>82</sup>. Catégorie singulière aussi, dès lors que nationaux, européens ou plus largement encore migrants de tout État, les « inactifs » cristallisent aujourd'hui et malgré eux l'ensemble des frustrations et des déceptions que l'on attribuait autrefois au libéralisme économique, puis à la mondialisation, puis à l'Europe, entraînant quel que soit le responsable un repli identitaire pour les peuples et une quête nouvelle de légitimité pour les gouvernants.

---

<sup>80</sup> CJUE, 11 novembre 2014, *Dano*, préc., point 61 où l'égalité de traitement trouve ainsi une expression spécifique au sein de l'article 24 de la directive 2004/38 et de l'article 4 du règlement 883/2004 ; ou encore la Cour de souligner « L'article 7, paragraphe 2, du règlement n° 1612/68 est l'expression particulière, dans le domaine spécifique de l'octroi d'avantages sociaux, de la règle d'égalité de traitement consacrée à l'article 45, paragraphe 2, TFUE (...) » : CJUE, 20 juin 2013, *Elodie Giersch*, aff. C-20/12, point 35.

<sup>81</sup> D. Kramer, « Had they only worked one month longer ! », *europeanlawblog.eu*, September 2015.

<sup>82</sup> V. *infra* II.B.1.

Dès lors, rien de fortuit dans ce nouveau contrôle, qui ne peut se résumer à une simple sophistication, à un contrôle plus formel<sup>83</sup> ou légaliste, il relève bien davantage d'un nouveau positionnement, plus politique que jurisprudentiel, entamé par la Cour.

## **II. Les enjeux de la sophistication du contrôle : quelle(s) légitimité(s) ?**

L'exploitation maximum du droit primaire, notamment du principe d'égalité de traitement, par le juge de l'Union, s'inscrivait dans un contexte plutôt favorable avec un législateur si ce n'est défaillant, du moins relativement discret dont les interventions sectorielles ne permettaient pas en toute hypothèse de dégager une approche politique globale de la libre circulation, qu'elle soit convergente ou discordante avec celle de la Cour. Que le juge ait endossé la fonction de législateur ou qu'il ne lui ait pas laissé l'opportunité de s'en saisir, il n'en demeure pas moins que la Cour a pu s'en affranchir sans soulever de contestations suffisantes pour la freiner dans cette mission.

Il n'est pas anodin, à cet égard, que la mutation du contrôle du juge, qui se traduit par la prise en considération centrale de la directive au vu des conditions et limites qu'elle édicte, intervienne à un moment où, certes, le législateur a fait le choix de se doter d'un acte unique et général, rejoignant en cela l'approche globale de la Cour, mais aussi dans un contexte où les crispations des acteurs de l'Union se font entendre sur la place publique. En réalité, la position nouvellement défendue par la Cour relève non pas d'une contrainte institutionnelle du législateur de l'Union sur la Cour, mais bien d'une démarche volontaire et stratégique du juge pour répondre aux attentes des organes politiques, aussi bien du législateur de l'Union que des États membres, afin de conserver elle-même une légitimité mise en péril par une jurisprudence, qui, anticipant l'évolution, présentait un caractère révolutionnaire, peu en phase avec un contexte politique réactionnaire.

Mais si cette volonté de la Cour, dans un contexte européen difficile, de repositionner les acteurs politiques dans leurs compétences, peut s'expliquer par sa déférence affichée envers ces derniers (A) il n'en demeure pas moins que la technique employée rencontre des limites, qui pourraient rendre cette quête de légitimité contre-productive (B).

---

<sup>83</sup> A. Iliopoulou-Penot, "Deconstructing the former edifice of Union citizenship ? The Alimanovic judgment", *préc.*, spec. 1015.

## A. Le repositionnement des acteurs politiques dans leurs compétences : la Cour en quête de légitimité

Plusieurs indices concordent pour considérer que la sophistication du contrôle juridictionnel relève d'une démarche volontaire et stratégique de la Cour. En accordant une place centrale au droit dérivé, la haute juridiction de l'Union adresse un signal fort au législateur européen, en ce sens qu'elle ne revendique pas ou plus l'exclusivité de la définition des objectifs de l'Union, qu'elle entend partager voire respecter les prérogatives du politique (1). Surtout une telle mutation du contrôle où les limites et conditions deviennent le point d'entrée de la jouissance des droits attachés à la libre circulation tend à reconnaître les intérêts légitimes des États membres (2).

### **1. Un contrôle se présentant comme respectueux des arbitrages politiques du législateur européen**

Il importe de relever que l'adoption de la directive 2004/38 n'a jamais représenté en elle-même un obstacle indépassable à la poursuite par la Cour de sa jurisprudence antérieure. La Cour n'est, juridiquement, jamais contrainte par le législateur de l'Union. Cela tient à sa double qualité d'institution et de juridiction<sup>84</sup>. En tant qu'institution, elle se place à arme égale avec ce dernier, en tant que juridiction, il lui appartient de contrôler la validité de ses actes et encore, pour valables qu'elle les reconnaisse, la Cour a toujours su s'émanciper du droit dérivé, ou s'en accommoder en l'enserrant ou en le dissociant de l'interprétation qu'elle fait du droit primaire. Aussi, serait-il erroné de présenter la directive 2004/38 comme étant à l'origine de la sophistication du contrôle de la Cour, elle constitue en réalité l'instrument de la sophistication.

La directive avait été négociée dans la perspective, relativement anxiogène, de l'élargissement futur, le plus important que l'Europe ait connu, à des États dont les systèmes de solidarité sociale étaient particulièrement inégaux. Il n'est pas certain que la Cour ait répondu véritablement à un appel du législateur européen en ce sens et que telle était la volonté précise du Parlement et du Conseil. La codification en grande partie de sa jurisprudence et l'ambiguïté des dispositions de la directive découlant du consensus politique à l'issue duquel elle a été adoptée permettaient encore au juge d'inscrire sa jurisprudence antérieure dans son

---

<sup>84</sup> J. Snell, "The Legitimacy of Free movement Case Law: process and substance", in *judging Europe's judges*, *op. préc.*, p. 110.

cadre voire au-delà. En atteste la persistance de sa jurisprudence *Collins*<sup>85</sup>, après l'adoption de la directive 2004/38, en vertu de laquelle la Cour considère qu'un Etat membre est tenu d'accorder les mêmes avantages sociaux à un citoyen à la recherche d'un emploi, s'il établit un lien d'intégration avec le marché d'emploi de l'Etat d'accueil concerné. Estimant que de telles prestations ne rentraient pas dans celles visées à l'article 24§2 de la directive, la Cour a ainsi maintenu cette ligne jurisprudentielle après son adoption, dans les arrêts *Ioannidis*<sup>86</sup>, *Vatsouras*<sup>87</sup>, *Prete*<sup>88</sup> ou *Saint-Prix*<sup>89</sup>.

La Cour instrumentalise alors manifestement plus qu'elle ne suit le droit dérivé au gré de ses jurisprudences et, plus exactement, selon le statut d'actif ou d'inactif du citoyen. En témoigne aussi l'oscillation qu'elle opère entre les objectifs qu'elle prête à la directive. Si, au regard des actifs, la directive est présentée par la Cour comme destinée à favoriser les libertés de circulation et de séjour<sup>90</sup>, concernant les inactifs, la Cour assigne à la même directive un but bien différent et se revendique alors du considérant 10 de ce texte pour estimer qu'elle vise à « prévenir les citoyens non actifs d'utiliser le système de santé de l'État membre d'accueil »<sup>91</sup>.

Par sa démarche volontariste, la Cour entend ainsi redonner un espace au législateur de l'Union, qu'elle avait pendant longtemps occupé, soit en raison de la carence de ce dernier<sup>92</sup>, soit/ou en raison de son interventionnisme jurisprudentiel qui laissait peu de place au législateur pour s'exprimer, soit tout simplement parce qu'il n'en avait pas la compétence. Le législateur de l'Union tirait sur ce point un certain profit des positions progressistes de la Cour, qu'il a en grande partie codifiées. Soumis à des contraintes institutionnelles et des blocages politiques, il était beaucoup plus difficile pour le législateur de dégager des lignes claires et une approche politique de la libre circulation des personnes. Toutefois, dès lors qu'un effort de systématisation a été entrepris par l'organe politique, en adoptant une approche globale dont l'intention résulte clairement du 4<sup>e</sup> considérant de la directive où le législateur indique sa volonté « [...] de dépasser cette approche sectorielle et fragmentaire du

---

<sup>85</sup> CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, aff. C-138/02.

<sup>86</sup> CJCE, 15 septembre 2005, *Office national de l'emploi c/ Ioannidis*, aff. C-258/04.

<sup>87</sup> CJCE, 4 juin 2009, *Athanasios Vatsouras et Josif Koupatantze*, aff. jtes C-22 et 23/08.

<sup>88</sup> CJUE, 25 octobre 2012, *Deborah Prete*, aff. C-367/11.

<sup>89</sup> Voir infra II.B.1

<sup>90</sup> V. notamment : CJCE, 25 juillet 2008, *Metock*, aff. C-127/08, point 82.

<sup>91</sup> V. CJUE 5 mai 2011, *McCarthy*, aff. C-434/09, point 33 ; CJUE, 21 décembre 2011, *Ziolkowski et Szeja*, aff. jtes C-424/10 et C-425/10, point 40 ; CJUE, 19 sept. 2013, *Brey*, préc., point 54 ou encore CJUE, 11 novembre 2014, *Dano*, préc. point 69.

<sup>92</sup> P. Pescatore : « La carence du législateur communautaire et le devoir du juge », in *Mélanges Léontin Jean Constantinesco*, Köln, Heymanns, 1983, p. 559-580.

droit de circuler et de séjourner librement et dans le but de faciliter l'exercice de ce droit, il convient d'élaborer un acte législatif unique (...) », la Cour, dans un contexte européen tendu, a démontré en déplaçant son raisonnement dans le cadre de l'œuvre législative et non plus de ses interprétations du droit primaire, l'importance qu'elle reconnaît au législateur européen dans la définition de la libre circulation des personnes. De la sorte, le juge entend respecter les arbitrages politiques du législateur.

Le poids qu'elle confère aux choix politiques se révèle tout particulièrement dans le contrôle inversé, lorsque la Cour renonce à examiner elle-même la proportionnalité des mesures nationales. Alors même qu'il s'agissait du principal atout du juge pour contrer les mesures restrictives, il considère que le législateur européen a pris en considération cette question en amont, « [...] la directive 2004/38, établissant un système graduel du maintien du statut de travailleur qui vise à sécuriser le droit de séjour et l'accès aux prestations sociales, prend elle-même en considération différents facteurs caractérisant la situation individuelle de chaque demandeur d'une prestation sociale et, notamment, la durée de l'exercice d'une activité économique »<sup>93</sup>. Ainsi et concernant les prestations sociales, la Cour suprême de l'Union, entend marquer qu'elle respecte les positions politiques tant du législateur de l'Union sur cette question, que des États membres, dispensés de se justifier dès lors que les limites qu'ils opposent pour l'octroi de telles prestations rencontrent celles édictées par le législateur européen.

Sur le fond, toutefois, il n'est pas certain que l'interprétation qu'elle donne de la directive soit en tout point concordante avec la volonté du législateur européen, souhait-il aller aussi loin ? La rédaction de la directive 2004/38 n'échappe pas au flou du droit et présente de nombreuses ambiguïtés liées aux compromis politiques qui président à son adoption. La consécration, dans ce texte, d'un droit de séjour permanent, détaché d'une condition de ressources matérielles<sup>94</sup>, l'encadrement renforcé des mesures d'éloignement soumises au contrôle de proportionnalité ou l'extension des droits des bénéficiaires dérivés, dont le cercle est par ailleurs élargi, attestent aussi bien de l'intention poursuivie par le législateur de consolider les droits du citoyens migrants.

---

<sup>93</sup> CJUE, 25 février 2016, García-Nieto, aff. C-299/14, point 47.

<sup>94</sup> Cette affirmation pourrait désormais être relativisée au vu de la jurisprudence récente de la Cour qui compute le délai de 5 ans sur la base d'un séjour légal au sens de la directive et refuse donc à un citoyen qui ne dispose pas des ressources nécessaires de pouvoir y prétendre alors même qu'il disposait d'un droit de séjour légal au sens du droit national : CJUE, 21 juillet 2011, Dias, aff. C-325/09, confirmé par CJUE, 21 décembre 2011, Ziolkowski et Szeja, aff. jtes C-424 et 425/10.

En toute hypothèse, la Cour a opté pour une interprétation beaucoup plus restrictive de la directive, qui permet aux États de mettre en avant les limites opposables aux citoyens mobiles inactifs. Elle traduit ainsi la volonté du juge européen de démontrer qu'il prend en considération le rôle du législateur et des États membres dans la définition, pour l'un, des politiques européennes, pour l'autre, de ses politiques sociales.

## **2. Un contrôle destiné à rencontrer les préoccupations des États membres**

Rares sont les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne portés sur la place publique, plus exceptionnels encore sont ceux qui reçoivent l'approbation des États membres dans ce cadre. Les réactions positives, qui ont suivi la jurisprudence *Dano*, attestent que ce courant jurisprudentiel rencontre les préoccupations économiques des États et, sans doute aussi, constitutionnelles relativement aux champs respectifs de leurs compétences et des revendications de souveraineté qui les accompagnent.

Ces intérêts légitimes des États, pourtant, n'étaient pas absents des législations antérieures. Ainsi les directives adoptées dans les années 1990 prévoyaient déjà, pour les inactifs, la condition qu'ils disposent outre d'une assurance maladie, « des ressources suffisantes pour éviter qu'ils ne deviennent, pendant leur séjour, une charge pour l'assistance sociale de l'État membre d'accueil »<sup>95</sup> ou encore « une charge déraisonnable pour les finances publiques »<sup>96</sup>. La Cour avait aussi et avant même l'adoption de la directive 2004/38 intégré comme légitime, l'exigence, selon le cas, que le citoyen ait « un lien réel avec le marché de l'emploi de l'État concerné »<sup>97</sup> ou qu'il « puisse démontrer un certain degré d'intégration dans la société de l'État d'accueil »<sup>98</sup>. De plus, la Cour reconnaissait à l'État membre le droit de mettre fin au droit de séjour, bien qu'il ne puisse devenir une conséquence automatique du recours au

---

<sup>95</sup> V. Art. 1<sup>er</sup>, § 1, de la directive 90/364/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative au droit de séjour (JO L 180, p. 26) ; art. 1<sup>er</sup>, § 1, de la directive 90/365/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non-salariés ayant cessé leur activité professionnelle (JO L 180, p. 28). Voir aussi directive 90/366/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative au droit de séjour des étudiants (JO L 180, p. 30) et sa refonte dans la directive 93/96/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative au droit de séjour des étudiants (JO L 317, p. 59).

<sup>96</sup> Voir le 4<sup>e</sup> considérant de la directive 90/364/CEE, préc ainsi que les conclusions de l'Avocat général Sharpston, spéc. point 95, présentée dans l'affaire : CJUE, 14 juin 2012, Commission c/ Pays-Bas, aff. C-542/09.

<sup>97</sup> V. notamment : CJCE, 23 mars 2004, Collins, aff. C-138/02, points 67-69

<sup>98</sup> CJCE, 15 mars 2005, Bidar, préc., point 57, CJCE, 18 novembre 2008, Förster, préc., point 54.

système d'aide sociale<sup>99</sup>. Cette jurisprudence traduisait déjà la prise en considération des intérêts légitimes des États membres<sup>100</sup>.

Ces exigences, toutefois, avaient été privées en grande partie d'effet utile à la suite du contrôle de proportionnalité exercé par la Cour. Elle avait pu, à travers l'interprétation extensive du droit primaire, donner le sentiment aux États, que la construction d'une citoyenneté sociale européenne se réalisait au mépris de leurs compétences. Les droits dérivés que le juge de l'Union avait déduits du droit primaire s'accompagnaient nécessairement d'une immixtion dans le champ des politiques sociales, d'éducation ou encore de santé, alors même que le législateur de l'Union ne disposait dans ces domaines que de pouvoirs limités. En définitive, cela a abouti à créer des obligations toujours plus fortes pour les États dans un domaine qui engage incontestablement le choix d'une société quant à sa politique de redistribution des ressources nationales et où, en raison de l'intensité et de la portée du contrôle opéré par le juge européen, l'État ne parvenait pas à défendre ses choix politiques. Les positions dégagées par la Cour, antérieurement à l'arrêt *Förster*, portaient ainsi indéniablement le risque « de négliger la dimension collective de la solidarité sociale »<sup>101</sup> dont la définition paraît encore impossible à déterminer à un niveau européen.

Aussi, la dilution de l'égalité de traitement dans le droit dérivé et l'abandon, au moins partiel, du test de proportionnalité par la Cour représentent-ils symboliquement et concrètement la reconnaissance au profit des États membres d'une latitude d'action dans la définition matérielle de leur politique sociale, d'éducation ou encore de santé qu'ils semblaient avoir perdue. Le contrôle inversé permet ainsi de donner un contenu réel aux « intérêts légitimes des États membres »<sup>102</sup>. Ils apparaissent d'autant plus légitimes que l'action sociale européenne peine à se réaliser. Les compétences de l'Union restent faibles et leur exercice soumis à un consensus difficile à atteindre. Il faut rappeler à ce titre que l'harmonisation

---

<sup>99</sup> CJCE, 20 septembre 2001, Grzelczyk, préc., point 43, CJCE, 7 septembre 2004, Michel Trojani, préc., point 36.

<sup>100</sup> En ce sens également : H. Verschuere, « La libre circulation des personnes à l'intérieur de l'UE et les allocations sociales minimales des États membres : en quête d'équilibre », *Revue belge de sécurité sociale* 2013, p. 107, spéc. p. 125 et K. Lenaerts et T. Heremans, « Contours of a European Social Union in the Case-Law of the European Court of Justice », *European Constitutional Law Review*, 2006, p. 101, spéc. p. 103.

<sup>101</sup> M. Dougan, « The bubble that burst: exploring the legitimacy of the case law on the free movement of Union citizens » in *Judging Europe's judges*, op. préc., p. 127, spéc. 136, traduit par nous.

<sup>102</sup> Ainsi la Cour de juger qu'« Une telle condition[de ressources matérielles suffisantes] s'inspire de l'idée que l'exercice du droit de séjour des citoyens de l'Union peut être subordonné aux intérêts légitimes des États membres, en l'occurrence, la protection de leurs finances publiques » : CJUE, 19 septembre 2013, Peter Brey, préc., point 55 et la jurisprudence qui y est citée.

sociale n'est ni envisagée ni considérée comme souhaitable<sup>103</sup>, tant il est redouté qu'elle ne se traduise par un nivellement vers le bas des législations les plus protectrices. Le risque, dans le cadre de systèmes de protection nationaux particulièrement hétérogènes, qui se réclament aussi bien de tradition beveridgienne que bismarkienne est que l'octroi des prestations sociales ait « des conséquences sur le niveau global de l'aide pouvant être octroyée par cet État »<sup>104</sup> et déséquilibre, en interne, les systèmes de protection sociale. Aussi la protection sociale peine-t-elle à s'émanciper du cadre étatique. À cela s'ajoute l'idée que « les mécanismes de solidarité, mécanismes de redistribution qui ne reposent pas sur la seule capacité contributive de chacun mais sur la volonté de soutenir les plus faibles, reposent tous sur des communautés de solidarité, c'est-à-dire des groupes qui partagent un sentiment de proximité susceptible de fonder une solidarité de fait. Territorialisées, ces communautés de solidarité sont le plus souvent nationales (ce sont les nationaux qui se sentent suffisamment proches les uns des autres pour accepter de payer pour les plus démunis) et les mécanismes de subventionnement sont organisés dans le cadre des frontières étatiques. Quant aux bénéficiaires du régime, ils ne peuvent qu'être limités, une obligation de versement universel de la prestation sociale risquant de mettre en péril la viabilité du régime de solidarité »<sup>105</sup>. Dans ces conditions, le juge de l'Union ne pouvait, à lui seul, continuer à faire primer l'effectivité de la citoyenneté sociale sur l'équilibre des ressources publiques.

Un autre argument, beaucoup plus rationnel, apparaît encore dans la jurisprudence au soutien de cette position en retrait. La dispense accordée désormais aux États de démontrer, pour chaque demandeur de prestation d'assistance sociale, son lien d'intégration avec l'État d'accueil et la charge financière qu'il pourrait représenter pour le système national de protection sociale favoriserait en effet la rationalité administrative et la sécurité juridique. La Cour relève en ce sens qu'« en permettant aux intéressés de connaître sans ambiguïté leurs droits et leurs obligations, le critère visé [...par] la directive 2004/38, [...] est, par conséquent, de nature à garantir un niveau élevé de sécurité juridique et de transparence dans le cadre de l'octroi de prestations d'assistance sociale de l'assurance de base, tout en étant conforme au principe de proportionnalité »<sup>106</sup>. À cet égard, considérer que le système graduel instauré par

---

<sup>103</sup> K. Hailbronner, "Union citizenship and access to social benefits", 42, CML Rev. 2005, p. 1245.

<sup>104</sup> Point 127 des conclusions présentées dans l'affaire Dano, préc.

<sup>105</sup> S. Barbou des places, « Le critère d'intégration sociale, nouvel axe du droit européen des personnes ? », Rev. Aff. europ. 2013/4 ; p. 689, spéc. p. 693.

<sup>106</sup> CJUE, 15 septembre 2015, *Alimanovic*, préc., point 61 et CJUE, 25 février 2016, *García-Nieto*, préc., point 49.

la directive prend en considération sur sa seule base, le lien d'intégration de l'individu et ses caractéristiques propres, présente incontestablement l'avantage de la simplicité pour les administrations nationales en leur offrant des critères techniquement viables<sup>107</sup> et garantit la prévisibilité des situations juridiques dans l'octroi de prestations d'assistance sociales de l'assurance de base.

Cette approche formaliste de la libre circulation des personnes redonne un pouvoir d'appréciation aux États dans la définition des droits attachés au citoyen et particulièrement dans la détermination de leurs politiques sociales. Pour autant ce mouvement jurisprudentiel conduit à restreindre désormais l'effectivité de la libre circulation des personnes aux seuls citoyens économiquement actifs. Ce résultat ne peut être celui souhaité par la Cour, mais il semble en revanche dicté à elle. Il répond en effet aux craintes de l'activisme judiciaire, plus qu'il ne participe à la construction d'une citoyenneté, pourtant indispensable, au processus intégratif. Par cette obédience affichée, la Cour tend en effet davantage à regagner en légitimité sociale, mais ne perd-t-elle pas alors sa légitimité fonctionnelle<sup>108</sup>, l'enjeu n'étant plus tant la construction de l'Europe que sa propre place dans l'Union européenne ?

## B. Les limites

La légitimité apparaît centrale dans le nouveau positionnement arrêté par la Cour à la suite de l'arrêt *Förster*. Dans un contexte politique et économique défavorable, empreint d'eurocepticisme, la juridiction européenne a inscrit son raisonnement de manière à intégrer les intérêts légitimes des États et préserver sa propre autorité. Pour autant, la voie qu'elle emprunte rencontre des limites qui permettent de douter de la pertinence de cette démarche. La légitimité qu'elle escomptait pourrait être mise à mal au vu de l'instabilité jurisprudentielle qu'elle introduit (1), sur la base d'un raisonnement juridiquement contestable (2) qui, en définitive, semble davantage mettre en péril la construction d'une citoyenneté sociale pourtant indispensable à la poursuite du projet européen (3).

### **1. La qualité jurisprudentielle**

La jurisprudence, pour s'imposer, doit suivre une ligne stable et cohérente. Or, le contrôle exercé par la Cour suit en parallèle deux lignes fondamentalement opposées de sorte qu'il

---

<sup>107</sup> V. en ce sens : D. Thym, "The elusive limits of solidarity : residence rights of and social benefits for economically inactive Union citizens", préc.

<sup>108</sup> V. sur ces distinctions, D. Ritleng, « The independence and legitimacy of the European Court of Justice », op. préc., p. 83.

reste très difficile d'anticiper le positionnement de la Cour sur l'une ou l'autre forme de contrôle ou d'en comprendre les subtilités. L'inconstance se caractérise d'autant plus que, d'une part, les deux contrôles s'appliquent à un même statut, celui du citoyen mobile inactif et, d'autre part, qu'ils tendent à brouiller les frontières entre les actifs et les inactifs.

En effet, en parallèle au contrôle développé depuis l'arrêt *Förster*, le juge a maintenu son contrôle traditionnel des mesures restrictives, appréhendées sous l'angle du droit primaire et soumises au principe de proportionnalité, qui s'avère plus favorable au citoyen mobile alors même qu'il ne peut prétendre au statut de travailleur. Réitérant sa jurisprudence *Collins*<sup>109</sup> dans les arrêts *Ioannidis*<sup>110</sup>, *Vatsouras*<sup>111</sup> puis *Prete*<sup>112</sup>, la Cour, concernant les « prestations financières facilitant l'accès au marché du travail », considère en effet que celles-ci ne peuvent être refusées au citoyen migrant, sauf si l'Etat parvient à démontrer l'absence de lien réel entre le demandeur d'allocations et le marché géographique du travail en cause.

La Cour justifie cette différence d'approches sur la base d'une subtile distinction entre les notions de « prestations sociales » appréhendées au regard des limites inscrites dans la directive 2004/38 et la notion de « prestations financières facilitant l'accès au marché du travail » qui relève, en revanche, du contrôle traditionnel, la Cour estimant que de telles prestations ne rentrent pas dans le champ d'application de la directive. Il semble toutefois que le maintien du contrôle traditionnel appliqué aux législations étatiques limitant l'octroi des « prestations financières », ne s'explique pas tant par une différence de nature entre les prestations (sociale ou financière que la Cour peine à appliquer<sup>113</sup>) que par la circonstance que le citoyen, bien qu'inactif, entretient, de fortes connexions avec le statut de travailleur, historiquement protégé. Le contexte factuel paraît déterminant. Dans *Vatsouras*, le citoyen avait travaillé et retravaillait, la question même d'un statut de travailleur se posait pour lui, dans *Ioannidis*, l'étudiant avait travaillé et allait manifestement trouver un emploi, dans *Prete*, la citoyenne avait travaillé et devait manifestement poursuivre son activité dans l'État membre d'accueil de la nationalité de son époux.

---

<sup>109</sup> CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, préc..

<sup>110</sup> CJCE, 15 septembre 2005, *Ioannidis*, préc..

<sup>111</sup> CJCE, 4 juin 2009, *Vatsouras*, préc..

<sup>112</sup> CJUE, 25 octobre 2012, *Deborah Prete*, préc..

<sup>113</sup> V. pour une approche confuse entre les deux notions : CJUE, 14 juin 2016, *Commission c/ Royaume-Uni*, C-308/14.

Dans cette perspective, le lien réel n'est pas tant celui établi avec l'État, mais avant tout celui existant ou ayant existé avec le marché du travail. Ainsi, dès lors qu'intervient, potentiellement<sup>114</sup> ou indirectement<sup>115</sup>, la migration d'un citoyen économiquement actif, la libre circulation retrouve toute sa portée et doit être facilitée en veillant à assurer au citoyen et aux membres de sa famille les meilleures conditions, y compris l'attribution de prestations sociales. En revanche, si la migration est celle d'un inactif qui ne peut être rattaché à aucune activité économique, même indirecte, alors sur la base des limites énoncées dans la directive, la Cour va permettre à l'Etat de restreindre l'octroi des prestations sociales et bourses d'enseignement. Cette explication pourrait être reproduite au regard des étudiants au vu de la différence de contrôle entre les arrêts *Förster* et *Griesch*. Dans le premier, le refus, admis sur la base du droit dérivé, d'une bourse d'enseignement supérieure vise un étudiant, sans que son statut puisse être associé directement ou indirectement au statut de travailleur migrant, alors que dans le second, *Griesch*, l'étudiant peut se revendiquer du statut d'enfants de travailleurs migrants, lequel est nécessairement et surtout économiquement intégré à la société d'accueil. Dans cette perspective, la jurisprudence reste en effet encore favorable aux enfants des travailleurs, pour lesquels une allocation d'invalidité pour jeunes enfants handicapés ne peut être soumise à une condition de résidence<sup>116</sup>, où la notion même d' « enfant » reçoit une acception large comprenant l'enfant du travailleur, mais aussi de son conjoint<sup>117</sup> et où l'allocation d'une bourse d'enseignement supérieur, si elle peut être liée à la condition d'une période de travail propre à démontrer le lien de rattachement entre le demandeur et l'État, reste néanmoins soumise au test de proportionnalité<sup>118</sup>. En d'autres termes, si l'explication est aléatoire, le contrôle appliqué l'est plus encore.

Mais, la Cour ne s'est pas arrêtée à ce premier glissement. Les frontières entre les « prestations sociales » visées par la directive, qui déclenchent le contrôle inversé et les autres prestations, notamment de sécurité sociale qui, auparavant, étaient soumises à un contrôle plus favorable sous l'angle du droit primaire, présentent des contours particulièrement difficiles à cerner. La Cour tend à développer une définition de plus en plus large de la notion de « prestations sociales », voire englobante, notamment au regard des prestations de sécurité

---

<sup>114</sup> CJUE, 25 octobre 2012, Deborah Prete, préc..

<sup>115</sup> CJUE, 20 juin 2013, Elodie Giersch, aff. C-20/12.

<sup>116</sup> CJUE, 21 juillet 2011, Stewart, aff. C-503/09 où la Cour après avoir qualifié la mesure d'entrave, rappelé le statut fondamental du citoyen et la jurisprudence *D'hoop* procède au contrôle de la proportionnalité de la mesure.

<sup>117</sup> CJUE, 15 décembre 2016, Depesme et Kerrou, aff. C-401 à 403/15.

<sup>118</sup> CJUE, 14 décembre 2016, Bragança Linares Verruga e.a., aff. C-238/15.

sociale, auparavant distinctes<sup>119</sup> des prestations sociales à caractère non contributifs. Il en va de même avec la notion de « bourse d'études » visée également à l'article 24§2 de la directive. Alors que la Cour avait jugé précédemment que des réductions octroyées sur les titres de transports publics aux étudiants ne relevaient pas de l'article 24§2 de la directive et ne pouvaient, dès lors, dans leur octroi, être discriminatoires<sup>120</sup>, elle estime désormais qu'elles relèvent des aides aux études dont l'octroi peut être refusé en vertu de l'article 24§2<sup>121</sup>.

Ces variations, tant du contrôle que des interprétations du droit dérivé créent, en toute hypothèse, une insécurité juridique qui ébranle incontestablement la qualité de la justice et les positions défendues par le juge.

Plus encore, la Cour pourrait fragiliser la position des économiquement actifs, qui semblait pourtant assise sur une jurisprudence bien établie. En effet, la frontière entre les inactifs et les actifs paraît de plus en plus difficile à déterminer. Les arrêts *Alimanovic* et *Garcia Nieto* en attestent. Les variations du contrôle aboutissent à désolidariser le statut des demandeurs d'emploi de celui des travailleurs, statut pourtant protégé par le droit primaire à l'article 45 §3 TFUE. La Cour avait pendant longtemps développé une jurisprudence particulièrement protectrice pour les demandeurs d'emploi sur la base de l'article 45 §2 TFUE, notamment depuis l'arrêt *Antonissen*<sup>122</sup>. Certes, comme pour les étudiants, leurs droits aux prestations sociales n'étaient pas inconditionnels. Ils devaient faire la preuve d'un lien avec l'État d'accueil, lequel toutefois ne se confondait pas avec l'existence de ressources suffisantes. Dans *Alimanovic*, la Cour se place pourtant directement sur l'article 24 § 2 de la directive pour considérer que le principe d'égalité de traitement cède, y compris pour cette catégorie. Il en va de même pour les étudiants.

Ainsi, les étudiants, les demandeurs d'emploi semblent rejoindre les inactifs, demain peut-être les retraités, les travailleurs à temps partiel ? Dans cette perspective, la portée de la ligne jurisprudentielle restrictive empruntée par la Cour dans l'arrêt *Dano*, pourrait ainsi déstabiliser la catégorie, en principe la plus protégée, des travailleurs et, plus fondamentalement alors, les fondements même de l'Union européenne.

---

<sup>119</sup> CJUE, 19 sept. 2013, *Brey*, spéc. point 36, la Cour jugeait même qu'elles étaient exclusives l'une de l'autre.

<sup>120</sup> CJUE, 4 octobre 2012, *Commission c/ Autriche*, aff. C-75/11.

<sup>121</sup> CJUE, 2 juin 2016, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-233/14.

<sup>122</sup> CJCE, 26 février 1991, *Antonissen*, aff. C-292/89.

## **2. L'ordre constitutionnel de l'Union**

Concernant la technique retenue par le juge, le volontarisme appliqué par la Cour dans le cadre du contrôle inversé, interroge d'un point de vue constitutionnel et normatif puisqu'il revient à porter le droit dérivé à une valeur au moins égale au droit primaire. Le principe fondamental d'égalité de traitement est restreint ou « dilué »<sup>123</sup>, dans une dimension de droit dérivé voire déconstitutionnalisé pour faire primer les dérogations qui y sont apportées par le droit dérivé.

De plus, si la Cour vise à redonner réellement un poids dans la définition des objectifs politiques au législateur de l'Union, elle déstabilise aussi fondamentalement son action, dès lors qu'elle priorise le droit dérivé de la directive 2004/38 sur d'autres législations dérivées<sup>124</sup>. Plus encore, est-ce réellement au législateur de l'Union de redéfinir le droit primaire ? Il semble en effet que les États soient les mieux placés, dans le cadre d'une révision des traités, pour redéfinir les approches de la Cour.

Ces inquiétudes peuvent en partie être relativisées. L'article 21 TFUE donne il est vrai en quelque sorte un mandat constitutionnel expresse au législateur pour apporter les limites et conditions au droit de séjour. De plus, la directive et, plus exactement, la lecture qui en est proposée par la Cour limite en définitive davantage les interprétations du droit primaire dégagées par la Cour, que le droit primaire lui-même, lequel est suffisamment ambigu pour laisser place à une interprétation plus restrictive du droit de séjour et de la citoyenneté, voire de l'égalité de traitement que celle retenue par la Cour. Dans cette perspective, la force du contrôle retenu par la Cour revient à redonner aux États, la possibilité d'exprimer leurs choix politiques sans nécessairement passer par une révision constitutionnelle qui ne manquerait pas de la fragiliser. En procédant de la sorte, le juge de l'Union légitime plus habilement sa position.

## **3. Le projet intégratif**

Une grande faiblesse dans ce schéma contentieux doit encore être soulignée. Quel que soit le contrôle opéré, il conduit systématiquement à mettre en opposition les acteurs de l'Union sans

---

<sup>123</sup> D. Kochenov, « The essence of EU citizenship emerging from the last ten years of academic debate: beyond the cherry blossoms and the moon? », *International & Comparative Law Quarterly* 2013, p. 97.

<sup>124</sup> V. notamment : CJUE, 19 septembre 2013, Peter Brey, préc. points 38 et s où la Cour interprète le règlement n° 883/2004/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (JO L 166, p. 1) à l'aune des conditions posées par la directive alors même que leur portée et leur contenu auraient dû conduire à un examen distinct.

parvenir à tous les réconcilier, condition pourtant nécessaire à tout projet intégratif. Ainsi si le contrôle traditionnel opéré relativement aux actifs atteste d'une jurisprudence où le citoyen est protégé contre l'État, le contrôle inversé aboutit à une jurisprudence protectrice de l'État, mais globalement contre le citoyen « où la dimension collective de la solidarité nationale devient prioritaire sur le bien-être du citoyen »<sup>125</sup>.

La Cour peine à s'émanciper de cette dimension manichéenne dans laquelle le bon et le truand changent de camp selon la conception de la brute. Soit le citoyen est actif, c'est alors le « bon citoyen »<sup>126</sup>, face à un État oppresseur qui adopte des mesures présumées abusives, soit le citoyen est inactif, il devient l'abuseur, l'individualiste narcissique détaché de toute communauté d'appartenance et dont la mobilité n'a d'autre but que de profiter des bienfaits de l'État d'accueil. La brutalité dans l'approche de la Cour tient à la circonstance qu'il devient désormais très difficile de renverser ces présomptions dès lors qu'elle renonce à l'examen de la proportionnalité de la mesure. Ainsi pour l'étudiant ou le demandeur d'emploi, la preuve de leur intégration sociale avec l'État d'accueil devient désincarnée dans les conditions posées par le droit dérivé. Que l'on songe à *Förster, Alimanovic et même Gracia Nieto*, l'intégration sociale des citoyens dans l'État membre d'accueil pouvait difficilement être démentie, elle leur sera pourtant refusée. L'application mécanique des limites et conditions issues du droit dérivé aboutit à un décalage avec la réalité des rapports qu'entretient le citoyen avec l'État d'accueil. Ainsi, alors que les institutions européennes devraient favoriser ce sentiment d'appartenance d'un citoyen européen à plusieurs communautés étatiques relevant d'un même ordre juridique, elles aboutissent en réalité à consolider la différenciation et le détachement. Le statut de citoyen devient tronqué et la jouissance de ses droits subordonnée à son utilité économique.

La jurisprudence Dano et ses suites suivent un mouvement de balancier arrière où le lien d'intégration se confond en définitive avec le lien économique et où la citoyenneté sociale ne peut s'appréhender de manière autonome à la citoyenneté de marché<sup>127</sup>. La Cour échoue donc dans son ambition initiale de déconnecter la citoyenneté du marché intérieur. Elle risque

---

<sup>125</sup> A. Iliopoulou-Penot, "Deconstructing the former edifice of Union citizenship ? The Alimanovic judgment", *préc.*, spec. 1015, traduit par nous.

<sup>126</sup> L. Azoulai, « Le bon citoyen ou l'infortune d'être Européen » in *L'identité du droit de l'Union européenne: Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, op. préc.

<sup>127</sup> N. Schuibhne, « The resilience of EU market citizenship » (2010) CMLRev. p. 1597, Constat également partagé et repris par A. Iliopoulou-Penot, "Deconstructing the former edifice of Union citizenship ? The Alimanovic judgment", préc..

même d'affaiblir ce dernier. Le rapport Tindemans insistait déjà « sur l'importance d'une plus grande perception concrète de la solidarité européenne par des signes sensibles dans la vie quotidienne »<sup>128</sup>. La citoyenneté devait répondre à cette attente par la forte sensibilité idéologique dont elle est investie. En effet, si la citoyenneté reste un dérivé du marché intérieur, elle était supposée aller plus loin en concrétisant ses dimensions sociales et humaines<sup>129</sup> afin de libérer l'intégration européenne de son caractère exclusivement économique<sup>130</sup>. La citoyenneté s'avère en effet particulièrement représentative du degré d'approfondissement de l'Union. Dès lors tout retrait dans les droits qu'elle octroie entame nécessairement le processus d'intégration et la représentation idéologique de l'Europe. À l'heure où tous s'accordent à constater le manque de base conceptuelle à une citoyenneté supranationale, son échec à coïncider avec les idéaux de démocratie, de justice, d'égalité<sup>131</sup>, il importait que les libertés fondamentales de circulation soient dissociées des libertés professionnelles. Resserrer le lien entre ces deux libertés aboutit en définitive à un mouvement inverse au processus d'intégration.

Si la Cour n'est certainement pas l'institution la plus légitime pour définir ces valeurs sociales et morales<sup>132</sup>, en tant qu'institution charnière et ouvrière du pluralisme elle reste pourtant la mieux à même de s'en saisir. Il ne faudrait pas, pour sauver sa propre légitimité, qu'elle y renonce et pire qu'elle dénature la libre circulation des personnes et le projet européen, on attend d'elle « l'élégance raffinée ou excentrique »<sup>133</sup> attachée positivement à la notion de sophistication.

---

<sup>128</sup> L. Tindemans, « L'Union européenne – Rapport au Conseil européen », Bulletin des Communautés européennes, supplément 1, 1976.

<sup>129</sup> L. Azoulai, « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », in Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de J.-P. Jacqué, Dalloz, 2010, p. 1.

<sup>130</sup> K. Hailbronner, « Union citizenship and access to social benefits », op. préc..

<sup>131</sup> D. Kochenov, « The essence of EU citizenship emerging from the last ten years of academic debate: beyond the cherry blossoms and the moon? », préc., p. 97.

<sup>132</sup> E. Dubout, « L'identité individuelle dans l'Union européenne : à la recherche de l'homo europeus », in L'identité du droit de l'Union européenne: mélanges en l'honneur de Claude Blumann, Brunessen Bertrand, Fabrice Picod, Sébastien Roland (dir.), Bruylant, 2015, p. 135, spéc. p. 149.

<sup>133</sup> « Sophistication », Dictionnaire, Trésor de la langue française informatisé, accessible sur : <http://www.cnrtl.fr>.