



HAL
open science

La liberté de circulation en Europe : pour qui ?

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. La liberté de circulation en Europe : pour qui ?. Raphaël Draï; Cao-Huy Thuan. Instabilités européennes, recomposition ou décomposition ?, L'Harmattan, pp. 189-205, 1992, 2-7384-1545-8. hal-01698146

HAL Id: hal-01698146

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01698146>

Submitted on 31 Jan 2018

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 LIBERTE DE CIRCULATION EN EUROPE : POUR QUI ?

par Danièle Lochak

Professeur de droit public à l'université de Paris X - Nanterre

in Raphaël Draï et Cao-Huy Thuan (dir.), *Instabilités européennes, recomposition ou décomposition ?*, Coll. Politiques & Stratégies, L'Harmattan, 1992, pp. 189-205
<http://www.editions-harmattan.fr/index.asp?navig=catalogue&obj=livre&no=4215>

Le Traité de Rome a délimité un espace européen à l'intérieur duquel les marchandises et les hommes circulent librement. A cet égard, l'entrée en vigueur de l'Acte unique, en 1993, ne représentera qu'une étape supplémentaire dans l'homogénéisation de l'espace interne, et non une mutation véritable.

Ainsi, Europe semble rimer avec libre circulation. Mais il s'agit en réalité d'une libre circulation à usage strictement interne, qui non seulement ne produit ses effets qu'à l'intérieur de l'espace communautaire mais qui est de surcroît réservée aux nationaux des Etats membres.

En effet, la constitution de cet espace de liberté ne s'est pas réalisée uniquement par la suppression des obstacles à la libre circulation à l'intérieur mais s'est accompagnée d'un renforcement des barrières protégeant le territoire européen des flux extérieurs.

En somme : dedans, on circule. Mais entre dedans et dehors, ou plutôt du dehors vers le dedans on ne circule pas mieux qu'avant, et même plutôt moins bien. En pratique, les choses sont évidemment bien plus compliquées que cela, pour les raisons que l'on examinera, mais l'idée de partage, de barrière entre le in et le out, reste fondamentale pour comprendre ce qui est ici en jeu.

- Ce qui confirme l'analyse d'Edgar Morin qui, dans le prolongement de la théorie des systèmes, nous rappelle que « toute organisation, dans le sens où elle empêche aussi bien l'hémorragie du système dans l'environnement que l'invasion de l'environnement dans le système, constitue un phénomène de clôture. Et la clôture organisationnelle est d'autant plus nécessaire que, comme toujours, toute menace intérieure ouvre la porte à la menace extérieure » (*La Méthode. 1) La nature de la nature*, p. 134, Seuil, 1977). Pour préserver sa cohésion interne, un système doit donc sinon se fermer complètement à son environnement, du moins contrôler les échanges avec cet environnement.

- Ce qui confirme de même les données de l'expérience politique et historique : l'homogénéisation interne s'acquiert toujours au prix d'une coupure accrue par rapport aux autres, à ce qui n'est pas soi. Ainsi se répète à l'échelle européenne ce que l'on a constaté à l'échelle des Etats lors de la constitution des Etats-nations.

On a donc au départ deux catégories de personnes, définies par leur nationalité : les "in" et les « out », les ressortissants d'un Etat membre, et les ressortissants d'un Etat tiers. Telle est la summa divisio : les uns bénéficient de la liberté de circulation et de ses corollaires : liberté d'établissement, principe de non discrimination, les autres en sont exclus. Mais, à l'intérieur de ces deux catégories, d'autres divisions existent, et aucune ne forme un bloc homogène.

- Parmi les « in », tous ne sont pas logés à la même enseigne. D'abord, si les frontières se sont estompées, elles n'ont pas disparu, et les Etats subsistent, qui ne traitent pas exactement de la même façon leurs nationaux et les ressortissants des autres Etats membres. Ensuite, la

liberté de circulation n'est pas une liberté inconditionnée, mais liée à la liberté d'exercer une activité économique, de sorte qu'il ne suffit pas d'être ressortissant d'un Etat membre pour en bénéficier. Ensuite encore, si l'Espagne et le Portugal sont bien membres de la CEE, leurs nationaux ne jouissent pas encore à 100% de la libre circulation (il faudra attendre 1993 pour qu'il en soit ainsi). Enfin, les accords de Schengen, signés entre la France, l'Allemagne, le Bénélux, et l'Italie, vont avoir pour effet, une fois ratifiés, de dessiner au sein de l'espace communautaire un autre espace, plus restreint, et relativement clos.

- Si l'on se place maintenant du côté de ceux qui sont « out », c'est à dire des ressortissants des pays tiers, une première distinction s'impose entre ceux que l'on pourrait appeler respectivement les « out-out » et les « out-in » ; autrement dit, entre ceux qui à la fois étrangers et extérieurs à l'espace communautaire, et ceux qui, tout en étant originaires d'un Etat tiers, résident dans l'un des Etats membres, donc à l'intérieur de l'espace européen. Aux premiers, on interdit l'accès à l'espace intérieur, par la consolidation des frontières extérieures (avec le problème brûlant entre tous du sort des demandeurs d'asile) ; aux seconds, on interdit de se déplacer librement d'un Etat à l'autre à l'intérieur de ces frontières.

Mais ces deux sous-catégories elles-mêmes ne sont pas homogènes. Parmi les « out-out », les originaires du Sud sont à l'évidence rejetés avec plus de détermination que les Occidentaux (cela se marque notamment dans le régime des visas), les originaires des pays de l'Est se trouvant à l'heure actuelle dans un entre-deux encore indéterminé. Et au sein de la catégorie des "out-in" il faut faire une place à part à ceux que le droit communautaire assimile aux ressortissants d'un Etat membre parce qu'ils leur sont apparentés, autrement dit, aux membres des familles.

Sur le schéma binaire initiale in/out vient donc se superposer une sorte de dégradé de situations, depuis la situation des plus privilégiés - qui se trouve au centre du système - jusqu'à la situation des exclus, de ceux auxquels il est difficile voire impossible de pénétrer dans l'espace européen, qui n'efface pas pour autant le netteté de la ligne de partage fondamentale entre les ressortissants des Etats membres et tous les autres.

I. La liberté de circulation à l'intérieur de l'espace communautaire

Le Traité de Rome, dans ses articles 48 et 52, pose le principe de la liberté de circulation et de la liberté d'établissement, avec toute une série de corollaires, dont l'égalité de traitement.

- L'article 48 prévoit la *libre circulation des travailleurs* : « La libre circulation implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des Etats membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail » (art. 48 § 2). « Elle comporte le droit, sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique : a) de répondre à des emplois effectivement offerts, b) de se déplacer à cet effet librement sur le territoire des Etats membres, c) de séjourner dans un des Etats membres afin d'y exercer un emploi (...), d) de demeurer, dans des conditions qui feront l'objet de règlements d'application établis par la Commission, sur le territoire d'un Etat membre, après y avoir occupé un emploi. » (art. 48 § 3).

Le règlement 1612/68 du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation à l'intérieur de la Communauté précise le contenu de la liberté de circulation et de ses corollaires ; il

prévoit notamment que les membres de la famille d'un ressortissant communautaire employé sur le territoire d'un Etat membre ont le droit de s'installer avec lui et d'accéder à toute activité salariée, même s'ils n'ont pas eux-mêmes la nationalité d'un Etat membre.

La directive 68/360 du 15 octobre 1968 relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des Etats membres et de leur famille à l'intérieur de la Communauté harmonise les dispositions administratives qui règlent le droit d'entrée et de séjour des travailleurs et de leurs familles. Enfin, le règlement 1251/70 du 29 juin 1970 donne le droit de demeurer au travailleur après sa retraite ou à la suite d'une incapacité permanente de travail, ainsi qu'à sa famille.

- L'article 52 prévoit la libre circulation en matière d'établissement. *La liberté d'établissement* comporte « l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés, (...) dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants ». Le principe de non discrimination joue donc ici aussi. La directive 73/178 du 21 mai 1973 « relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants des Etats membres à l'intérieur de la Communauté en matière d'établissement et de prestation de services » est le pendant de la directive du 15 octobre 1968 concernant les travailleurs salariés ; c'est elle qui pose le principe du droit de séjour des membres de la famille des indépendants. De son côté, la directive 75/34 du 17 décembre 1974 prévoit le droit de demeurer sur le territoire d'un Etat membre après y avoir exercé une activité non salariée.

- Le traité de Rome réserve toutefois la possibilité pour les Etats membres d'apporter des restrictions à la liberté de circulation et à la liberté d'établissement *pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique*, dans les limites posées par la directive 64/221 du 25 février 1964 « pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique ».

A. De la liberté de circulation...

La Communauté européenne a pour mission d'établir un marché commun, ce qui suppose, entre autres, l'abolition, entre les Etats membres, des obstacles à la libre circulation des personnes. L'Acte unique européen ne fait sur ce point que renforcer cet objectif, en consacrant le principe d'un espace unique sans frontières intérieures. Circuler librement dans la Communauté suppose la possibilité d'entrer dans les autres Etats membres et d'y séjourner. Mais ce droit à l'entrée et au séjour n'est pas absolu : d'une part **l'entrée et le séjour sont accordés en tant que corollaire et conséquence nécessaire de l'exercice d'une activité économique**, cette activité économique pouvant être une activité salariée ou non salariée ; d'autre part **les Etats conservent la possibilité de limiter la liberté de circulation et d'établissement pour des motifs d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique**.

1) Une liberté finalisée

Dans la philosophie du traité de Rome, la mobilité territoriale est liée à la mobilité professionnelle : la liberté de se déplacer, d'entrer sur le territoire d'un autre Etat membre et

d'y séjourner est liée à la liberté de travailler, et plus généralement d'exercer une activité économique. Le ressortissant communautaire ne bénéficie donc de la liberté de circulation au sens plein du terme, pour lui-même et pour les membres de sa famille que s'il relève du champ d'application du traité, c'est à dire *s'il exerce ou a exercé une activité salariée ou non salariée*. Il ne suffit donc pas d'être ressortissant d'un Etat membre pour bénéficier du droit au séjour. N'en bénéficient, pour l'instant, ni les touristes, ni les étudiants, ni les non-actifs¹, ni, peut-on penser, les simples demandeurs d'emploi².

Le règlement 1612/68 prévoit en revanche qu'ont le droit de s'installer avec le travailleur ressortissant d'un Etat membre employé sur le territoire d'un autre Etat membre, *quelle que soit leur nationalité, les membres de sa famille* : son conjoint et ses enfants de moins de vingt et un ans ou à charge, ainsi que ses ascendants ou ceux de son conjoint qui sont à sa charge. Le même principe s'applique aux ressortissants d'un Etat membre qui sont établis ou veulent s'établir dans un autre Etat membre afin d'y exercer une activité non salariée ou veulent y effectuer une prestation de services (directive du 21 mai 1973).

Le droit de faire venir sa famille reste toutefois lui aussi étroitement finalisé : dès lors qu'il est destiné à faciliter la mobilité territoriale, la Cour a jugé qu'il était lié à l'exercice effectif de la liberté de circulation à l'intérieur de la Communauté. Ainsi, le ressortissant d'un Etat membre qui réside et travaille dans cet Etat membre sans avoir jamais exercé son droit de libre circulation à l'intérieur de la Communauté ne peut réclamer le bénéfice des dispositions communautaires pour faire venir auprès de lui des membres de sa famille qui n'ont pas la nationalité d'un Etat membre³.

2) Le contenu de la liberté de circulation

Les Etats membres reconnaissent le droit d'entrer sur leur territoire et d'y séjourner aux ressortissants communautaires qui s'y rendent en vue d'exercer une activité salariée ou non salariée ou d'effectuer une prestation de services, ou encore en qualité de destinataire d'une prestation de service.

¹ Trois directives récentes (90/364, 90/365, 90/366, du 28 juin 1990), qui entreront en vigueur le 30 juin 1992, étendent toutefois le droit de séjour aux non-travailleurs, et notamment aux retraités et aux étudiants, à deux conditions : avoir des ressources suffisantes et disposer d'une assurance maladie.

²L'article 48 § 3 du traité prévoit en effet la libre circulation des travailleurs « pour répondre à des emplois effectivement offerts », ce qui semble indiquer que le travailleur n'est pas autorisé à se déplacer à l'intérieur de la communauté à la recherche d'un emploi. Toutefois la Cour de justice a estimé que les notions de « travailleur » et d'« activité salariée », au sens de l'article 48 du traité, devaient être interprétées largement. Dans un arrêt Levin du 23 mars 1982, en particulier, elle a jugé qu'aucune condition tenant au type de travail ou au montant des revenus ne pouvait être exigée, et qu'on ne pouvait refuser la qualité de travailleur et par conséquent le droit au séjour à quelqu'un qui exercerait ou souhaiterait exercer une activité salariée dans des conditions telles (temps partiel, par exemple) qu'il percevrait une rémunération inférieure au minimum garanti. Et cela, que le travailleur souhaite se contenter de ces revenus limités ou qu'il complète ces revenus par d'autres revenus provenant de ses biens ou du travail d'un membre de sa famille. Il n'en irait autrement, dit la Cour, que dans l'hypothèse-limite où il s'agirait d'activités tellement réduites qu'elles se présenteraient comme purement marginales et accessoires et ne pourraient donc pas être considérées comme présentant le caractère d'une activité économique.

³ La Cour a ainsi jugé que les autorités néerlandaises avaient pu, sans violer l'article 10 du règlement 1612/68, refuser à un travailleur néerlandais n'ayant jamais travaillé ailleurs qu'aux Pays-Bas le droit de faire venir sa mère, de nationalité surinamienne (27 octobre 1982, *Morson et Jhanjan c/ Etat néerlandais*).

- le droit d'entrer : les Etats membres doivent admettre sur leur territoire les ressortissants des autres Etats membres et leurs familles sur simple présentation d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité ; ils ne peuvent imposer aucun visa d'entrée, sauf aux membres de la famille qui ne possèdent pas la nationalité d'un des Etats membres, mais même dans ce cas ils doivent accorder à ces personnes « toutes facilités pour obtenir les visas qui leur seraient nécessaires »(article 3 al. 2 de la directive du 15 octobre 1968).

- le droit de séjourner. Le droit de séjour permanent reconnu aux ressortissants des Etats membres qui exercent une activité salariée ou non salariée sur le territoire d'un autre Etat membre est constaté par la délivrance d'un document identique pour tous les Etats membres, dénommé "carte de séjour de ressortissant d'un Etat membre des Communautés européennes" ; sa durée de validité est de cinq ans au moins et elle est automatiquement renouvelable. Le titre de séjour n'a qu'une valeur déclarative, et ne saurait être assimilée à une autorisation de séjour impliquant un pouvoir d'appréciation des autorités nationales telle qu'elle est prévue pour la généralité des étrangers : un ressortissant communautaire ne peut donc être sanctionné pour défaut de titre par des peines pénales allant jusqu'à l'emprisonnement, et l'omission des formalités légales ne saurait justifier une proposition d'expulsion⁴. Les membres de la famille qui n'ont pas la nationalité d'un Etat membre reçoivent un document de séjour qui a la même validité que celui délivré au ressortissant communautaire.

- le droit de demeurer. Il est moins bien garanti que le droit d'entrer et de séjourner en vue d'exercer une activité salariée ou non salariée, bien qu'il soit lui aussi un corollaire nécessaire de la liberté de circulation puisqu'il est de nature à favoriser la mobilité professionnelle. Le droit de demeurer sur le territoire d'un autre Etat membre est notamment reconnu, sous certaines conditions de durée antérieure de résidence : - au ressortissant d'un Etat membre arrivant à l'âge de la retraite ; - à celui qui cesse d'exercer son activité en raison d'une incapacité permanente de travail ; - aux membres de la famille du ressortissant communautaire bénéficiaire du droit de demeurer.

En revanche, il n'existe aucune disposition protégeant les travailleurs ayant perdu leur emploi. Ils ont un droit au séjour - temporaire, puisqu'on peut limiter à douze mois la validité du titre de séjour lorsque le ressortissant communautaire est au chômage lors de son renouvellement - mais pas de droit de demeurer.

3) L'ordre public et la santé publique

Les Etats membres peuvent apporter de restrictions à la liberté de circulation et d'établissement pour des motifs d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique. Mais pour que cette réserve d'ordre public - au sens large - n'aboutisse pas à vider le principe de libre circulation de sa substance, une directive 64/221 du 25 février 1964 est venue préciser ce que les Etats pouvaient et ne pouvaient pas faire en ce domaine.

La directive précise notamment les motifs qui ne peuvent en aucun cas justifier des restrictions à la liberté de circulation : les raisons d'ordre public ne peuvent être invoquées à des fins économiques (art. 2 § 2) ; elles doivent être fondées exclusivement sur le comportement personnel de l'individu qui en fait l'objet (art. 3 § 1) ; la seule existence de condamnations pénales ne peut automatiquement motiver ces mesures (art. 3 § 2) ; la

⁴ CJCE, 8 avril 1976, Jean-Noël Royer, et 3 juillet 1980, *Regina c/ Stanislaus Pieck*

péremption du document d'identité qui a permis l'entrée dans le pays d'accueil et la délivrance du titre de séjour ne peut justifier l'éloignement du territoire (art. 3 § 3). La directive impose aussi aux Etats membres d'accorder des garanties de procédure aux ressortissants communautaires à qui est opposé un refus d'entrée ou un refus de séjour, ou qui font l'objet d'une mesure d'éloignement du territoire. Enfin, la directive énumère de façon limitative les maladies ou infirmités pouvant justifier un refus d'entrée ou de séjour (maladies "quaranténaires", tuberculose, syphilis, certaines maladies infectieuses ou parasitaires contagieuses, toxicomanie, altérations psychiques graves).

La Cour de justice des communautés européennes a eu à plusieurs reprises à interpréter les dispositions de cette directive. Elle a estimé que la notion d'ordre public, dans la mesure où elle permet de restreindre la liberté de circulation, devait être entendue strictement, et qu'elle devait se concilier avec le principe de non discrimination.

B.... à l'égalité de traitement.

Le principe de l'égalité de traitement apparaît comme **un corollaire de la liberté de circulation et d'établissement**. L'article 7 du traité de Rome prohibe de façon générale toute discrimination fondée sur la nationalité. L'article 48 § 2 relatif à la libre circulation des travailleurs prévoit plus précisément l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité entre les travailleurs des Etats membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail. L'article 52 prévoit que l'accès aux activités non salariées et leur exercice ont lieu dans les mêmes conditions que pour les nationaux.

1) Le contenu de l'égalité de traitement

Le règlement 1612/68 relatif à la liberté de circulation des travailleurs salariés précise que l'égalité de traitement concerne notamment la rémunération, le licenciement, la réintégration professionnelle ou le réemploi lorsque le travailleur est tombé en chômage ; l'égalité de traitement s'étend également aux avantages sociaux et fiscaux, à l'enseignement des écoles professionnelles, à l'accès au logement, ainsi qu'à l'exercice des droits syndicaux, y compris le droit de vote et l'accès aux postes d'administration ou de direction d'une organisation syndicale, et à l'éligibilité dans les organes de représentation des travailleurs dans l'entreprise.

Il existe toutefois des *limites* au principe de l'égalité de traitement. En premier lieu, l'article 48 § 4 du traité précise que le principe de non discrimination pour l'accès aux emplois ne s'applique pas aux emplois dans l'administration publique. En second lieu, l'article 55 §1, relatif à la liberté d'établissement, exclut de son champ d'application "les activités participant, même à titre occasionnel, de l'exercice de l'autorité publique".

La Cour de justice des communautés européennes a été amenée à préciser le contenu du principe de non discrimination, ainsi que la portée des exceptions à ce principe énumérées par le traité, notamment en ce qui concerne *l'accès aux emplois et aux professions* qui a donné lieu à une jurisprudence abondante.

En ce qui concerne les activités indépendantes, la règle, aujourd'hui, est que les ressortissants communautaires peuvent exercer la profession de leur choix sur le territoire des

Etats membres, sans qu'on puisse leur opposer les règles restrictives visant les étrangers ; et cela, qu'il s'agisse des activités industrielles et commerciales ou des professions libérales.

La Cour de justice des communautés européennes a également été amenée à expliciter la notion d'"activité participant à l'exercice de l'autorité publique", que l'article 55 § 1 du traité exclut de la liberté d'établissement. Elle a estimé que cette exception ne concernait que des activités et non des professions entières, dans la mesure où, s'agissant de professions indépendantes, il est possible de détacher les activités participant éventuellement à l'exercice de l'autorité publique des autres actes accomplis par la profession.

On a admis, de façon générale, qu'il ne revenait pas aux Etats membres de dresser unilatéralement la liste des activités exclues de la liberté d'établissement : une série de directives sont venues par conséquent définir les activités participant à l'exercice de l'autorité publique pour chaque secteur professionnel, en tenant compte des modalités particulières d'exercice de la profession dans chaque Etat.

En ce qui concerne l'accès aux emplois dans l'administration publique, la Cour de justice a estimé que l'exception prévue par le traité ne pouvait s'étendre à l'ensemble des emplois soumis à un régime de fonction publique, et qu'il fallait tenir compte des fonctions effectivement exercées par leur titulaire. La Cour a fait prévaloir une conception restrictive de la notion d'emploi dans l'administration publique, fondée sur le contenu des fonctions exercées et non sur la nature du lien juridique entre l'Etat et l'agent. Elle a déclaré que l'exception ne s'appliquait qu'aux emplois qui comportent *une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique, et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques*. Ce qui va concrètement obliger les Etats membres à modifier leur législation en conséquence et à ouvrir l'accès à un nombre important d'emplois publics aux ressortissants communautaires.

En ce qui concerne les autres aspects de l'égalité de traitement, la Cour de justice a interprété de façon large les dispositions du règlement 1612/68 qui obligent les Etats à accorder aux travailleurs ressortissants des Etats membres les mêmes *avantages sociaux* qu'aux nationaux. La notion d'avantage social comprend tous les avantages reconnus aux nationaux soit en raison de leur qualité de travailleur, soit du simple fait de leur résidence sur le territoire national : octroi d'une carte SNCF de réduction aux familles nombreuses, allocation d'un revenu garanti à des personnes âgées, aide à la formation, etc...

2) Les bénéficiaires de l'égalité de traitement

Le principe de l'égalité de traitement a donc des conséquences pratiques très importantes pour ceux qui en bénéficient. Mais il n'est ni suffisant, ni toujours nécessaire d'avoir la nationalité d'un Etat membre pour en bénéficier.

Pour bénéficier de l'égalité de traitement, *il faut avoir exercé son droit de libre circulation* à l'intérieur de la Communauté : cette condition conduit parfois à des situations paradoxales, voire des « discriminations à rebours » à l'égard des nationaux, qui ne peuvent réclamer le bénéfice des dispositions communautaires s'ils n'ont jamais travaillé hors de leur pays. .

L'égalité de traitement concerne les travailleurs, et plus généralement les personnes exerçant une prestation liée à *une activité économique*. Mais la Cour de justice a interprété la

notion de travailleur de façon large, en estimant que pouvaient réclamer l'égalité de traitement des personnes n'ayant plus d'engagement de travail⁵.

Par ailleurs, si les étudiants ne sont pas directement couverts par le principe de non discrimination, ils peuvent l'être indirectement, dans la mesure où la Cour a estimé que l'accès à la formation professionnelle tombait dans le domaine d'application du traité, et plus généralement les cours d'enseignement, dans la mesure où ils constituent un élément indispensable à la mobilité de la main-d'oeuvre⁶.

L'égalité de traitement, il convient de le souligner, bénéficie aussi aux membres de la famille, même s'ils sont ressortissants d'un Etat tiers. Le règlement 1612/68 prévoit en effet que le conjoint et les enfants d'un ressortissant d'un Etat membre ont le droit d'accéder à toute activité salariée sur l'ensemble du territoire de cet Etat, même s'ils n'ont pas la nationalité d'un Etat membre⁷.

II. Les exclus de la liberté de circulation

Ainsi, la construction européenne a abouti à la constitution d'un espace au sein duquel les différences de nationalité ne produisent plus que des effets atténués, un espace par conséquent plus homogène, mais aussi moins segmenté, à l'intérieur duquel les frontières se franchissent plus aisément. Mais les bénéficiaires de cette liberté et de cette égalité accrues ont été définis non pas sur la base d'un critère géographique, mais sur la base d'un critère juridique et d'appartenance nationale. Autrement dit, pour en bénéficier, il ne suffit pas de résider sur le territoire communautaire : il faut être ressortissant de l'un des Etats membres où, à la rigueur, faire partie de la proche famille de l'un d'eux.

Cette condition détermine négativement les exclus de la libre circulation : les travailleurs extra-communautaires et leurs familles, installés sur le territoire d'un des Etats membres, quelle que soit l'ancienneté de leur installation, et a fortiori l'ensemble des ressortissants des Etats tiers auxquels il est devenu - et deviendra sans doute de plus en plus difficile de pénétrer à l'intérieur de l'espace communautaire.

⁵Ainsi, le ressortissant d'un Etat membre qui a entrepris sur le territoire d'un autre Etat membre des études universitaires sanctionnées par un diplôme professionnel après y avoir exercé une activité professionnelle conserve la qualité de travailleur et bénéficie donc du principe de l'égalité de traitements dès lors qu'il existe une relation entre l'activité professionnelle préalable et les études en question (21 juin 1988, *Sylvie Lair*).

⁶De sorte que le fait, pour un Etat membre, d'exiger du ressortissant d'un autre Etat membre licitement installé sur son territoire un droit d'inscription complémentaire non exigé de ses propres ressortissants constitue une discrimination prohibée (13 juillet 1983, *Sandro Forcheri et Marisa Marino c/ Etat belge*). Dans l'arrêt *François Gravier c/ Ville de Liège*, du 13 février 1985, la Cour, faisant prévaloir une conception large de la formation professionnelle, décide de même que constitue une discrimination illicite l'imposition d'une redevance ou d'un droit d'inscription comme condition d'accès à des cours d'enseignement professionnel pour les étudiants ressortissants des autres Etats membres.

⁷Jugeant qu'il n'y avait pas libre accès lorsque l'accès à la profession était subordonné à une autorisation discrétionnaire, la Cour, dans un arrêt Emir Gül du 7 mai 1986, a condamné le refus opposé par les autorités allemandes à un médecin chypriote marié avec une britannique et résidant en RFA qui souhaitait exercer sa profession, estimant que les conjoints des ressortissants communautaires, même s'ils ont la nationalité d'un Etat tiers, doivent avoir librement accès à la profession de médecin dès lors qu'ils justifient des qualifications professionnelles et des diplômes exigés par la législation de l'Etat d'accueil.

La perspective de l'entrée en vigueur de l'Acte unique, en 1993, d'un côté, la signature des accords de Schengen, de l'autre, ne pourront qu'accentuer le contraste entre la situation des bienheureux bénéficiaires de la libre circulation et celle de ses exclus. Plus sont importants, en effet, les avantages accordés aux ressortissants des Etats membres, plus le fossé qui les sépare de ceux qui n'en bénéficient pas s'agrandit ; tandis que - et l'on a là la base de la problématique des accords de Schengen - la libre circulation à l'intérieur de l'Europe ne peut devenir effective que si elle s'accompagne d'une fermeture plus hermétique des frontières extérieures.

A. Les immigrés de l'Europe des douze

Les ressortissants d'Etats tiers établis dans un des Etats membres sont près de huit millions : en nombre, ils constituent, comme on l'a parfois dit, un treizième Etat de la Communauté européenne. Sur 7,8 millions, 6 millions sont originaires des pays du « Sud », 4,6 millions étant originaires d'Etats du pourtour méditerranéen (Turquie, Maghreb, Yougoslavie). La moyenne de la présence de ces étrangers sur le territoire communautaire dépasse 13 ans⁸.

Ceux-là n'ont jusqu'ici pratiquement pas bénéficié des acquis de la construction européenne. D'une façon générale, ils restent exclusivement soumis aux législations nationales des Etats membres sur le territoire desquels ils résident. Le droit communautaire est ici pratiquement inopérant, dans la mesure où la politique d'immigration continue à relever pour l'essentiel de la souveraineté nationale de chaque Etat et échappe par conséquent à la compétence communautaire.

A cette réserve près que les *accords d'association ou de coopération* conclus par la CEE avec la Turquie d'une part, avec la Yougoslavie et les pays du Maghreb d'autre part, contiennent des dispositions relatives à l'immigration et ont donc des répercussions sur le statut des travailleurs originaires de ces pays. Le premier de ces accords prévoit que les travailleurs turcs jouiront de la liberté de circulation entre la Turquie et les Etats membres et du droit de séjourner sur le territoire de ces Etats ; mais il s'agit là d'un simple objectif que les Etats s'engagent à atteindre au plus tard en... 1997, date à laquelle ils seront par conséquent assimilés aux ressortissants des Etats membres. Tous ces accords posent par ailleurs le principe de l'égalité de traitement entre les ressortissants de ces pays et ceux des Etats membres en matière de conditions de travail, de rémunération et de sécurité sociale ; et sur ce point, ils sont immédiatement et directement applicables, comme l'a confirmé récemment la Cour de justice⁹.

⁸ Sur la situation des immigrés, voir notamment la contribution de G. CALLOVI, « Quelle participation des immigrés dans l'Europe de demain ? », présentée au Symposium international « Mouvements humains en Méditerranée occidentale », Strasbourg, 4 décembre 1989 (reproduit dans *Actualités-Migrations* n° 305, 11-17 décembre 1989). Voir aussi H. de LARY, « Libre circulation et immigrés à l'horizon 1993 », *Revue Française des Affaires Sociales*, novembre 1989.

⁹ A propos de l'accord de coopération CEE-Maroc de 1976, qui contient une clause d'égalité de traitement en matière de sécurité sociale en faveur des travailleurs marocains occupés dans la Communauté et des membres de leur famille résidant avec eux, la CJCE a jugé que cette clause, qui comporte une obligation claire et précise, était d'application directe, et qu'elle s'opposait à ce qu'un Etat membre refuse l'allocation d'attente prévue par la législation interne en faveur des jeunes demandeurs d'emploi à un membre de la famille d'un travailleur marocain (31 janvier 1991, C-18/90)

Mais pour le reste, ils apparaissent bien comme les exclus de la construction communautaire : exclus de la libre circulation, exclus du libre établissement, exclus de l'égalité de traitement. Le régime juridique qui leur est applicable pour se rendre de leur Etat de résidence dans un autre Etat membre est le même que celui qui est applicable à leurs compatriotes résidant dans leur pays d'origine. Ainsi, un Marocain résidant régulièrement en France doit, pour se rendre en Allemagne, demander un visa, exactement comme s'il arrivait directement du Maroc. La liberté de déplacement leur est donc refusée.

A fortiori ne peuvent-ils revendiquer le droit au séjour ailleurs que dans l'Etat où ils l'ont obtenu. Il n'est aucunement question, pour l'instant, de leur accorder la liberté d'établissement qui leur permettrait de rechercher un emploi et d'aller travailler sur l'ensemble du territoire communautaire. Or plus la mobilité sera la règle, plus l'impossibilité de se déplacer risque de constituer un handicap sur le plan de l'emploi. D'où la revendication de pouvoir accéder à une sorte de statut de « résident européen », idée à laquelle la Commission semble pour sa part être favorable, mais qui n'a jusqu'ici reçu aucun écho du côté des Etats.

Enfin, aucun des progrès actuellement envisagés dans le rapprochement du statut des nationaux et des ressortissants des autres Etats membres ne les concerne : qu'il s'agisse de l'équivalence des diplômes, de l'accès aux emplois publics, ou encore - exclusion symbolique entre toutes - de l'octroi du droit de vote aux élections locales, pour lequel existe un projet de directive.

Dans ces conditions, chaque droit nouveau accordé aux ressortissants des Etats membres ne peut manquer d'apparaître comme une marque de discrimination supplémentaire et d'être ressenti comme une injustice : la « préférence communautaire » a en effet comme conséquence qu'un Allemand, un Danois ou un Belge se voit reconnaître dès son arrivée en France des droits infiniment plus importants qu'un Marocain ou un Algérien établi en France depuis dix ou vingt ans.

B. Schengen : une problématique de clôture

L'acte unique européen se fixe comme objectif l'abolition des frontières intérieures. Il contient un article 8 A ainsi rédigé : « Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du présent traité ».

Le but poursuivi est de parvenir à ce que les personnes résidant dans un Etat membre puissent se rendre dans un autre Etat membre sans subir de contrôle lors du passage d'un Etat dans l'autre. L'ensemble des Etats concernés délimitent un espace commun, lui-même entouré de frontières que l'on dénomme frontières externes. A ces frontières externes, les contrôles sont effectués par les autorités du pays qui jouxte ces frontières, mais pour le compte de l'ensemble des pays appartenant à l'espace commun.

L'établissement d'un espace sans frontières intérieures a donc pour corollaire le renforcement du contrôle aux frontières extérieures, qui doit être en quelque sorte la somme des contrôles exercés jusque là par chacun des Etats à ses propres frontières. Ce renforcement des contrôles est ressenti comme une nécessité d'autant plus impérieuse que les autorités des Etats membres redoutent une croissance des flux d'immigration, venus non seulement du Sud mais aussi de l'Est.

Sur cette base, des négociations se sont engagées, qui se déroulent pour l'essentiel dans un cadre intergouvernemental, puisque les questions de police, de sécurité, de contrôle de l'immigration ne sont pas de la compétence communautaire : notamment au sein du groupe « Immigration », et du groupe « Trevi » (i.e. terrorisme, radicalisme, extrémisme, violence). Mais les négociations sont ralenties par le refus de certains Etats - la Grande-Bretagne, la Grèce, l'Irlande et le Danemark - d'envisager la suppression des contrôles à leurs frontières en ce qui concerne les ressortissants des Etats tiers, de sorte que l'objectif de l'abolition des frontières intérieures au 1er janvier 1993 semble fortement compromis.

Les négociations, en revanche, ont été plus faciles au sein du groupe dit de Schengen, du nom de l'accord signé en juin 1985 entre la France, les pays du Bénélux et l'Allemagne, et prévoyant la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes. La convention complémentaire, signée le 19 juin 1990, définit les conditions concrètes d'application de l'accord et de l'instauration d'un régime de libre circulation à l'intérieur de « l'espace Schengen ». L'Italie a entre temps rejoint les cinq pays signataires, tandis que l'Espagne et le Portugal ont acquis un statut d'observateurs en vue d'une prochaine adhésion.

La question de la compatibilité du processus de Schengen avec le processus communautaire n'est pas véritablement réglée, même si les signataires ont pris soin de préciser que Schengen ne devrait en aucun cas être considéré comme une enclave à l'intérieur des frontières de la Communauté européenne ni une entrave à la poursuite de la construction européenne et à l'ouverture des frontières en 1993, mais tout au contraire comme un laboratoire dans lequel seront expérimentées des solutions aux problèmes que devront résoudre les Douze pour atteindre l'objectif fixé par l'Acte unique¹⁰.

Mais sur le fond, il est probable que Schengen préfigure ce que sera l'espace unique européen. Perspective inquiétante, dans la mesure où, présentés par ses promoteurs comme « le laboratoire et le moteur de la libre circulation à douze »¹¹, l'accord de Schengen et sa convention complémentaire sont en réalité sous-tendus par une problématique qui reste fondamentalement celle de la clôture : clôture dont les ressortissants des Etats tiers, et surtout les demandeurs d'asile risquent de faire les frais.

1) Suppression des contrôles... mais pas des frontières

La volonté de supprimer les contrôles aux frontières communes n'allait pas de soi, s'agissant des personnes, puisque les ressortissants des différents Etats membres conservent leur nationalité. On peut penser qu'à l'origine de cette initiative il y a avant tout la volonté de frapper les imaginations : l'Europe sera beaucoup plus palpable et concrète le jour où il sera possible de traverser les frontières à 100 km à l'heure.

Le principe, par conséquent, est celui de l'instauration d'une nouvelle liberté, celle d'aller et venir librement sur l'ensemble du territoire commun (de Schengen, pour l'instant, des Douze, ultérieurement) sans contrôle. (Les contrôles peuvent cependant être rétablis de façon exceptionnelle en cas de menace pour l'ordre public ou la sécurité nationale). Cette liberté

¹⁰ Voir sur ce point « Schengen en marge du droit communautaire », in *Plein Droit. La revue du GISTI*, n° 13/mars 1991.

¹¹ Pour un exposé des objectifs de Schengen considérés du point de vue des négociateurs français, voir J.C. PEAUCELLE, « L'immigration et la libre circulation des personnes en Europe : enjeux et perspectives », *Rev. fr. Droit adm.* juillet-août 1990, p. 516

visé d'abord les ressortissants communautaire ; mais comme il est impossible de distinguer sans contrôle les communautaires - que l'on ne doit pas contrôler - des autres - que l'on devrait logiquement continuer à contrôler -, la suppression des contrôles s'appliquera néanmoins à tous.

Autrement dit, les non communautaires peuvent escompter quelques retombées positives, quoique limitées, de la suppression des frontières internes. Les ressortissants des pays tiers munis d'un visa commun (voir *infra*) pourront, dans la limite de sa durée de validité, franchir sans contrôle les passages douaniers et n'auront pas besoin, pour se rendre dans un des pays de Schengen, de document supplémentaire. Quant aux étrangers résidant régulièrement dans l'un des Etats membres de Schengen, ils seront désormais dispensés de visa pour se rendre dans un autre de ces Etats (et il devrait en aller ultérieurement de même au sein de l'Europe des douze).

Ils ne seront pas pour autant assimilés aux ressortissants des Etats membres. D'abord parce qu'ils ne pourront demeurer plus de trois mois dans un autre Etat que leur Etat de résidence. Ensuite parce que tout étranger, même résidant sur le territoire d'un des Etats membres, devra se déclarer aux autorités compétentes lorsqu'il pénétrera sur le territoire d'un autre Etat membre - déclaration qui sera souscrite soit à l'entrée, soit dans un délai maximum de trois jours, selon les dispositions prévues par la législation de l'Etat considéré. L'objectif est de pouvoir, à partir des registres de déclaration, s'assurer que l'étranger ne dépasse pas la durée du séjour autorisé et vérifier, le cas échéant, la régularité de sa situation. Tout étranger qui demeurera sur le territoire sans remplir les conditions exigées pourra faire l'objet d'une mesure d'éloignement.

De toute évidence, les frontières ne sont pas juridiquement abolies ; elles sont tout au plus effacées en tant qu'obstacle matériel à la circulation des personnes.

2) Le syndrome de la forteresse assiégée

Il est significatif que les dispositions concernant l'accès au territoire commun et le contrôle aux frontières extérieures soient beaucoup plus développées que celles relatives à la liberté de circulation à l'intérieur du territoire commun. Le principe fondamental qui sous-tend l'ensemble de l'accord, c'est en effet que les contrôles aux frontières intérieures ne sont pas tant abolis que reportés aux frontières extérieures. D'où une série de dispositions - qui sont, dans l'esprit des négociateurs, autant de précautions et de barrières protectrices contre les flux d'immigration de toute nature -, concernant l'harmonisation des conditions d'entrée sur le territoire commun et l'octroi des visas, la réalisation des contrôles, les sanctions contre les transporteurs, et enfin le sort des demandeurs d'asile.

L'étranger désirant entrer dans l'un des Etats de Schengen devra produire - à moins qu'il n'en soit dispensé - un visa uniforme, valable sur l'ensemble du territoire commun, quel que soit l'Etat qui l'a délivré. En attendant la mise en oeuvre de ce visa uniforme dont les règles de délivrance seront définies par un comité exécutif composé des représentants de chaque Etat, les Etats reconnaissent leurs visas nationaux respectifs. Les gouvernements concernés ont d'ores et déjà adopté une liste des 110 pays dont les ressortissants sont soumis à la formalité du visa.

Pour pouvoir prétendre obtenir un visa, l'étranger ressortissant d'un Etat tiers devra satisfaire aux conditions exigibles à l'entrée du territoire commun, et notamment "présenter

les documents justifiant de l'objet et des conditions du séjour envisagé et disposer des moyens de subsistance suffisants, tant pour la durée du séjour envisagé que pour le retour dans le pays de provenance ou le transit vers un Etat tiers, ou être en mesure d'acquérir légalement ces moyens" (article 5). (La législation française a manifestement servi ici de modèle, mais dans une de ses dispositions les plus restrictives). L'entrée sera par ailleurs refusée à l'étranger qui a été signalé aux fins de non admission. Les conséquences de cette disposition sont particulièrement graves, puisqu'elle signifie que la personne déclarée persona non grata dans l'un des Etats membres se trouvera en conséquence interdite de séjour dans l'ensemble des autres Etats membres, à moins (mais les hypothèses seront rarissimes) que l'un des Etats ne décide de l'admettre sur son territoire pour des raisons humanitaires ou d'intérêt national.

Les contrôles exercés aux frontières seront eux aussi harmonisés, chaque Etat responsable du contrôle agissant pour le compte de l'ensemble des Etats membres et tenant compte des intérêts de tous ses partenaires (art. 6). Les parties, dit l'accord, se prêteront assistance et assureront une coopération étroite et permanente en vue d'une exécution efficace des contrôles et surveillances. Est ainsi légitimée la coopération entre polices qui est déjà la règle dans les faits.

Cette coopération se concrétisera également dans la mise en place du « Système d'information Schengen » (SIS). Il s'agira d'un fichier répertoriant plusieurs centaines de milliers de noms : personnes recherchées en vue d'extradition, étrangers indésirables sur le territoire commun, personnes disparues, témoins cités à comparaître, personnes devant faire l'objet d'une surveillance discrète, etc... Les informations recueillies concerneront, outre l'identité et la nationalité, le motif du signalement, et des indications portant sur le point de savoir si la personne est armée ou non, violente ou non. Le système permettra, grâce à une procédure d'interrogation automatisée, de disposer des signalements de personnes à l'occasion de contrôles de police ou de douane aux frontières ou à l'intérieur du pays, ou encore à l'occasion de la délivrance de visas et de titres de séjour aux étrangers. Chaque Etat créera et entretiendra sa partie nationale du SIS, mais les fichiers seront identiques et permettront la transmission rapide et efficace des données par le recours à une fonction de support technique ou fichier central, sans qu'il soit toutefois possible de procéder à une interrogation directe d'un pays à l'autre.

Les Etats s'engagent par ailleurs à introduire dans leur législation nationale des dispositions concernant les transporteurs : il devra être fait obligation au transporteur de reprendre en charge sans délai l'étranger auquel l'entrée sur le territoire commun est refusée, et de prendre toutes les mesures nécessaires pour s'assurer que l'étranger transporté par voie aérienne ou maritime est en possession des documents de voyage requis pour l'entrée sur le territoire des Etats membres ; enfin, des sanctions devront être prévues à l'encontre des transporteurs qui acheminent par voie aérienne ou maritime d'un Etat tiers vers leur territoire des étrangers qui ne sont pas en possession des documents de voyage requis (art. 26). Ces dispositions sont contestables, parce qu'elles transforment les transporteurs en agents de contrôle de l'immigration et leur confèrent une tâche qui est du seul ressort des autorités étatiques ; elles sont surtout dangereuses, car la menace de sanctions pénales risque de représenter une incitation très forte à ne transporter que des personnes dont on est sûr qu'elles sont munies de l'ensemble des documents requis et à abandonner à leur sort les demandeurs d'asile sans passeport ni visa.

Un chapitre entier est consacré spécifiquement aux *demandeurs d'asile* (articles 28 à 38). En dépit des précautions prises dans l'accord comme dans la présentation qui en a été faite, la tonalité générale est nettement restrictive là encore, exprimant toujours la même crainte de l'envahissement. Le principal aspect de l'accord est de déterminer un Etat et un seul responsable de l'examen de la demande d'asile. Le but officiellement poursuivi est de mettre fin au phénomène de la "mise en orbite" des demandeurs d'asile, renvoyés d'un pays à l'autre par des Etats peu désireux de les accueillir. Ce que les Etats recherchent, en réalité, c'est à éviter que l'étranger ne tente sa chance successivement dans plusieurs pays. Le résultat risque d'être une plus grande difficulté à obtenir l'asile, et une moindre latitude pour choisir le pays d'accueil. Il n'est pas indifférent de noter que la Convention prévoit l'organisation d'échanges d'informations sur les demandeurs d'asile entre les polices des Etats membres : informations générales concernant les modifications législatives et les statistiques d'un côté, informations individuelles relatives à l'identité, aux séjours antérieurs, aux motifs de la demande d'asile, etc... de l'autre.

Le système complexe mis en place vise à permettre de déterminer un Etat - et un seul - qui sera responsable de l'examen de la demande d'asile... et qui aura aussi pour mission de le reconduire jusqu'aux frontières extérieures si sa demande est rejetée. Cet Etat est déterminé par une série de critères alternatifs et hiérarchisés : l'Etat où résident déjà en qualité de réfugiés des membres de la famille du demandeur ; l'Etat qui lui a délivré un titre de séjour ou un visa ; celui qui a autorisé l'entrée sur son territoire sans exiger de visa ; ou encore le premier des pays sur le territoire duquel le demandeur a pénétré, même irrégulièrement. Toutefois, un Etat peut accepter de déroger au jeu normal de ces critères et accepter d'examiner une demande d'asile pour des raisons humanitaires ou des motifs familiaux ou culturels.

Sans doute les Etats s'engagent-ils à ce que toute demande d'asile soit examinée. Mais cet engagement n'entraîne pas l'obligation pour un Etat d'autoriser un demandeur d'asile à pénétrer ou séjourner sur son territoire, et ne l'empêche pas de le refouler ou de l'éloigner vers un Etat tiers (art. 29). Autrement dit, l'asile territorial n'est pas garanti, et la demande d'asile ne protège pas contre le refoulement ou l'expulsion. ce qui risque de rendre bien théorique l'engagement initial.

L'importance primordiale accordée par les Etats à la question des demandeurs d'asile est attestée par l'adoption récente, le 15 juin 1991, à Dublin, par onze des douze Etats de la Communauté (seul le Danemark a refusé de la signer) d'une « Convention relative à la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile », conçue exactement sur le même modèle que la Convention de Schengen, et qui, en étendant l'application du système Schengen à une aire géographique plus étendue, va encore renforcer les difficultés des réfugiés à la recherche d'une terre d'asile.